



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: VÍCTOR HUGO FERNÁNDEZ RENDÓN
DEMANDADO: CANAL CAPITAL
RADICACIÓN: 1100131050-04-2017-00767-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE Y DEMANDADO
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir el siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico se acepta la renuncia al poder presentada por la Dra. Judy Mahecha Páez como apoderada de CANAL CAPITAL, por cumplir con los requisitos exigidos por el art. 76 del CGP.

Se reconoce personería para actuar al Dr. ANDRÉS MONTOYA DÍAZ como apoderado sustituto de CANAL CAPITAL, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Víctor Hugo Fernández Rendón instauró demanda ordinaria contra CANAL CAPITAL con el fin de que se condene a la demandada a pagar las sumas correspondientes por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de todo el tiempo de servicio, indemnización moratoria, indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s. y 18 y s.s. subsanación).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que prestó sus servicios personales a CANAL CAPITAL a partir del 12 de noviembre del 2010, mediante contrato de trabajo a término indefinido; que en el mes de "diciembre del 2015" le manifestaron la terminación del contrato a partir del "14 de noviembre del 2015" y que éste no sería renovado; que el último salario promedio devengado fue de \$2'070.000 mensuales; que el cargo desempeñado fue el de técnico profesional de apoyo a procesos de calidad audiovisual; que la demandada no le ha cancelado las acreencias laborales que pretende con la presente demanda y que realizó la reclamación administrativa, sin obtener una respuesta favorable.

2. Contestación de CANAL CAPITAL. Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que los contratos celebrados entre las partes se enmarcan dentro del régimen civil mediante la celebración de contratos de prestación de servicios. Que se le pagaron honorarios por la suma de \$2'070.000 mensuales. Que su contrato se rigió por la Ley 80 de 1993 y que la diferencia es la autonomía e independencia del contratista. Propuso como excepciones de mérito las de legalidad en la actuación de canal capital, inexistencia del contrato laboral aducido por el demandante, cobro de lo no debido y prescripción. (fol. 40 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 22 de marzo del 2019, en la que la falladora de primera instancia declaró la existencia de dos contratos de trabajo así (i) del 15 de noviembre del 2010 al 4 de septiembre del 2015 y (ii) del 15 de octubre del 2015 al 14 de diciembre del 2015. Condenó a la demandada a pagar las sumas correspondientes por concepto de cesantías, vacaciones, indemnización moratoria, indexación de las vacaciones, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción frente a las vacaciones. Absolvió de las demás pretensiones de la demanda. Condenó en costas a la parte demandada. (CD fol. 95)

Su decisión en lo que interesa a la alzada se basó en que dada la naturaleza jurídica de la entidad demandada como empresa industrial y comercial del estado sus empleados ostentan la calidad de trabajadores oficiales. Que el demandante logró probar la prestación del servicio para la demandada con los contratos de prestación de servicios, las certificaciones de las demandadas y los testimonios recaudados, naciendo con ello la presunción de existencia de un contrato de trabajo. Indicó que, teniendo en cuenta que la demandada no desvirtuó la subordinación se debe declarar la existencia de dos contratos de trabajo, pues entre la finalización del contrato 365 del 2015 – 4 de septiembre del 2015- y el inicio del siguiente contrato – 15 de octubre del 2015- transcurrieron más de 11 días. Que se absolvió de la prima de servicios pues no existe norma que la contemple para los trabajadores oficiales.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que la Corte Suprema de Justicia ha indicado que cuando se solicita prima de servicios debe entenderse que lo que está solicitando es la prima de navidad. Y que se debe declarar un único contrato de trabajo, pues la interrupción de 11 días no es suficiente para entender que fueron dos contratos de trabajo.

Por su parte, la **demandada** interpuso recurso de apelación argumentando que el contratista tiene independencia desde el punto de vista técnico y científico. Que el elemento principal que caracteriza el contrato de prestación de servicios es la autonomía del contratista. Que en el desempeño de sus funciones los contratistas deben ceñirse a ciertas condiciones, sin que ello implique subordinación, sino una coordinación de actividades. Que nadie obligó al demandante a prestar sus servicios. Que no se le asignó un horario de trabajo sino horas en las que debía cumplir el horario contractual, pues los noticieros se emiten en horarios fijos. Que para la actividad del actor se debía contar con la suficiente experticia. Que el hecho de realizarse su labor en un horario determinado o darle los elementos de trabajo no implica subordinación. Que no tuvo un salario mensual, sino honorarios. Que no está en discusión la prestación del servicio.

5. Alegatos demandada. Indica que está debidamente soportado con los documentos que constan en el proceso, que existió un vínculo civil de prestación de

servicios sustentado en múltiples contratos. Que las relaciones contractuales entre las partes fueron esporádicas, habida cuenta de que las necesidades que motivaron cada uno de esos contratos no fueron continuos. Que no obra prueba alguna en el que se demostraran los elementos esenciales de un contrato laboral establecidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. Que los elementos esenciales del contrato de prestación de servicios se pueden verificar en el caso objeto de estudio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

- (i) ¿Se logró probar que el actor prestó sus servicios de manera autónoma y, por tanto, no puede declararse la existencia de un contrato de trabajo?
- (ii) En caso afirmativo, ¿Se debe declarar la existencia de un único contrato de trabajo?
- (iii) ¿Se debe condenar al pago de la prima de navidad a pesar de que no fue solicitada?

No existe discusión en esta instancia, pues no fue apelado por las partes, que la demandada CANAL CAPITAL es una empresa industrial y comercial del estado y que el demandante, en caso de declararse la existencia del contrato de trabajo, ostentaría la calidad de trabajador oficial. Tampoco se controvierte que el actor prestó sus servicios de manera personal a la demandada, operando la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, motivo por el que se le traslada la carga probatoria a la pasiva a quien le corresponde desvirtuar la subordinación, de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del CGP aplicable por la remisión analógica prevista en el art. 145 del CPT y de la SS.

De la autonomía o subordinación de la labor realizada por el actor

Es necesario precisar que la parte demandada básicamente insiste en su apelación que la labor desempeñada por el actor fue autónoma y libre, que no recibió órdenes sino directrices, que no se le asignó un horario sino horas en las que debía cumplir su objeto contractual, por lo que no se configura la existencia de un contrato de trabajo.

Con el ánimo de dilucidar la controversia, procede la Sala a realizar un análisis del material probatorio que reposa dentro del expediente, encontrando que la parte demandada no logró derruir la presunción de existencia de un contrato de trabajo que nació al probarse la prestación personal del servicio, como acertadamente lo señaló la falladora de primera instancia, sin que para este efecto base con aportar 11 contratos de prestación de servicios suscritos por las partes (CD fl.76), teniendo en cuenta que lo perseguido en la presente Litis precisamente es demostrar la existencia de un contrato de trabajo, en virtud de la primacía de la realidad.

Tampoco se logra probar la autonomía pretendida con la certificación expedida el 7 de septiembre del 2018, por la Profesional Universitario de Recursos Humanos de la demandada en la que se verifican los cargos desempeñados por el actor (fl. 77), ni con la expedida por el Secretario General de Canal Capital del 12 de septiembre del 2018, en la que se estipulan los contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes, el objeto, el plazo, el valor del contrato, fecha de inicio y finalización (fl. 78 y s.s.), ni con la certificación de la Subdirección Financiera de Canal Capital en la que se estipulan los honorarios recibidos por el demandante (fl. 84), toda vez que estos documentos no dan cuenta de la forma como en el plano de la realidad se ejecutaron los contratos, para determinar la verdadera naturaleza jurídica del acto cumplido.

Y es que fue tanta la inactividad probatoria de la pasiva, que no solicitó ningún testimonio que permitiera al operador judicial tener certeza de la autonomía que tanto pregonaba el demandante para el desarrollo de la labor; afirmación que resulta contraria a las manifestaciones de los testigos de la activa, señoras LAURA PEÑA, supervisora del demandante y JENNY ANDREA FLOREZ, encargada de la contratación de Canal Capital, quienes dan cuenta de la existencia de dependencia y subordinación, como se expondrá más adelante.

Adicionalmente, con el contrato de prestación de servicios y los testimonios recaudados queda acreditado que el señor Fernández Rendón estaba sujeto a un supervisor, que si bien es una figura exigida para la vigilancia de los contratos estatales, lo cierto es que en el caso que nos ocupa desbordaba todo límite al impartirle al accionante ordenes e instrucciones para el desarrollo de la labor de lo que se infiere que en realidad el actor tenía un jefe directo, aspecto que no resulta acorde con la autonomía que debe reinar en los contratos de prestación de servicios y que por el contrario, acreditan aún más la existencia de subordinación, máxime cuando era la misma demandada quien suministraba los elementos necesarios para que el demandante desarrollara su labor en sus instalaciones.

Se configuraron entonces, los elementos del artículo 1 de la Ley 6 de 1945 y de su reglamentario, el artículo 2 del Decreto 2127 de 1945, como son:

a) Prestación personal del servicio, por cuanto el trabajador fue editor de archivo de Canal Capital y auxiliar de tráfico. En este punto es importante destacar que sólo están exentos de la relación laboral, aquellos servicios que el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, califica como aquellos que "requieran de conocimientos especializados", sin que pueda decirse que las labores relacionadas con editor de archivo y auxiliar de tráfico requirieran de este tipo de conocimiento, entendiéndose por éste, aquellos que no se limitan a la formación universitaria, sino que van más allá de la educación formal que imparten estos centros, es decir, aquellos que requieren altos estudios y experiencia particularísima. En el presente caso, la demandada no demostró los títulos de idoneidad o especialidad exigidos al demandante para acceder al cargo. Por lo que no queda duda, ni ambigüedad alguna, que estamos frente a una relación laboral.

b) La subordinación, que no sólo se limitó a la exigencia, ya por relación de jerarquía o de interventoría, de las funciones propias al cargo de editor de archivo y auxiliar de tráfico, sino que también se extendió a la fijación de horarios, instrucciones y exigencias para cumplir funciones. Por lo que, de conformidad con la declaración de las señoras LAURA PEÑA, supervisora del demandante y JENNY ANDREA FLOREZ, encargada de la contratación de Canal Capital no queda duda que esa prestación de servicios giró y estuvo transversalizada por la subordinación, traducida en continua disposición y

exposición del servicio prestado por el accionante a la autoridad del jefe asignado en calidad de supervisor, quedando demostrado que no gozaba de autonomía para el desarrollo de la labor ni para el establecimiento de su propio horario, limitantes de hecho que coartan toda libertad de movilidad del trabajador. Y en lo que se refiere a la dependencia, no hay duda que se trató durante todo el tiempo de la vinculación como una relación laboral.

c) Una remuneración, cualquiera que sea la denominación que se le dé, la forma o requisitos de cobro y de pago, sólo que en el derecho laboral se le denomina salario. Lo que en realidad interesa es que constituya la contraprestación a una prestación de servicio, relación de causa a efecto, que no se desconfigura porque esté pactado globalmente o por períodos de pago o por su forma o moneda en que se pague; la cual se encuentra acreditada en el presente caso con los contratos de prestación de servicios y la certificación expedida por la Subdirección Financiera de Canal Capital, que dan cuenta que accionante percibió como último salario la suma de \$4'140.000 de manera mensual.

Reunidos los elementos del artículo 2 del Decreto 2127 de 1945, no hay duda que la prestación de servicios personales del actor se dio en el contexto de una relación laboral, que de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, sobrepasa las formalidades de los documentos que la demandada hizo firmar al señor VÍCTOR HUGO FERNANDEZ RENDÓN, quien sólo por asegurar el ingreso personal y familiar, se vio sometido a suscribir textos que no se avienen con la realidad, y que por el contrario, son totalmente adversos a lo que la realidad procesal lleva al conocimiento del fallador.

En consecuencia, acertó la falladora de primera instancia cuando declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes.

De la existencia de un único contrato de trabajo

De los diferentes contratos de prestación de servicios (CD fl. 76 y s.s.) y de la certificación laboral expedida por el Secretario General de Canal Capital (fol. 78 y s.s.) se puede establecer que el accionante fue vinculado mediante contratos de prestación de servicios, sin solución de continuidad, entre el **15 de noviembre del 2010 al 4 de septiembre del 2015** y del **15 de octubre del 2015 al 14 de diciembre del 2015**, por lo que se tendrán estos como extremos laborales.

Es necesario señalar que no puede declararse la existencia de un único contrato como lo pretende la parte demandante, pues entre la fecha en que finalizó el CPS N° 365-2015 el **4 de septiembre del 2015** y el inicio del contrato N° 907-2015 el **15 de octubre del 2015**, transcurrió más de un mes, exactamente 41 días, por lo que nos encontramos frente a una interrupción considerable, la cual desvirtúa la unicidad del vínculo laboral, tal y como lo manifestó la CSJ en la sentencia SL 1043-2018.

De la prima de navidad

Solicita el demandante se condene al pago de la prima de navidad, manifestando que, si bien no la solicitó expresamente, lo cierto es que, al pretender el pago de la prima de servicios, debe entenderse que lo que está peticionando es la prima de navidad.

Nuestra ley procesal impone la obligación de redactar el escrito de demanda, exponiendo con precisión y claridad las pretensiones de la demanda, así como los hechos y omisiones que le sirvan de fundamento, pues así se desprende del contenido

del art. 25 del CPT, lo cual genera a su vez la exigencia para el demandado de contestar el escrito inicial, refiriéndose a cada uno de los puntos de hecho expuestos por el actor.

Al revisar el contenido de la demanda se advierte que la pretensión relacionada con la prima de navidad no fue redactada con precisión ni claridad, sin embargo, en la demanda se solicitó condena por concepto de "Primas de todo el tiempo de servicios" dentro de las cuales se entiende incluida la prima de navidad, máxime porque al revisar el acápite de fundamentos de derecho se citó el artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, señalando que en dicha disposición se consagra la prima de navidad.

Las incongruencias u omisiones anteriores debieron ser objeto de reparo por parte de la pasiva y del juez primigenio, éste último quien debió inadmitir la demanda a efecto de que se cumplieran las formalidades prescritas en el art. 25 del CPT y en todo caso, debió fijar el litigio en la forma prevista en el numeral 3 del art. 77 del mismo estatuto procesal, sin embargo, revisadas las piezas procesales se advierte que nunca se procedió de conformidad.

Por tanto, al permitir el juez el planteamiento de una pretensión de manera general, abstracta e imprecisa, debió interpretar los acápites de la demanda de manera conjunta con el fin de determinar la verdadera intención de libelista, de esta manera hubiera advertido que en los fundamentos de derecho se aludía únicamente a la prima de navidad no de servicios, como equivocadamente se adujo en la sentencia objeto de alzada.

De ahí que no es admisible que la parte accionante soporte las omisiones del funcionario judicial, quien contando con la potestad de dirección no adoptó las medidas necesarias para garantizar los derechos y el equilibrio de las partes, pasando inadvertido en todas las etapas procesales las deficiencias antes anotadas, para luego, suplantar la voluntad plasmada en los pedimentos, limitando el estudio a la prima de servicios cuando en realidad se estaban solicitando de manera general las primas causadas durante el tiempo de relación laboral, dentro de las que por obvias razones se encuentra en el sector oficial, la de navidad que echa de menos el recurrente y que en todo caso estaba fundamentada jurídicamente en el acápite de fundamentos y razones de derecho de escrito de demanda.

No fue objeto de apelación que se encuentran prescritas las acreencias laborales causadas con anterioridad al 16 de junio del 2013.

La prima de navidad fue establecida en el art. 51 del Decreto 1848 de 1969 en el cual se estableció que equivale a un mes de salario correspondiente al cargo desempeñado al 30 de noviembre de cada año y que dicha prima será pagada en la primera quincena del mes de diciembre. Igualmente, se indica que, en caso de no haber servido durante el año civil completo, tendrá derecho a la prima de navidad en proporción al tiempo servido a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará y pagará con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual, si fuere variable.

En tales condiciones, se procederá a realizar su estudio encontrando que se adeuda al actor la suma de **\$5'097.500** por concepto de prima de navidad, por lo que se adicionará la decisión proferida en primería instancia.

Prima de navidad- PRIMER CONTRATO		
Prima de navidad causada	Salario	Prima de navidad
15-12-2013	\$ 1.200.000,00	\$ 1.200.000,00
15-12-2014	\$ 2.000.000,00	\$ 2.000.000,00
4-09-2015 (Finalizó contrato)	\$ 2.070.000,00	\$ 1.552.500,00
Total prima de navidad		\$ 4.752.500,00
Prima de navidad- SEGUNDO CONTRATO		
Prima de navidad causada	Salario	Prima de navidad
14-12-2015 (finalizó contrato)	\$ 2.070.000,00	\$ 345.000,00
Total prima de navidad		\$ 345.000,00

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

RESUELVE

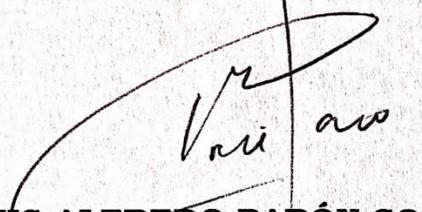
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 22 de marzo del 2019, por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para **CONDENAR** a CANAL CAPITAL a pagar al demandante la suma de **\$5'097.500** por concepto de prima de navidad.

SEGUNDO: SE CONFIRMA en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JULIO CESAR SANABRIA CRISTANCHO
DEMANDADO: JAIRO ARMANDO LOVERA CAMPOS
RADICACIÓN: 1100131050-28-2017-00842-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Julio Cesar Sanabria Cristancho instauró demanda ordinaria contra Jairo Armando Lovera Campos con el fin de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 1° de enero de 1989 al 15 de junio del 2016. Como consecuencia se condene al demandado a pagar las sumas correspondientes por concepto cesantías, prima de servicios, intereses a las cesantías, vacaciones, aportes a pensión, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, intereses moratorios, perjuicios morales y materiales, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 4 y s.s. y fol. 33 y s.s. subsanación)

Como fundamentos facticos de las pretensiones señaló que entre las partes existió un contrato verbal desde el 1° de enero de 1989 al 15 de junio del 2016, en el cual desempeñó el cargo de auxiliar de mantenimiento y servicios generales, realización de rejillas para el desagüe de aguas lluvias y sumideros, labores de pintura y mensajería; que cumplía un horario de trabajo de lunes a sábado; que devengaba el SMMLV; que la relación laboral terminó por despido injustificado el día 15 de junio del 2016; que el empleador durante la relación laboral no le pago sus prestaciones sociales, ni las demás acreencias que aquí se reclama.

2. Contestación de la demanda. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que entre las partes nunca existió una relación laboral, ni se dan los presupuestos establecidos en el art. 23 del CST para que se declare la existencia de un contrato de trabajo. Indica que el demandante nunca le prestó sus servicios de manera personal, ni jamás se le ha pagado un salario. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de las

obligaciones que se pretenden deducir en juicio, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y prescripción. (fol. 108 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 17 de julio del 2019, en la que el fallador de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 93)

Su decisión se basó en que no se logró probar que el demandante prestara sus servicios para el señor Jairo Lovera Campos como persona natural, pues lo que dejan ver los testigos traídos al proceso por la parte demandada es que el actor prestó sus servicios de manera esporádica para la empresa ALB SERVICIOS Y SUMINISTRO LTDA de la cual el demandado era socio. Que la única prueba que trajo el demandante para probar su dicho fue el testimonio de su cónyuge quien no conocía las situaciones particulares de la relación laboral.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que se debe condenar al pago de intereses moratorios desde el momento en que se reconoció la pensión.

El fallador de primera instancia lo interrumpe y le manifiesta que su petición no tiene consonancia con lo decidido pues la orden es que la pensión debe comenzar a pagarse una vez los empleadores paguen los aportes pensionales adeudados a Colpensiones.

Por lo que el apoderado de la parte demandante le manifiesta que entonces interpone recurso de apelación para que se le reconozca la pensión desde el momento en que se causó y los correspondientes intereses moratorios, pues no es el trabajador el llamado a soportar la carga por el incumplimiento de los empleadores.

Recurso de apelación. Inconforme con la anterior decisión, el **demandante interpuso** recurso de apelación argumentando que se desconoció la primacía de la realidad y el derecho fundamental de irrenunciabilidad de los derechos mínimos de los trabajadores y el principio de favorabilidad. Que el Juez no le da credibilidad al interrogatorio de parte, ni al testimonio de su esposa, pero si da absoluta credibilidad a los testimonios de la demandada, sin tener en cuenta que estaban subordinados a la demandada y no los miró con lupa.

5. Alegatos demandada. Indicó que jamás existió un vínculo de naturaleza laboral ni de ninguna índole porque el Sr. Sanabria nunca le prestó servicios, toda vez que de modo independiente, autónomo y esporádicos lo hizo para un tercero ajeno al Sr. Lovera, prestando servicios de ornamentación, cambio de guardas, de chapas, etc, servicios que eran ocasionales por tratarse de elementos que tiene poco uso y no se dañan con frecuencia, labores que el mismo accionante adelantó en su propio taller porque únicamente entraba en las instalaciones de un tercero a tomar medidas sin que el Sr. Lovera le exigiera términos de entrega, por lo que lo hacía cuando tenía tiempo, y luego presentaba cuentas de cobro. Que quedó demostrada la autonomía con la que el accionante ejecutó labores de ornamentación a un tercero, evidenciándose la inexistencia de elementos subordinantes o de cualquier naturaleza laboral.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿El fallador de primera instancia desconoció los principios de primacía de la realidad, irrenunciabilidad de derechos mínimos y favorabilidad, al encontrarse acreditada la existencia de una relación laboral entre las partes en litis?

Existencia de contrato de trabajo

Para resolver el problema jurídico encaminado a establecer si entre las partes existió una relación de trabajo, debe precisar la Sala que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre la que se encuentra la sentencia SL9801-2015, ha sido insistente en destacar que la característica principal que diferencia el contrato de trabajo con otros de disímil naturaleza jurídica, es la condición subordinante a la cual se encuentra expuesta la persona que presta su fuerza de trabajo a cambio de una contraprestación, entendiendo que los demás elementos normal o regularmente concurren en cualquier contrato, bien sea de naturaleza laboral, civil, comercial e incluso del sector solidario.

El artículo 23 del C.S. del T, indica que para que exista contrato de trabajo se requiere la concurrencia de los tres elementos del contrato, estos son, la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario.

Por su parte, el artículo 24 del C.S. del T. subrogado por el artículo 2º de la ley 50 de 1990, establece que *"Se presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo"*

Frente a lo cual, la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 1657-2019, dejó sentado que la demostración de la prestación personal del servicio por parte del demandante desencadena la consecuencia jurídica contemplada en el artículo 24 del CST, esto es, la de presumirse la subordinación jurídica propia del contrato de trabajo, y en consecuencia, se deben examinar las pruebas para determinar si ellas tienen la capacidad de desvirtuar la presunción legal, demostrando que el trabajo lo ejecutó el promotor de la litis de forma independiente, es decir, sin estar sujeto al cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo, lugar y cantidad de trabajo, o sometido a reglamentos.

En el presente caso, como acertadamente lo señaló la falladora de primera instancia, ni siquiera se logró probar la prestación personal del servicio del señor Julio Sanabria a favor del señor Jairo Armando Lovera Campos como persona natural, pues fue tanta la inactividad probatoria de la parte demandante, que no allegó ningún documento y la única testimonial que trajo al proceso fue la declaración de su cónyuge, señora María Ávila Varón, cuyo dicho no genera ninguna credibilidad a la Sala, en razón a que refirió no haber estado presente en el momento en el que supuestamente las partes realizaron la contratación laboral, ni ingresó al sitio en el que dice el actor prestaba sus servicios, es decir, que no tuvo una percepción directa de los hechos, su conocimiento deviene de lo que le comentaba su cónyuge, convirtiéndola en una simple testigo de oídas, pues si bien relata que esporádicamente iba a la estación donde supuestamente

laboraba el actor, señala que lo veía salir para el trabajo y llegar del trabajo, pero no lo acompañó para saber que efectivamente prestaba servicios para el demandado.

De esta manera, la declaración no resulta suficiente para probar el aludido hecho, máxime cuando la credibilidad e imparcialidad de la testigo resulta afectada por el vínculo sentimental con la parte actora, pues debido a su status de cónyuge es lógico que se encuentre movida por sentimientos de afecto e interés económico. Es más, del análisis de la prueba se establece que el actor no prestó sus servicios para el señor Jairo Lovera como persona natural, pues la señora Ávila Varón al igual que los testigos de la parte demandada, manifiestan que el señor Julio Sanabria prestaba sus servicios para una de las empresas del señor Jairo Lovera.

En este punto es necesario aclararle a la apoderada de la parte demandante que, no es lo mismo prestar los servicios para una empresa en la cual el señor Jairo Lovera era uno de los socios, que prestarle sus servicios al señor Jairo Lovera como persona natural, como se pretende en la presente Litis, ya que se trata de dos personas completamente distintas.

Se reitera que la señora María Ávila Varón al igual que los demás testigos traídos al proceso por la parte demandada, respecto de los cuales no se formuló tacha de sospecha, refirieron que el actor prestó sus servicios a favor de una empresa. Es así como los señores Edgar Enrique Castro Riaño - administrador de una de las estaciones donde dice el actor prestó sus servicios-, el señor Manuel Arturo Herrera Rodríguez-Revisor Fiscal de la empresa ALB SERVICIOS Y SUMINISTROS LTDA- y Jairo Alfonso Suárez Prada- asistente contable hasta el año 2004 de la empresa ALB SERVICIOS Y SUMINISTROS LTDA-, afirmaron que el demandado era socio de la empresa ALB SERVICIOS Y SUMINISTROS LTDA y que fue su administrador Edgar, quien contrataba de manera esporádica al actor para realizar algunos trabajos en la estación de servicios como cambiar guardas, pintar paredes o arreglar una rejilla, cuyos pagos fueron efectuados por parte de la mencionada persona jurídica.

De lo anterior se evidencia que el actor pudo haber prestado sus servicios para la empresa ALB SERVICIOS Y SUMINISTROS LTDA de la cual es socio el demandado, pero no se logró probar que le haya prestado algún servicio al señor Jairo Lovera como persona natural, que es lo que pretendido en la presente demanda. Por tanto, al no haberse demandado a la empresa ALB SERVICIOS Y SUMINISTROS LTDA con quien los testigos relataron existió la prestación del servicio, no hay lugar a impartir ninguna condena.

No resulta de recibo la afirmación de la apoderada de la parte demandante quien aduce que el Juez está desconociendo los principios de la primacía de la realidad y de irrenunciabilidad de los derechos mínimos, pues para que estos principios pueden ser aplicados, la parte activa debía haber cumplido con su carga probatoria conforme lo dispone el art. 167 del CGP al cual nos remitimos por disposición expresa del art. 145 del CPT y de la SS, según el cual le correspondía probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, lo cual no hizo, pues no demuestra que el actor prestó sus servicios para el señor Jairo Lovera como persona natural, supuesto de hecho contenido en el art. 24 del C.S. del T., motivo por el que como se dijo, no hay lugar a aplicar la presunción legal existencia de contrato de trabajo, no siendo suficiente para lograr este cometido la afirmación efectuada por el demandante al momento de absolver su interrogatorio de parte, pues en materia probatoria a las partes les está vedado fabricar su propia prueba.

Se resalta que fue tanto el desinterés de la parte demandante que ni siquiera hizo comparecer a los demás testigos que le fueron aceptados al momento de decretar las pruebas por el fallador de primera instancia, motivo por el cual se declaró precluida la oportunidad para su recepción, sin que frente a dicha decisión hubiese existido algún reparo por la parte accionante.

En consecuencia, al no existir ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que el actor prestó sus servicios de manera personal al señor Jairo Lovera como persona natural, no queda otro camino que confirmar la absolución impartida en primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de julio del 2019, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$570.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con el art. 366 del CGP.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
 Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
 Magistrado


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
 MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JOSÉ DANIEL REY HERRERA
DEMANDADO: CONSTRUCTORA MANDA S.A.
RADICACIÓN: 23-2018-00344-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO – LEY 361

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. José Daniel Rey Herrera instauró demanda ordinaria contra CONSTRUCTORA MANDA S.A.S. con el fin de que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 10 de julio del 2015 y 13 de febrero del 2016, fecha en que se le dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa, encontrándose con estabilidad laboral reforzada. Como consecuencia, solicita se condene a la demandada a reintegrarlo y a pagar los salarios causados desde el 13 de febrero del 2016 hasta la fecha del reintegro y se le reconozca la indemnización de 180 días, prevista en el art. 26 de la Ley 361 de 1997.

Solicitó como pretensiones subsidiarias se condene a la demandada a pagar las sumas correspondientes por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por terminación del contrato sin justa causa, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 59 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 10 de junio del 2015; que desempeñó el cargo de labores varias como barrer escombros, recoger y bajar maderas; que fue contratado para laborar en la vía Bogotá-Villavicencio en la obra denominada Limoncitos en el segundo peaje de la vía; que recibía como remuneración la suma de \$644.350; que en vigencia del contrato el actor presentó una irritación en la piel de brazo derecho que se convirtió en un grano, lo cual reporta al empleador; que durante la vigencia laboral acude a la EPS donde inicialmente le brindan atención médica; que es despedido a pesar de encontrarse en tratamiento médico; que la empresa demandada aduce que lo despide porque falta mucho a su trabajo, sin embargo, esas faltas obedecen a incapacidades; que

la empresa demandada no solicitó permiso para dar por terminada la relación laboral; que gozaba de estabilidad laboral reforzada por haber adquirido una enfermedad en vigencia de la relación laboral y que no le han cancelado las acreencias laborales reclamadas.

2. Contestación de la empresa demandada. La empresa demandada contestó la demanda aceptando la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 10 de junio del 2015, en el cual el demandante ostentó el cargo de ayudante de labores varias y devengó la suma de \$644.350. Aceptó además que el contrato finalizó sin justa causa el 13 de febrero del 2016 y se opuso a las demás pretensiones. Manifestó que el demandante nunca reportó que había tenido una enfermedad de origen laboral. Que el despido no se produjo por las incapacidades que presentaba el actor y que consignó las acreencias laborales que adeudaba al demandante. Que a la fecha del despido el actor no tenía ninguna discapacidad, ni incapacidad. Propuso como excepciones las de fondo de cobro de lo no debido, pago e inexistencia de la obligación. (fol. 54 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de mayo del 2019, en la que el fallador de primera instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes entre el 10 de junio del 2005 al 23 de febrero del 2016; relación que terminó por decisión unilateral del empleador y sin justa causa. Condenó a la demandada a pagar la suma correspondiente por indemnización por despido sin justa causa y la indemnización moratoria y absolvió de las demás pretensiones de la demanda. (CD fol. 95)

Su decisión se basó en lo que interesa al recurso que no hay lugar al reintegro, pues para que opere la estabilidad laboral reforzada de la Ley 361 de 1997 no es suficiente con cualquier quebranto de salud, sino que es necesario que tenga algún tipo de deficiencia, algún tipo de pérdida de capacidad laboral, o que este incapacitado, lo cual no ocurre en el presente caso.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que el trabajador si gozaba de estabilidad laboral reforzada. Que se debe tener en cuenta la sentencia T-003 de 2010 que dice que la jurisprudencia ha extendido el beneficio previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 a favor no solo de los trabajadores discapacitados como lo previó la norma calificados como tales sino también aquellos que sufren deterioro de salud en el desarrollo de sus funciones, aspecto que fue debidamente probado incluso aceptado por el representante legal en el interrogatorio de parte que manifestó que el señor estaba enfermo y que no servía para trabajar. Que con el examen de ingreso se establece que el trabajador durante la relación laboral tenía un padecimiento de salud. Que la demandada no solicitó permiso al Ministerio del Trabajo para despedirlo. Que la Corte Constitucional con la sentencia C 351 del 2000 viene protegiendo a los trabajadores que sufren accidentes o enfermedades que disminuyen su capacidad laboral, estableciendo la obligación de reintegrarlos. Que la misma parte demandada aduce que se fue despedido sin justa causa, por lo que no existe una causal objetiva de terminación del contrato y, por tanto, procede el reintegro.

5. Alegatos. Ninguna de las partes presentó alegatos a pesar de que se les corrió el correspondiente traslado ordenado en el Decreto 806 del 2020 el día 27 de julio del 2020.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de

consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿Se configuran los presupuestos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para determinar que el despido del señor José Daniel Rey Herrera se torna ineficaz?

De la relación laboral y su terminación

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es preciso señalar que no existe discusión en esta instancia respecto a relación laboral que existió entre las partes en Litis, quedando demostrado que el señor JOSÉ DANIEL REY HERRERA prestó sus servicios personales a la empresa CONSTRUCTORA MANDA S.A.S., mediante contrato de trabajo a término indefinido, durante el periodo comprendido entre el 10 de junio del 2015 y el 23 de febrero del 2016, hechos que fueron aceptados en la contestación de la demanda y se corroboran con el contrato de trabajo (fol. 63 y s.s.) y la carta de terminación del contrato de trabajo (fol. 68).

Tampoco se controvierte que el contrato finalizó de manera injusta por decisión unilateral del empleador.

De la estabilidad laboral reforzada

En cuanto al problema jurídico relacionado con establecer si la empresa actuó de manera discriminatoria frente al trabajador al momento de despedirlo, la Sala decisión debe recordar que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que contrario a lo afirmado por el Juzgado, no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que la terminación del contrato de trabajo es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues dicha finalización corresponde al 23 de febrero de 2016. Lo anterior, como quiera que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61 derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación.

Siguiendo este hilo conductor, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección especial por la discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para establecer si la limitación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional en la sentencia SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle), en la cual se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) **una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares**, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la sentencia T-041 del 2019, estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud

del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de reasignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

No obstante, señaló que el trabajador en condición de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones puede ser despedido **cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato**; pues de no existir dicha causal el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado *"la presunción de desvinculación laboral discriminatoria"*, entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

Al respecto en la sentencia T-320 de 2016, se dijo que: *"en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador."*

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que el demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental **que le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental**, y que el empleador conocía de ellas previo al momento de la terminación del contrato de trabajo, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud le corresponde al empleador demostrar la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

Al revisar las pruebas allegadas al expediente se encuentra la Sala lo siguiente:

1. Certificado de incapacidad por **4 días** del 14 de agosto del 2015 al 17 de agosto del 2015. (fl. 40)
2. Certificado de incapacidad por **4 días** del 18 de agosto del 2015 al 21 de agosto del 2015. (fl. 24)
3. Historia de Urgencias del día 24 de agosto del 2015 en la que se señaló *"Veinte días de evolución de lesión ulcerada de piel de dorso de la mano en región tenal de miembro superior derecho con lesiones a lo largo de antebrazo (Adenopatías) Costra fibrinuíde en base de ulcera de aproximadamente 3x3 cm con bordes erimatosos elevados irregulares"* y se ordenó remisión por dermatología prioritaria y se le otorgó incapacidad por **5 días** del 24 de agosto del 2015 al 28 de agosto del 2015. (fl. 43)
4. Reporte de TRIAGE por visita a urgencias del 27 de agosto del 2015 en donde aparece que el actor presenta *"ALERTA AFEBRIL LESIONES FURUNCULARES EN REGIÓN DE ANTEBRAZO DERECHO DE ICNO EN REGIÓN DE TABAQUERA MANO DERECHA CON IRRADIACIÓN EN TRAYECTO DE VENA RADIAL Y VENA CEFALICA LESION CON DRENAJE EN REGIÓN DE TABAQUERA PACIENTE CON FURUNCULOSIS CON IRRADIACIÓN"*

FURUNCULAR CON IRRADIACION EN TRAYECTO VENOSOSE DA EGRESO CON INICIO ANTIBIOTICO CON CEFALOXINA 500 MG CADA 6 HORAS POR DIEZ DÍAS ASOCIADO A CLINDAMICINA 300 MG CADA 12 HORAS POR SIETE DÍAS... (fl. 26)

5. Certificado de incapacidad por **el día del 29 de agosto del 2015**. (fol. 23)
6. Documento denominado "SISTEMA DE REFERENCIA Y CONTRAREFERENCIA" del 15 de septiembre del 2015, en el que se colocó como resumen de la historia clínica "*Paciente con cuadro de un mes de evolución consistente en aparición de lesión y ascendentes y en cadena del Miembro Superior derecho. Se envía para concepto y estudio*" y en Diagnóstico "*Infecciones locales de la piel*" y se ordenó su remisión a dermatología. (fl. 31)
7. El 17 de septiembre del 2015, se le realiza un examen histológico en el que se señala "*Los cortes muestran piel con hiperplasia, pseudoepiteliomatosa y formación de pequeños microabscesos córneos sobre una dermis con infiltrado inflamatorio linfocitario y extravasación de hematíes. Dentro del infiltrado se observan algunas pequeñas células gigantes multinucleadas y abundantes plasmocitos. La colaboración de pas es negativa para hongos. Los hallazgos histológicos corresponden a una dermatitis granulomatosa localizada en un borde ulcera y sugiere como primera posibilidad leishmaniasis. Se recomienda debido a la gran cantidad de polimorfonucleares presentes en la muestra realizar cultivos para hongos. Si persiste la sospecha de leishmaniasis es recomendable tomar una nueva biopsia de mayor profundidad para poder analizar de una manera más completa la lesión*" (fl. 28)
8. Documento denominado "SISTEMA DE REFERENCIA Y CONTRAREFERENCIA" del 11 de diciembre del 2015, en el que se determinó luego del examen físico "*PACIENTE QUE SE PRESENTA POR MÚLTIPLES LESIONES EN BRAZO DERECHO CON SEGUIMIENTO DEL CAMINO GANGLIONAR*" y "*LESIONES ULCERATIVAS POR CAMINO GANGLIONAR DE BORDE ELEVADO DOLOROSAS AL TACTO*". Se ordena valoración por dermatología. (fl. 35)
9. Documento denominado "SISTEMA DE REFERENCIA Y CONTRAREFERENCIA" del 18 de enero del 2016 en el que se determinó luego del examen físico "*PACIENTE CONSCIENTE, ALERTA, HIDRATADO, AFEBRIL/ CABEZA: NORMOCEFALO, PUPILAS SIMÉTRICAS REACTIVAS A LA LUZ, ESCALERAS ANICTERICAS, ORL: NORMAL/CUELLO: NO MASAS, NO MEGALIAS/ TORAX: RSRs CAMPOS PULMONARES BIEN VENTILADOS SIN SOBREGREGADOS, RSCS RÍTMICOS SIN SOBREGREGADOS, EXPANSIÓN TORACICA SIMÉTRICA /ABSOMEN: BLANDO DEPRESIBLE NO DOLOROSO A LA PALPACIÓN, NO SIGNOS DE IRRITACION PERITONEAL, RSIS POSITIVOS NORMALES, NO MASAS, NO MEGALIAS, GENITO URINARIO: NO SE VALORA/ **EXTREMIDADES: EUTROFICAS, LESIONES ERITEMATOSAS EN MIEMBRO SUPERIOR DERECHO, NO EDEMAS, PULSOS DISTALES POSITIVOS, LLENADO CAPILAR MENOR DE 2 SEGUNDOS(NEUROLOGICO: SIN DEFICIT APARENTE***" (fl. 27)

De los documentos reseñados, resulta claro que el actor cuenta con una afección en su salud, sin embargo, no puede considerarse como generadora de la protección derivada por estabilidad laboral reforzada de sujeto de especial protección constitucional, en tanto, no contaba con una afectación grave en su salud que le impidiera sustancialmente desempeñar la labor de oficios varios (barrer escombros, recoger y bajar maderas) en condiciones regulares.

Vale la pena destacar que, si bien el diagnóstico de infecciones locales de la piel, le generó incapacidades por espacio de **14 días**, comprendidos entre el 14 de agosto del 2015 y el 29 de agosto de 2015, lo cierto es que ello tuvo lugar 5 meses y 24 días antes del finiquito, ocurrido el 23 de febrero de 2016, momento para el cual no contaba con restricciones

médico laborales ni con recomendaciones médicas, menos aún se encontraba en curso alguna calificación de su pérdida de capacidad laboral.

El hecho de encontrarse pendiente una valoración por la especialidad de dermatología no puede ser por sí solo argumento suficiente para demostrar que se trata de un sujeto de especial protección y en consecuencia, concluir que su retiro del lugar del de trabajo constituyó una discriminación, pues como lo ha dejado sentado nuestra H. Corte Constitucional, sufrir de una enfermedad no es sinónimo de inamovilidad (C-531/00 C-824/11, T-226/12, T-597/14, T-141/16 y SU-049/17).

Conforme lo anterior, no cabe duda de que la demandada no debía cumplir ningún procedimiento previo para dar por terminado el contrato del señor REY HERRERA, pues en realidad no se encontraba en condiciones que le impidieran desarrollar sus labores en condiciones cotidianas, merecedoras de protección laboral reforzada.

En consecuencia, no opera la protección especial consagrada en el art. 26 de la Ley 361 de 1997, por ende, la terminación del contrato no puede declararse ineficaz, como acertadamente lo entendió el fallador de primera instancia, razón por la cual se confirmará la sentencia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de mayo del 2019, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

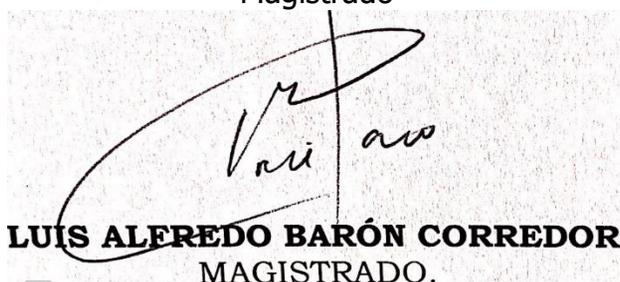
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$750.000, las cuales serán liquidadas en primera instancia conforme lo dispone el art. 366 del CGP. La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: RAFAEL INFANTE GALINDO
DEMANDADO: PAR ISS LIQUIDADO
RADICACIÓN: 25-2015-00287-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA PAR ISS
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO ISS

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar al Dr. DANIEL ANDRÉS RODRÍGUEZ MORALES como apoderado de La Fiduciaria LA PREVISORA, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Rafael Infante Galindo instauró demanda ordinaria contra PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL ISS EN LIQUIDACIÓN -PAR ISS- con el fin de que se DECLARE que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 25 de septiembre del 2000 y el 31 de marzo del 2013. Como consecuencia solicite se condene a la demandada a pagar las sumas correspondientes por concepto nivelación salarial, incremento salarial, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, primas de servicios, primas técnicas, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, subsidio familiar, dotaciones, indemnización por despido sin justa causa, retención en la fuente, pólizas de seguro, devolución de los aportes a seguridad social pagados, indexación de las sumas adeudadas, indemnización moratoria y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s. y 124 subsanación)

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que prestó sus servicios para el ISS desde el 25 de septiembre del 2000 mediante sucesivos contratos de prestación de servicios; que laboró hasta el 31 de marzo del 2013; que recibía las órdenes del Director de Auditoría Interna; que cumplía un horario de trabajo; que el último cargo desempeñado fue el de contador especializado el cual corresponde al cargo de planta de profesional especializado grado 35; que cumplía las mismas funciones que los trabajadores de planta; que ostentó la calidad de trabajador oficial; que le es aplicable

la convención colectiva de trabajo; que se le adeudan las acreencias laborales que pretende con la presente demanda.

2. Contestación FIDUAGRARIA. Afirmó que comparecía en calidad de vocera y administradora del PAR ISS. Indica que se opone a las pretensiones pues la vinculación del demandante con el PAR ISS estuvo regida por la Ley 80 de 1993 y no por un contrato de trabajo. Propuso como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de nexo causal, inexistencia del contrato de trabajo o prestación de servicios con Fiduagraria SA, prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe, no utilización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos y la genérica. (fol. 188 y s.s.)

3. Contestación FIDUPREVISORA. Contestó señalando que no le constan los hechos de la demanda. Indicó que dicha entidad asumió la función de liquidadora del ISS, cuya labora ya finalizó con el acta final de la liquidación el pasado 31 de marzo del 2015. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del demandado, inexistencia de la obligación y la innominada.

(fol. 263 y s.s.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 2 de diciembre del 2019, en la que la falladora de primera instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el 25 de septiembre del 2000 al 31 de marzo del 2013. Como consecuencia condenó al pago de las sumas correspondientes por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios convencional, prima de servicios legal, prima de vacaciones extralegal, las cuales deben pagarse de manera indexada. Condenó al pago de la indemnización por despido sin justa causa, ordenó la devolución de aportes a seguridad social y la indemnización moratoria. Absolvió de las demás pretensiones de la demanda. (CD fol. 349 y s.s.)

Su decisión se basó en lo que interesa a los recursos que se logró probar la prestación del servicio con lo cual nació la presunción y teniendo en cuenta que la demandada no desvirtuó la subordinación se declaró la existencia de un único contrato de trabajo. Que la convención señala que se debe aplicar a todos los trabajadores por lo que el demandante es beneficiaria de ella. Que se debe declarar probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con las acreencias causadas con anterioridad al 4 de enero del 2010 salvo para las cesantías. Que el último salario devengado fue de \$2'983.992. Indicó que se debe condenar a las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios convencional, prima de servicios legal, prima de vacaciones extralegal, las cuales deben pagarse de manera indexada. Manifestó que se debía condenar al pago de la indemnización por despido sin justa causa, pues no se probó una justa causa para haber despedido al trabajador. La indemnización moratoria la limitó a la liquidación del ISS la cuantificó y ordenó que se pague de manera indexada.

5. Impugnación y límites del ad quem.

Inconforme con la anterior decisión, la **demandada FIDUAGRARIA** interpuso recurso de apelación argumentando:

- a) Que no se debe declarar la existencia de un contrato de trabajo que la verdadera vinculación fue a través de contratos de prestación de servicios. Que no existió subordinación.

- b) Que no se debe condenar al pago de la indemnización por despido sin justa causa como quiera que el demandante no probó el despido
- c) Que no se puede condenar al mismo tiempo a la prima de servicios convencional y a la prima de servicios legal
- d) Que no se puede indexar y condenar al pago de la indemnización moratoria sobre las mismas sumas.

6. Alegatos demandante. Manifestó que en el presente caso se dan los elementos del contrato de trabajo establecidos en el art. 23 del CST. Que no existió solución entre los diferentes contratos de prestación de servicios que celebraron las partes. Solicita se confirme la sentencia proferida en primera instancia.

Alegatos del PAR ISS. Indica que Fiduagraria SA actúa únicamente como vocera del Patrimonio Autónomo de Remanentes del PAR ISS y no como su cesionaria. Insiste en que el demandante estuvo vinculado a través de diferentes contratos de prestación de servicios regidos por la Ley 100 de 1993. Que el demandante contaba con plena autonomía para realizar sus funciones. Que no es procedente condenar al pago de la indemnización por despido sin justa causa pues la demandante no cumplió con la carga probatoria de demostrar que fue despedido. Que los trabajadores oficiales no tienen derecho al pago de la prima de servicios de carácter legal. Que se absuelva de la indemnización moratoria pues el ISS actuó de buena fe.

Alegatos de la Fiduciaria la Previsora. Que no es la legitimada para responder por las pretensiones de la demanda, pues únicamente actuó como liquidador del ISS, pero todas sus actuaciones finalizaron con la extinción de dicha entidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por el PAR ISS se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente. Igualmente, se estudiará en consulta en favor del ISS en lo que le sea desfavorable y no haya sido apelado.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

(i) ¿Entre las partes existió un contrato de trabajo, en caso positivo, que calidad de trabajador ostentó el demandante?

(ii) ¿Existió un único contrato de trabajo a término indefinido entre 25 de septiembre del 2000 y el 31 de marzo del 2013?

(iii) ¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción?

(iv) ¿Se debe condenar a las siguientes acreencias legales: ¿cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios convencional, prima de servicios legal, prima de vacaciones e indemnización por despido sin justa causa?

(v) ¿Se debe condenar al pago de la indemnización moratoria, en caso positivo, debe limitarse a la liquidación del ISS?

Existencia del contrato de trabajo – Primacía de la realidad y la calidad que ostentaba el demandante

En el presente proceso se encuentra probado que el demandante prestó sus servicios de manera personal al ISS en la Dirección Nacional de Auditoría Interna inicialmente como contador público y posteriormente como **contador público especializado**, tal y como se evidencia en las certificaciones expedidas por la Asesora de Presidencia del ISS (fol. 24) y la Secretaría General del ISS en Liquidación (fol. 30 y s.s.), y la declaración judicial del señor Luís Alberto Torres Espejo (CD fol. 347) compañero de trabajo del demandante y empleado de planta del ISS.

Demostrada la prestación personal del servicio opera la **presunción de existencia de un contrato de trabajo**, conforme lo dispone el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, la cual no fue desvirtuada por la demandada, pues si bien existen documentos que ponen de presente que las partes suscribieron sendos contratos de prestación de servicios, lo cierto es que no son suficientes para derruir la presunción, teniendo en cuenta que lo perseguido en la presente Litis es demostrar la existencia de un contrato de trabajo, en virtud de la primacía de la realidad.

Fuera de la enunciada presunción y contrario a lo dicho por el apelante, el elemento denominado **subordinación**, característico del contrato del trabajo, se encuentra acreditado con la declaración del señor Luís Alberto Torres Espejo (CD fol. 347), quien señaló que el demandante cumplía un horario de trabajo, que trabajaba con los elementos suministrados por el ISS en sus instalaciones; que recibía órdenes e instrucciones de sus jefe inmediato; que debía solicitar permiso para ausentarse; declaración que no fue objeto de tacha de sospecha y tampoco se observó parcialidad alguna que afecte su dicho.

Otro aspecto probatorio que llama la atención de la sala es el hecho de señalarse en la certificación expedida por la Secretaría General del ISS en liquidación dentro de las actividades que ejecutó el actor es que debía manejar adecuadamente los elementos entregados por el ISS, para el ejercicio de las actividades convenidas.

Se configuraron entonces, los elementos del artículo 1 de la Ley 6 de 1945 y de su reglamentario, el artículo 2 del Decreto 2127 de 1945, como son:

a) **Prestación personal del servicio**, por cuanto la trabajadora fue sustanciadora asignada a la Oficina de Bonos Pensionales. En este punto es importante destacar que sólo están exentos de la relación laboral, aquellos servicios que el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, califica como aquellos que "requieran de conocimientos especializados", sin que pueda decirse que las labores relacionadas con la verificación del régimen aplicado de prestaciones económicas financiadas con bono pensional, la notificación de la liquidación de la deuda de bonos pensionales (cobro persuasivo) o envío de documentos requeridos por el Ministerio de Hacienda, requirieran de este tipo de conocimiento, entendiéndose por éste, aquellos que no se limitan a la formación universitaria, sino que van más allá de la educación formal que imparten estos centros educativos, es decir, aquellos que requieren altos estudios y experiencia particularísima. En el presente caso, forzoso es concluir que la prestación personal de servicio atendida por el demandante, no es especializada, por demás está que la demandada no demostró los títulos de idoneidad o especialidad exigidos al demandante para acceder al cargo. Por lo que no queda duda, ni ambigüedad alguna, que estamos frente a una relación laboral.

b) La **subordinación**, que no sólo se limitó a la exigencia, ya por relación de jerarquía o de interventoría, de las funciones propias al cargo de sustanciadora, sino que también se extendió a la fijación de horarios, instrucciones y exigencias para cumplir funciones. Por lo que, de conformidad con la declaración del señor Luís Alberto Torres Espejo (CD fol. 347), vinculados al ISS y de documentos tales como el CPS no queda duda que esa prestación de servicios giró y estuvo transversalizada por la subordinación, traducida en continua disposición y exposición del servicio prestado por la accionante a la autoridad de los jefes de turno, quedando demostrado que no gozaba de autonomía para el desarrollo de la labor ni para el establecimiento de su propio horario, limitantes de hecho que coartan toda libertad de movilidad de la trabajadora. Y en lo que se refiere a la dependencia, no hay duda que se trató durante todo el tiempo de la vinculación como una relación laboral.

c) Una **remuneración**, cualquiera que sea la denominación que se le dé, la forma o requisitos de cobro y de pago, sólo que en el derecho laboral se le denomina salario. Lo que en realidad interesa es que constituya la contraprestación a una prestación de servicio, relación de causa a efecto, que no se desconfigura porque esté pactado globalmente o por períodos de pago o por su forma o moneda en que se pague; la cual se encuentra acreditada en el presente caso con los contratos de prestación de servicios, que dan cuenta que la accionante percibió los siguientes salarios:

Año	Salario
2000	\$1'709.000
2001	\$1'709.000
2002	\$1'811.540
2003	\$1'811.540
2004	\$1'811.540
2005	\$1'911.175
2006	\$1'911.175
2007	\$1'911.175
2008	\$1'911.175
2009	\$2'057.762
2010	\$2'892.306
2011	\$2'983.992
2012	\$2'983.992
2013	\$2'983.992

Reunidos los elementos del artículo 2 del Decreto 2127 de 1945, no hay duda que la prestación de servicios personales de la actora se dio en el contexto de una relación laboral, que de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, sobrepasa las **formalidades** de los documentos que la demandada hizo firmar a la señora RAFAEL INFANTE GALINDO, quien sólo por asegurar el ingreso personal y familiar, se vio sometido a suscribir textos que no se avienen con la realidad, y que por el contrario, son totalmente adversos a lo que la realidad procesal lleva al conocimiento del fallador.

Tampoco existe duda respecto a que el demandante ostentó la calidad de **trabajador oficial**, toda vez que la naturaleza jurídica del ISS está definida como una empresa industrial y comercial del estado, tal y como se indica en el artículo 275 de la Ley 100 de 1993, por tanto, debe seguirse la regla general consagrada en el inciso segundo del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, definida igualmente en el Acuerdo 145 de 1997, expedido por el Consejo Directivo del ISS, aprobado por el Decreto 416 del mismo año, calidad que igualmente se extrae del contenido de la sentencia C-579 del 340 de octubre de 1996 y que es aceptada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación

Laboral, entre otras, en sentencia con número de radicado 21672 del 25 de marzo del 2004, M.P. Dr. Carlos Isaac Nader.

En consecuencia, acertó la falladora de primera instancia cuando declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y la calidad de trabajador oficial durante su vigencia.

Existencia de un único contrato de trabajo

De los diferentes contratos de prestación de servicios que fueron certificados por la Oficina Nacional de Contratación del ISS (fol. 24 y s.s.) se puede establecer que el accionante fue vinculado mediante contratos de prestación de servicios, sin solución de continuidad, entre el **25 de septiembre del 2000 y el 31 de marzo del 2013**, por lo que se tendrán estos como extremos laborales.

Convención Colectiva de Trabajo

Es necesario señalar que la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el I.S.S. y SINTRAISS el 31 de octubre de 2001, es aplicable al demandante, como quiera que se allegó el texto convencional acompañado de la respectiva constancia de su depósito en el Ministerio de la Protección Social (folios 80 y s.s.), no existe prueba de la denuncia de dicha Convención, y además en su artículo 3º se especificó que todos los trabajadores oficiales del I.S.S. son sus beneficiarios sin importar si pertenecen o no al sindicato.

Normatividad legal aplicable

Teniendo en cuenta que el ISS es una empresa Industrial y Comercial del Estado la normatividad aplicable es el Decreto 2127 de 1945 "Por el cual se reglamenta la ley 6a. de 1945, en lo relativo al contrato individual de trabajo, en general"; el Decreto 3135 de 1968 "Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"; el Decreto 1848 de 1969 "Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968" y la convención colectiva de trabajo.

Es necesario precisar, que el Decreto 1045 de 1978 "Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional" no es aplicable a los trabajadores oficiales del ISS, como quiera que en su artículo 2º establece que para los efectos del decreto 1045 de 1978 se entiende por entidades de la administración pública del orden nacional la Presidencia de la República, Los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias, los establecimientos públicos y las unidades administrativas especiales; entre los cuales no se incluyó a las empresas Industriales y Comerciales del Estado y así lo dejó sentado nuestra Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL981-19.

En atención a lo expuesto es necesario indicar que, una vez revisada nuevamente la normatividad y los actuales precedentes de nuestra CSJ, esta Sala Decisión decide recoger cualquier criterio que hubiese proferido anteriormente y que sea contrario a lo que se dispone en esta providencia.

Excepción de prescripción

Las acciones laborales prescriben en **3 años** como se encuentra previsto en el art. 41 del Decreto 3135 de 1968, art. 102 del Decreto 1848 de 1969 y art. 151 del CPT y de la SS, **término que podrá interrumpirse por una sola vez con el simple reclamo del trabajador.**

En relación con las **cesantías**, éstas son exigibles a la finalización del vínculo laboral cuando el trabajador queda cesante, criterio éste unificado en la jurisdicción laboral, entre otras, en la sentencia SL 981-2019 en la que se indicó que *"la norma convencional lo que regula es la forma de liquidar el auxilio de la cesantía, pero lo referente a su pago continúa sometido a la ley, es decir a partir del momento de su exigibilidad, que lo es a la terminación del vínculo laboral, y por ende es a partir de esa fecha cuando debe comenzar a contabilizarse la prescripción."*

Respecto de la compensación de las vacaciones, conforme lo explicó nuestra CSJ en la sentencia antes citada, con arreglo al artículo 45 del Decreto 1848 de 1969 «causado el correspondiente derecho a las vacaciones, deben concederse por quien corresponda, oficiosamente o a petición del interesado, dentro del año siguiente a la fecha en que se cause el derecho», premisa que indica que luego de causadas, el empleador oficial tiene un año para concederlas.

Así mismo, conforme al art. 46 del D. 1848 de 1969 luego de transcurrido el año de gracia con que cuenta la entidad para conceder las vacaciones, el empleado tiene un plazo de 30 días para solicitarlas, a partir del cual «comenzará a correr el término de prescripción de las mismas el cual es de 3 años»

Por tanto, el término trienal de prescripción de las vacaciones de los trabajadores oficiales de las empresas industriales y comerciales del Estado se cuenta luego de transcurrido 1 año y 1 mes (1 año de periodo de gracia del empleador y 1 mes de periodo de gracia en favor del trabajador).

En este punto, es necesario precisar que se equivocó el fallador de primera instancia al tener por interrumpida la prescripción con la reclamación efectuada por el demandante el día 4 de enero del 2013, pues en ella simplemente se reclaman acreencias laborales sin especificar cuáles, ni siquiera se indica si se trata de acreencias legales o convencionales, incumpléndose lo preceptuado en el art. 151 del CPT y de la SS, que dispone la interrupción de la prescripción con el simple reclamo del trabajador **sobre un derecho o prestación debidamente determinado**, presupuestos que brillan por su ausencia en la aludida petición.

Por tanto, teniendo en cuenta que el contrato de trabajo estuvo vigente entre el 25 de septiembre del 2000 al 31 de marzo del 2013, que el demandante reclamó ante la demandada el **24 de octubre del 2013** (fol.51) y que radicó la demanda 27 de marzo del 2015 (fol. 122), es claro que le asiste razón a la falladora de primera instancia cuando señaló que **se debe declarar probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con las acreencias laborales exigibles con anterioridad al 24 de octubre del 2010**; salvo para las cesantías que se debe declarar no probada la excepción de prescripción, en razón a que las mismas sólo se hacen exigibles a la finalización del contrato de trabajo y la compensación de vacaciones que se debe declarar probada en relación con las exigibles antes del **24 de septiembre del 2009**.

Finalmente, se debe indicar que los aportes a pensión con destino a las entidades de seguridad social son imprescriptibles; pero la solicitud de devolución al demandante de lo pagado por aportes a seguridad social en el porcentaje que le correspondía asumir como empleador, si se ve afectada por el fenómeno prescriptivo conforme se advirtió por parte de la CSJ en sentencia de instancia en la sentencia SL 2053-2020.

Acreecias laborales

Se pasan a revisar las acreecias laborales condenadas por el juez primigenio, para lo cual se tendrá como salario las sumas relacionadas en la Relación de pagos y Retenciones certificados por la Oficina Nacional de Contratación (fol. 26 y s.s.), frente a los cuales no existe discusión.

Año	Salario
2000	\$1'709.000
2001	\$1'709.000
2002	\$1'811.540
2003	\$1'811.540
2004	\$1'811.540
2005	\$1'911.175
2006	\$1'911.175
2007	\$1'911.175
2008	\$1'911.175
2009	\$2'057.762
2010	\$2'892.306
2011	\$2'983.992
2012	\$2'983.992
2013	\$2'983.992

Auxilio de Cesantías

Se encuentra consagrado en el artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo (2001-2004) el cual establece que:

"A partir del primero de enero del año 2002 se congela la retroactividad de las cesantías por diez (10) años.

El Instituto procederá a liquidar a 31 de diciembre de 2001, en forma retroactiva, las cesantías de la totalidad de los trabajadores, y liquidará sobre dicho monto intereses en cuantía del doce por ciento (12%) anual correspondientes al año 2001, los cuales serán cancelados durante el mes de enero del año 2002.

A 31 de diciembre del año 2002, y por los años subsiguientes, las cesantías se liquidarán anualmente y por las mismas se reconocerán intereses a la tasa del doce por ciento (12%) anual por el respectivo año objeto de liquidación, los cuales serán cancelados durante el mes de enero del año siguiente.

Sobre el monto de las cesantías liquidadas a 31 de diciembre del año 2001, el Instituto reconocerá a partir del primero de enero del año 2002, intereses equivalentes al 15% anual. En el caso de los trabajadores que no gocen de prima técnica, esta tasa de interés se incrementará en un punto. Los intereses aquí señalados se pagarán en el mes de enero del año siguiente, esto es, enero de 2003. En los años subsiguientes, el saldo de dichas cesantías acrecentado con las cesantías anuales liquidadas por el año inmediatamente anterior, y disminuido en el monto de las cesantías parciales pagadas durante la vigencia, causarán intereses a las mismas tasas y para los mismos grupos de trabajadores, antes señalados.

A partir del año 2002 y para efectos del pago de cesantías parciales, se destinará una partida con recursos anuales equivalentes, como mínimo, al 18% del valor de la deuda por concepto de

cesantías liquidadas a 31 de diciembre de 2001. La distribución y asignación de estos recursos se realizará conjuntamente por la empresa y el sindicato.

Para efectos de la liquidación de cesantía se tendrán en cuenta los siguientes factores:

- Asignación básica mensual
- Prima de vacaciones y de servicio legal o extralegal
- Horas extras
- Recargos nocturnos.
- Dominicales y feriados
- Auxilio de alimentación y transporte
- Viáticos"

Conforme a lo anterior se evidencia que la Convención Colectiva de Trabajo estableció un sistema de liquidación de cesantías anual para las personas que ingresaran al ISS a partir del 1º de enero de 2002, como ocurre en el presente caso, pues el demandante comenzó a laborar el 11 de octubre del 2006.

Teniendo en cuenta que se declaró no probada la excepción de prescripción frente a esta acreencia, se efectúan las operaciones matemáticas de rigor, incluyendo los factores salariales consagrados en la convención colectiva de trabajo (Asignación básica mensual, prima de vacaciones, prima de servicios, horas extras, recargos nocturnos, dominicales y feriados, auxilio de alimentación, auxilio de transporte y viáticos), encontrando la Sala que la demandada adeuda la suma de **\$37'497.471,84** por el período del 25 de septiembre del 2000 al 31 de marzo del 2013; suma superior a la reconocida por el fallador de primera instancia, sin embargo, teniendo en cuenta que este punto no fue apelado por la parte demandante, no se modificará, pues no puede hacerse más gravosa la situación del PAR ISS a quien se le está conociendo en consulta en su favor.

Auxilio de Cesantías							
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Prima de servicios	Prima de Vacaciones	Tota (salario + auxilio de transporte+ Prima de vacaciones+Prima de servicios)	Días laborados	Valor cesantías
2000	\$ 1.709.000,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 1.709.000,00	265	\$ 1.258.013,89
2001	\$ 1.709.000,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 1.709.000,00	360	\$ 1.709.000,00
2002	\$ 1.811.540,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 1.811.540,00	360	\$ 1.811.540,00
2003	\$ 1.811.540,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 1.811.540,00	360	\$ 1.811.540,00
2004	\$ 1.811.540,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 1.811.540,00	360	\$ 1.811.540,00
2005	\$ 1.911.175,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 1.911.175,00	360	\$ 1.911.175,00
2006	\$ 1.911.175,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 1.911.175,00	360	\$ 1.911.175,00
2007	\$ 1.911.175,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 1.911.175,00	360	\$ 1.911.175,00
2008	\$ 1.911.175,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 1.911.175,00	360	\$ 1.911.175,00
2009	\$ 2.057.762,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 2.057.762,00	360	\$ 2.057.762,00
2010	\$ 2.892.306,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 2.892.306,00	360	\$ 2.892.306,00
2011	\$ 2.983.992,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 2.983.992,00	\$ 5.967.984,00	360	\$ 5.967.984,00
2012	\$ 2.983.992,00	\$ 0,00	\$ 3.232.658,00	\$ 2.983.992,00	\$ 9.200.642,00	360	\$ 9.200.642,00
2013	\$ 2.983.992,00	\$ 0,00	\$ 804.054,60	\$ 1.541.729,20	\$ 5.329.775,80	90	\$ 1.332.443,95
Total Auxilio de cesantías							\$ 37.497.471,84

Intereses a las cesantías

El mismo artículo 62 establece que "A 31 de diciembre del año 2002, y por los años subsiguientes, las cesantías se liquidarán anualmente y por las mismas se reconocerán intereses a la tasa del doce por ciento (12%) anual por el respectivo año objeto de liquidación, los cuales serán cancelados durante el mes de enero del año siguiente"

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que el demandante tiene derecho al pago de **\$2'207.285,16** que corresponde a los intereses a las cesantías exigibles a partir del 31 enero del 2011; pues se declaró probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con los intereses a las cesantías causados con anterioridad al 23 de abril del 2010.

Teniendo en cuenta que la suma aquí liquidada es inferior a la reconocida por la falladora de primera instancia, quien no tuvo en cuenta la prescripción para esta acreencia, se modifica este punto.

Intereses a las cesantías			
Intereses a las cesantías causados	Valor cesantías	Nº días	Valor intereses a las cesantías
31 enero 2011 (sobre cesantías año 2010)	\$ 2.892.306,00	360	\$ 347.076,72
31 enero 2012 (sobre cesantías año 2011)	\$ 5.967.984,00	360	\$ 716.158,08
31 enero 2013 (sobre cesantías año 2012)	\$ 9.200.642,00	360	\$ 1.104.077,04
Terminación del contrato (sobre las cesantías año 2013)	\$ 1.332.443,95	90	\$ 39.973,32
Total Intereses a las cesantías			\$ 2.207.285,16

Vacaciones

El art. 48 de la Convención Colectiva de Trabajo, establece que:

*"El Instituto reconocerá y pagará a sus Trabajadores oficiales un descanso remunerado por cada año completo de labores teniendo en cuenta el tiempo de servicio así:
Quienes tengan hasta cinco (5) años de servicio se les reconocerá quince (15) días hábiles.
A quienes tengan más de cinco (5) y no más de diez (10) años de servicios, dieciocho (18) días hábiles.
A quienes tengan más de diez (10) años de servicios, veinte (20) días hábiles."*

Señala además que para determinar los días de vacaciones que corresponden a cada trabajador, se tendrá en cuenta su tiempo de servicio en el momento en que se cause el derecho; por tanto, el demandante hasta el 25 de septiembre del 2005 (fecha en que cumplió 5 años de labores) tenía derecho a 15 días vacaciones y a partir del 26 de septiembre del 2005 al 25 de septiembre del 2010, tenía derecho a 18 días de

vacaciones y a partir del 26 de septiembre del 2010 tiene derecho a 20 días de vacaciones.

El art. 10 del Decreto 3135 de 1968 dispone que cuando el trabajador oficial quede retirado del servicio sin haber hecho uso de vacaciones causadas, tiene derecho al pago de ellas en dinero y se tendrá como base de la compensación el último sueldo devengado.

Al efectuar las operaciones aritméticas, teniendo en cuenta que se declaró probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con la compensación de vacaciones causada con anterioridad al **24 de septiembre del 2009**, encuentra la Sala que se le adeuda a la actora por este concepto la suma de **\$10'576.262,31**; suma superior a la reconocida en primera instancia, pero teniendo en cuenta que no fue apelado por la parte demandante, no se modificará este punto, el cual se está conociendo en consulta en favor del PAR ISS.

Vacaciones -inició el contrato el 25 septiembre del 2000-					
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones exigibilidad	Salario	Días laborados	Días de vacaciones	Valor prima
25-09-07 a 24-09-08	25/10/2009	\$ 2.983.992,00	360	18	\$ 1.790.395,20
25-09-08 a 24-09-09	25/10/2010	\$ 2.983.992,00	360	18	\$ 1.790.395,20
25-09-09 a 24-09-10	25/10/2011	\$ 2.983.992,00	360	20	\$ 1.989.328,00
25-09-10 a 24-09-11	25/10/2012	\$ 2.983.992,00	360	20	\$ 1.989.328,00
25-09-11 a 24-09-12	31-03-13 (terminación contrato)	\$ 2.983.992,00	360	20	\$ 1.989.328,00
25-09-12 a 31-03-13		\$ 2.983.992,00	186	10,33	\$ 1.027.487,91
Total Vacaciones					\$ 10.576.262,31

Prima de servicios extralegal

El artículo 50 de la convención colectiva de trabajo, establece que:

"En adición a la prima legal, los trabajadores oficiales tendrán derecho a dos (2) primas de servicio al año, equivalente cada una de ellas a quince (15) días de salario, pagaderas así: Quince (15) días de salario, en los primeros quince (15) días del mes de junio y quince (15) días de salario en los primeros quince (15) días del mes de diciembre.

PARAGRAFO 1o. Para la liquidación de la prima de servicios tanto legal como extralegal aquí establecida, se tendrán en cuenta los siguientes factores:

El salario básico mensual que devengue el trabajador en el cargo que desempeñe en 30 de mayo y 30 de noviembre.

El promedio de lo percibido en los seis (6) meses inmediatamente anteriores a junio y diciembre por concepto de trabajo en dominicales y festivos, trabajo suplementario o en horas extras, reemplazos siempre y cuando haya percibido el salario asignado al titular del cargo que reemplaza, auxilio de transporte y prima de vacaciones.

PARAGRAFO 2o Tendrán derecho a la prima de servicios los Trabajadores oficiales que hayan laborado durante todo el semestre o a una suma proporcional al tiempo trabajado, siempre y cuando sea éste, por lo menos, la mitad del semestre y no hubieren sido despedidos por justa causa.

PARAGRAFO 3o Los primeros treinta (30) días de licencia voluntaria no interrumpirán el tiempo laborado para el reconocimiento de las primas de servicio."

Conforme lo ha explicado nuestra CSJ en la sentencia SL 981-2019 "Según el artículo 50 de la convención colectiva visible a folio 340 hay derecho a 2 primas al año, cada una de 15 días de servicios, las cuales se causan: (i) desde el 1.º de diciembre hasta el 30 de mayo y (ii) desde el 1.º de junio al 30 de noviembre, de manera que son exigibles el 15 de junio y 15 de diciembre de cada año."

Para su liquidación se tendrá en cuenta el salario básico mensual que devengue el 30 de mayo y el 30 de noviembre, junto con el promedio de lo percibido en los seis (6) meses inmediatamente anteriores a junio y diciembre por concepto de trabajo en dominicales y festivos, trabajo suplementario o en horas extras, reemplazos siempre y cuando haya percibido el salario asignado al titular del cargo que reemplaza, auxilio de transporte y prima de vacaciones.

Al realizar las operaciones aritméticas arroja la suma de **\$8'466.857,60** por las primas de servicios exigibles a partir del 24 de octubre del 2010 y hasta el 31 de marzo del 2013, suma superior a la reconocida por el fallador de primera instancia, sin embargo, como no fue apelada por la parte demandante y se está conociendo este punto en consulta en favor del PAR ISS no se modificará la condena impuesta.

Prima de servicios						
Prima causada	Salario	Auxilio de transporte	Prima de vacaciones	Tota (salario + aux transporte + prima de vacaciones)	Días prima de servicio	Valor prima
dic-10	\$ 2.892.306,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 2.892.306,00	15	\$ 1.446.153,00
jun-11	\$ 2.983.992,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 2.983.992,00	15	\$ 1.491.996,00
dic-11	\$ 2.983.992,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 2.983.992,00	15	\$ 1.491.996,00
jun-12	\$ 2.983.992,00	\$ 0,00	\$ 248.666,00	\$ 3.232.658,00	15	\$ 1.616.329,00
dic-12	\$ 2.983.992,00	\$ 0,00	\$ 248.666,00	\$ 3.232.658,00	15	\$ 1.616.329,00
mar-13	\$ 2.983.992,00	\$ 0,00	\$ 128.477,41	\$ 3.112.469,41	8	\$ 804.054,60
Total Prima de servicio						\$ 8.466.857,60

Prima de servicios legal

Al revisar la normatividad aplicable al presente caso, como son los Decretos 2127 de 1945, 3135 de 1968 y 1848 de 1969 se evidencia que no se contempló la prima de servicios entre las prestaciones sociales a las que tiene derecho los trabajadores oficiales de las empresas industriales y comerciales del estado.

Adicionalmente, la CSJ en la sentencia bajo el radicado N° 41522 del 14 de agosto del 2012 señaló que la prima de servicios establecida en el Decreto 1042 de 1978 no está consagrada para los trabajadores oficiales que presten sus servicios a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, como es el caso del Instituto de Seguros Sociales, manifestando que estos trabajadores no tienen estipulada entre sus prestaciones la prima de servicios legal.

Por tanto, se revoca la condena impuesta por este concepto.

Prima de vacaciones extralegal

El art. 49 de la Convención Colectiva de Trabajo, establece que:

"Los Trabajadores oficiales tendrán derecho a una prima especial de vacaciones por cada año de labores, de acuerdo con el tiempo de servicios al Instituto así:

a. A quienes tengan cinco (5) años de servicio, veinte (20) días de salario básico.

b. A quienes tengan más de cinco (5) años y no más de diez (10) años de servicio el equivalente a veinticinco (25) días de salario básico.

c. A quienes tengan más de diez (10) años y no más de quince (15) años de servicio, el equivalente a treinta (30) días de salario básico.

d. A quienes tengan más de quince (15) y no más de veinte (20) años de servicio, el equivalente a treinta y cinco (35) días de salario básico

e. A quienes tengan más de veinte (20) años de servicio, el equivalente a cuarenta (40) días de salario básico.

PARAGRAFO. La prima de vacaciones se liquidará y pagará con anticipación al día de salir a disfrutar el Trabajador Oficial en tiempo el período vacaciones."

El demandante tiene derecho al reconocimiento de esta prima a partir del 25 de septiembre del 2005 (fecha en que cumplió 5 años de estar laborando) año en el cual tenía derecho a 20 días de salario básico, y a partir del 26 de septiembre del 2005 al 25 de septiembre del 2010, tiene derecho a 25 días de salario básico y a partir del 26 de septiembre del 2010 tiene derecho a 30 días de salario.

Una vez efectuadas las operaciones aritméticas arroja la suma de **\$7'509.713,20** por concepto de prima de vacaciones exigible a partir del 24 de octubre del 2010, arroja una suma inferior a la reconocida por el fallador de primera instancia, por lo que se modifica este punto el cual se está conociendo en consulta en favor del PAR ISS.

Prima de Vacaciones				
Prima de Vacaciones	Salario	Días laborados	Días Prima de vacaciones	Valor prima
25/09/2011	\$ 2.983.992,00	360	30	\$ 2.983.992,00
25/09/2012	\$ 2.983.992,00	360	30	\$ 2.983.992,00
31/03/2013	\$ 2.983.992,00	186	15,50	\$ 1.541.729,20
Total prima de vacaciones				\$ 7.509.713,20

Indemnización por despido sin justa causa

El contrato de trabajo que unió a las partes de conformidad con el art. 5° de la Convención Colectiva de Trabajo se entiende que es a término indefinido, pues las labores para las que fue contratado el demandante no encajan dentro de las que permiten la excepcional celebración de contratos escritos a término fijo como son reemplazos, cubrir vacancias temporales, por licencias de maternidad, incapacidades, vacaciones, licencias voluntarias sin remuneración, suspensión por orden judicial o administrativa, permisos sindicales, compensatorios, comisiones de estudio, por duración de la obra o labor y para cubrir vacancias definitivas mientras se realiza el proceso de selección, según lo dispuesto en ese precepto convencional.

Entendiéndose al encontrarnos frente a la declaratoria de un contrato de trabajo por virtud de la primacía de la realidad, que al no haberle suscrito un nuevo contrato se entiende que el ISS despidió al demandante; por lo que no es de recibo el argumento del apoderado del PAR ISS, quien solicita se le exonere de esta condena al no encontrarse probado el despido.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la finalización del vínculo se dio por el vencimiento del plazo previsto para el contrato celebrado entre las partes, lo cual no constituye una justa causa de despido en los términos del artículo 7 del Decreto 2127

de 1945, procede la condena a la indemnización por despido injusto de que trata el artículo 5 de la Convención Colectiva de Trabajo, tal y como lo solicita el apoderado de el demandante. (Criterio expuesto en la sentencia SL 986-2019)

En consecuencia, se condenará a su pago en cuantía equivalente a **\$67'976.332**, dado que el mencionado artículo señala que, cuando la desvinculación no obedece a justas causas, el trabajador tendrá derecho al pago de 50 días de salario por el primer año de servicio y 55 días por año subsiguiente y proporcional por fracción, pues laboró más de 10 años para la demandada. Razón por la cual se confirma este punto de la condena.

Indemnización moratoria

En el presente proceso nos encontramos frente a un trabajador oficial, por lo que se debe dar aplicación al artículo 1º del Decreto 797 de 1949 que modificó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 y teniendo en cuenta que en un caso similar contra el mismo Instituto demandado la Corte Suprema de Justicia en sentencia con Radicado N° 39529 del 7 de febrero del 2012 ya ha indicado que cuando, pese a los reiterados pronunciamientos de las autoridades judiciales, el ISS persiste en continuar utilizando como forma de contratación los contratos de prestación de servicios para situaciones en las cuales se encuentra plenamente demostrado la existencia de un contrato de trabajo, se debe deducir la mala fe del Instituto demandado, es claro que el comportamiento de la parte demandada no puede ser tenido como buena fe, y por ende eximirla de la indemnización moratoria pretendida.

En consecuencia, el demandante tiene derecho al pago de la indemnización moratoria por el no pago prestaciones e indemnizaciones a razón de 1 día de salario por cada día de retardo pero después del vencimiento del plazo gracia de **90 días calendario** con que cuentan las entidades públicas para efectuar el respectivo pago, y no hábiles como dijo el fallador de primera instancia, es decir, \$99.466,4 diarios (salario \$2'983.992), a partir del 29 de junio del 2013. (CSJ SL1012 y SL8936 de 28/01/2015 y 08/07/2015 rad. 44651 y 42452).

En cuanto a la fecha hasta la cual debe impartirse la condena, es necesario precisar que teniendo en cuenta que la persona jurídica del ISS ya se encuentra liquidada; aspecto que cambia necesariamente el escenario sobre el cual se edificó la indemnización moratoria, cual es que al presentarse este nuevo hecho (extinción de la persona jurídica) tal como da cuenta el Decreto 553 de 2015, no es dable pregonar una mala fe de una persona jurídica inexistente, por lo que deberá limitarse la sanción moratoria hasta la fecha en que se liquidó definitivamente dicha entidad, es decir hasta el **31 de marzo de 2015**, por lo que se confirma los extremos en los cuales se imparte esta condena. Al hacer las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda por indemnización moratoria la suma de **\$62'862.764,48** suma ligeramente inferior a la reconocida por el fallador de primera instancia, por lo que se modifica este punto.

Indexación de la indemnización moratoria

Teniendo en cuenta que la suma de dinero señalada por concepto de indemnización moratoria, es una suma fija de dinero, pues se limita a la fecha de la liquidación del PAR ISS, es claro que, tal y como lo ha dejado sentado la CSJ entre otras en la sentencia SL 5545-2019, es procedente ordenar que se pague de manera indexada teniendo en cuenta la devaluación de la moneda.

Para realizar actualización monetaria se debe aplicar la siguiente formula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma a la que fue condenado el ISS por concepto de indemnización moratoria (**\$62'862.764,48**), por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE –Vigente a la fecha en que se pague real y totalmente la obligación -, por el índice inicial – vigente a la fecha en que se liquidó el ISS (31 de marzo del 2015).

Indexación de las demás sumas adeudadas

Teniendo en cuenta que se ordenó el pago de la indemnización moratoria por el no pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones (art. 1 Decreto 797 de 1949), la cual cubre aspectos relacionados con la compensación o devaluación (SL17025-2016 y C 601-00), la condena por indexación impartida por el a quo se mantendrá únicamente sobre la indemnización moratoria.

Condena contra FIDUAGRARIA

Es necesario señalar que resulta procedente la condena a cargo Fiduagraria S.A. en razón a que es la entidad con quien el ISS en liquidación suscribió la fiducia mercantil N° 015 de marzo de 2015, que maneja el patrimonio autónomo de remanentes, entidad que actúa única y exclusivamente como administrador y vocero del PAR, conforme lo dispuesto en el artículo 35 del decreto ley 254 de 2000, modificado por la Ley 1105 de 2006.

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 2 de diciembre del 2019, por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar condenar al pago de las siguientes acreencias convencionales al señor RAFAEL INFANTE GALINDO:

- Intereses a las cesantías \$2'207.285,16
- Prima de vacaciones \$7'509.713,20
- Indemnización moratoria \$62'862.764,48

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral primero de la sentencia apelada y consultada en lo que tiene que ver con la condena impuesta por indexación de

prestaciones laborales, para en su lugar, ordenar únicamente la indexación de la indemnización moratoria.

TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada en lo que tiene que ver con la prima de servicios legal, para en su lugar, absolver a la demandada de dicha pretensión.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

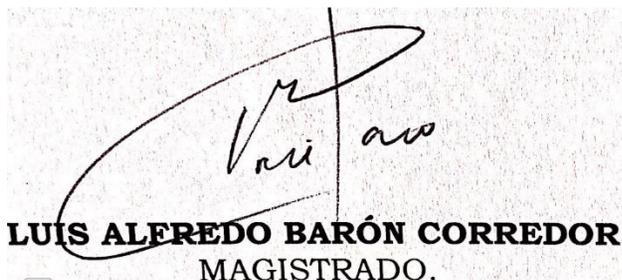
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: SANDER JIMENEZ PAREDES
DEMANDADO: MARÍA GABRIELA CEBALLOS DE RODRÍGUEZ
RADICACIÓN: 1100131050-14-2017-00692-01
ASUNTO: CONSULTA EN FAVOR DEL DEMANDANTE
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Sander Jiménez Paredes instauró demanda ordinaria contra la señora María Gabriela Ceballos de Rodríguez con el fin de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1° de abril del 2015 al 2 de septiembre del 2015, el cual terminó sin justa causa por causas imputables al empleador. Como consecuencia, se condene a la demandada a pagar las sumas correspondientes por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social, indemnización por terminación del contrato sin justa causa, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías, sanción por no pago de intereses a las cesantías, indexación de las sumas adeudadas y lo que resulte probado extra y ultra petita. (fol. 5 y s.s. y 19 y s.s. subsanación).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: laboró para la empresa ANGELES DE VIDA, quien se encargaba del suministro de personal de enfermería y cuidado a particulares; que ejerciendo sus labores en la empresa señalada fue enviado a prestar sus servicios a la residencia de la demandada; que sus servicios estaban dirigidos a cuidar y acompañar al cónyuge de la demandada; que prestó sus servicios a través de ANGELES DE VIDA durante los meses de enero y febrero del 2015; que a finales de marzo del 2015 la demandada lo contactó para ofrecerle trabajar con ella directamente en el cuidado de su esposo; que debía realizar sus labores principalmente en la ciudad de Bogotá y ocasionalmente en el Municipio de

Fusagasugá (Cundinamarca) en el lugar de descanso de la demandada y su cónyuge; que se pactó como salario la suma de \$1'300.000; que cumplía un horario laboral de 7 a.m. a 7 a.m del siguiente día y que descansaba 24 horas cada 8 o 15 días, según lo decidiera la demandada; que la relación laboral con la demandada comenzó el 1° de abril del 2015; que le cancelaban su salario de forma mensual; que el 2 de septiembre de 2015 sin justa causa la demandada lo despidió argumentando que no le podía pagar las prestaciones sociales y que ya tenía otro enfermero; que durante la relación laboral no fue afiliado a seguridad social y se le adeudan las acreencias laborales que pretende en la presente demanda.

2. Contestación de la demandada. Contestó la demanda con oposición a las pretensiones señalando que el demandante no acredita los elementos de un contrato de trabajo, ni prueba los extremos laborales, ni la jornada de trabajo, ni los días en que prestó el servicio, ni los pagos, ni la subordinación. Señaló que al demandante lo enviaba una agencia de enfermeros. Indica que no celebró ningún contrato de trabajo con el demandante. Manifestó que su cónyuge padeció de Alzheimer y que la EPS le suministró acompañamiento paramédico, sin embargo, como a veces no se le autorizaban servicios de enfermería se recurrió a los servicios de ANGELES DE VIDA, la cual era una empresa que proveía enfermeros profesionales. Que uno de los colaboradores enviados por esa empresa fue el demandante, el cual era enviado de manera esporádica cuando no había una enfermera mujer disponible. Que el demandante no probó los días en que prestó sus servicios. Que el 2 de septiembre del 2015 teniendo en cuenta que no había ninguna persona disponible en la empresa de su propiedad, se le solicitó el favor que cobrara un cheque que se necesitaba para los gastos familiares, el cual ahora pretende se tenga como prueba de que la demandante le pagaba un salario, lo cual no es cierto. Propuso como excepciones de fondo las de temeridad, inexistencia de subordinación, inexistencia de la actividad personal del servicio, inexistencia de remuneración, falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación, buena fe, mala fe, cobro de lo no debido. (fol. 51 y s.s. y 62 y s.s. subsanación)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de marzo del 2019, en la que la falladora de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 75)

Su decisión se basó en que se logra probar la prestación personal del servicio ya que la demandada aceptó que el actor le prestó sus servicios de enfermería para su esposo, con lo cual nació la presunción de existencia de un contrato de trabajo, la cual no se desvirtuó, pues a pesar de que la demandante manifestó que ella había contratado era un servicio con la empresa ANGELES DE VIDA lo cierto es que no trajo ninguna prueba de ello. Ahora, la demandada manifestó que el demandante le había prestado sus servicios de manera ocasional, siendo carga probatoria del demandante demostrar en qué período prestó sus servicios, lo cual no hizo y por tanto, no hay posibilidad de impartir ninguna condena.

4. Alegatos. Ninguna de las partes presentó alegatos a pesar de haberseles corrido traslado mediante auto del 31 de julio del 2020, conforme lo ordena el Decreto 806 del 2020.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se conoce en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, teniendo en cuenta que la totalidad de las pretensiones le fueron adversas y no presentó apelación de conformidad con lo establecido en el art. 69 del CPT y de la SS.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Se debe declarar probada la existencia de un contrato de trabajo? y (ii) ¿Se pueden determinar los extremos del mismo?

Existencia de un contrato de trabajo

Definido como se encuentra, que el conflicto jurídico gravita en primer lugar en definir la existencia o no de una la relación de trabajo entre las partes en litigio, puntualiza esta Sala que la jurisprudencia ha sido insistente en destacar que la característica principal que diferencia el contrato de trabajo con otros de disímil naturaleza jurídica, es la condición subordinante a la cual se encuentra expuesta la persona que presta su fuerza de trabajo a cambio de una contraprestación, entendiendo que los demás elementos normal o regularmente concurren en cualquier contrato, bien sea de naturaleza laboral, civil, comercial, e incluso del sector solidario.

En relación con la subordinación la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 1389-2020 dijo que:

"...el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador en el artículo 23 del CST al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

Así mismo, es cierto que una vez acreditada la prestación personal del servicio nace la presunción de tipo legal de existencia del contrato de trabajo, consagrada en el art. 24 del CST, que surge como una ventaja probatoria a favor del actor quien se despoja de esa responsabilidad demostrativa y cuya contradicción es de resorte de la parte demandada, a quien corresponde desacreditar dicha presunción de tipo legal, para lo cual deberá demostrar que la relación fue independiente y no subordinada.

Desde esta óptica y en aplicación práctica al caso que nos ocupa, resulta claro que a favor del actor nació la referida presunción, como quiera que la señora María Gabriela Ceballos de Rodríguez al contestar la demanda y al absolver el interrogatorio de parte en la audiencia del 14 de marzo del 2019 (fol. 73) aceptó que

el señor Sander Jiménez Paredes, ocasionalmente le prestaba sus servicios de enfermería para el cuidado de su cónyuge, quien sufría de Alzheimer.

Por tanto, al encontrarse acreditada la prestación personal del servicio, nace la presunción de existencia de un contrato de trabajo, la cual no fue desvirtuada por la pasiva, pues si bien refiere que no contrató directamente al demandante sino un servicio con la empresa ANGELES DE VIDA, quien se encargaba de enviar un enfermero para el cuidado de su esposo, lo cierto es que esto no fue probado.

En este punto es necesario precisar que, las únicas documentales allegadas al presente proceso por parte de la accionada, reposan a folios 47 a 50 del informativo, consistentes en cuentas de cobro por el servicio contratado de enfermería con la empresa ANGELES DE VIDA, sin embargo, corresponden al año 2016, cuando el actor pretende declaratoria de contrato de trabajo para el año 2015 y en ellas se señala que los auxiliares enviados en virtud de dicha contratación fueron los señores Jader Moreno y Jeidy Díaz, no figurando el nombre del actor en dichos documentos.

La única testigo arribada al proceso fue la señora María del Carmen Macías Rodríguez, quien manifestó que era trabajadora de la empresa de propiedad de la demandada y su cónyuge, y que asumió la gerencia de la misma cuando el señor Rodríguez enfermó. Si bien esta testigo refiere que el demandante laboró para la señora María Gabriela Ceballos de Rodríguez en virtud del contrato que ésta celebró con la empresa ANGELES DE VIDA, lo cierto es, que tal y como lo dijo la falladora de primera instancia, la testigo no tiene un conocimiento directo de los hechos, pues como ella misma lo manifiesta al rendir su declaración, sólo iba una vez por semana durante 1 hora más o menos a la casa de la demandada, manteniendo por sobre todo comunicación telefónica, por lo que su conocimiento es producto de los comentarios de la accionada, no de lo que podía apreciar directamente, convirtiéndola en una simple testigo de oídas.

Lo anterior conlleva a declarar la existencia de una relación laboral entre las partes, pues no existe siquiera una prueba, documental, testimonial o de cualquiera otra índole, que niegue la presencia del elemento subordinante propio de la relación laboral, por lo que no se logró desvirtuar la presunción que obraba a favor del accionante.

Extremos laborales

El siguiente problema jurídico gravita en establecer si a pesar de haberse establecido la existencia del contrato de trabajo, es posible determinar los extremos de la relación laboral que alega la parte demandante en su demanda, esto es, del 1 de abril del 2015 al 2 de septiembre del 2015.

Bajo este horizonte debemos recordar que la demandada aceptó la prestación personal del servicio del accionante, pero haciendo claridad que el servicio se habían prestado ocasionalmente y no de manera continua como se pretende en la demanda.

Al revisar el expediente se encuentra que fue tanta la inactividad probatoria del actor, que lo único que allegó para probar los hechos en que fundamenta sus pretensiones fue la copia de un cheque fechado 2 de septiembre del 2015, por la suma de \$1'299.000, el cual le fue girado por la señora María Gabriela Ceballos de

Rodríguez, sin embargo, no existe certeza, pues nada se dice en dicho documento, ni nada se prueba dentro del expediente, sobre si la suma pagada con ese cheque estaba dirigida a retribuir el servicio prestado y de ser así, cuantos días estaba pagando con dicho dinero. No se puede perder de vista que la demandada refiere que dicho cheque fue girado al demandante para que le hiciera el favor de cobrarlo, pues no había nadie disponible en ese momento en la empresa de su propiedad, pero que el dinero era para los gastos familiares de la demandada y no para retribuir ningún servicio, pues afirma que nunca le pago ningún dinero directamente al demandante.

Además, el actor no trajo al proceso ningún testigo que permitiera dar claridad a la Sala de su dicho y no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita establecer si el servicio que prestó a la demandada fue ocasional o continuo, como lo pretende en su demanda, ni en qué fecha exactamente prestó dichos servicios.

De lo anterior, es claro que con las pruebas que reposan en el expediente no es posible establecer los extremos de la relación laboral, como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia, siendo el demandante quien tenía la carga de la prueba de conformidad con el artículo 167 del C. G. del P., al cual nos remitimos por disposición expresa del artículo 145 del C. P. T. y de la S.S., pues tal y como lo ha indicado la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia bajo el radicado N° 36.549 del 5 de agosto del 2009¹, si bien es cierto al probar la prestación del servicio nace la presunción legal de existencia de un contrato de trabajo conforme lo dispone el artículo 24 del C.S.T., esto no releva a la parte demandante de las otras cargas probatorias como son los extremos temporales de la relación laboral, el monto del salario, la jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario, entre otros.

Virtud de lo dicho no queda otro camino que absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por lo que se confirma el fallo consultado en su integridad.

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

¹ Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, radicación N°36.549 del 5 de agosto de 2009, M.P. Luis Javier Osorio López. *“Pues bien, como primera medida, es del caso recordar, que para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor del demandado, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, dado que en este evento lo pertinente, es hacer uso de la presunción legal prevista en el artículo 24 del C. S. del T. modificado por el artículo 2° de la Ley 50 de 1990, que consagró que “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.*
(...)

*Más sin embargo, lo dicho no significa que el demandante quede relevado de otras cargas probatorias, y que con la presunción de que trata el citado artículo 24 del C. S. de T. nada más tiene que probar, pues además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se establece que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario, **también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo aleja, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros”.***

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de marzo del 2019, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.
Salva voto

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JOSÉ EDUARDO RAMÍREZ
DEMANDADO: GONZÁLEZ CORTES SEGURIDAD Y VIGILANCIA PRIVADA LTDA
RADICACIÓN: 1100131050-21-2016-00149-01
ASUNTO: CONSULTA EN FAVOR DEL DEMANDANTE
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. José Eduardo Ramírez instauró demanda ordinaria contra la empresa GONZALEZ CORTES SEGURIDAD Y VIGILANCIA PRIVADA con el fin de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 3 de agosto del 2010 al 30 de julio del 2015, el cual terminó por causa imputable al empleador. Como consecuencia se condene a la demandada a pagarle la suma correspondiente por concepto de prestaciones sociales, vacaciones, sanción por no consignación de las cesantías, indemnización moratoria, sanción por el no pago de intereses a las cesantías, el aumento salarial, aportes a seguridad social, lo que resulte probado extra y ultra petita. (fol. 23 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: las partes celebraron un contrato de trabajo a término indefinido entre el 11 de marzo del 2013 al 7 de julio del 2014; que el cargo desempeñado fue el maquinista -operario; que realizó sus funciones de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador, sin que se llegare a presentar ninguna queja en su contra; que debía cumplir horario de trabajo; que el último salario devengado fue de \$795.000; que se le adeudan las acreencias laborales que pretende en la presente demanda.

2. Contestación de la demandada. Teniendo en cuenta que no fue posible la notificación de la empresa demandada se designó curador ad litem quien contestó la demanda señalando que no le consta los hechos de la demanda. Manifiesta que se opone a las pretensiones de la demanda como quiera que no se logran probar los extremos de la relación laboral. No propuso excepciones. (fol. 75 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 30 de mayo del 2019, en la que la falladora de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 85)

Su decisión se basó en que el demandante no logró probar ni siquiera la prestación personal del servicio para la demandada.

4. Alegatos. Las partes no presentaron alegatos a pesar de haberseles corrido traslado para alegar mediante auto del 27 de julio del 2020 conforme lo ordena el Decreto 206 del 2020.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se conoce en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, teniendo en cuenta que la totalidad de las pretensiones le fueron adversas y no presentó apelación de conformidad con lo establecido en el art. 69 del CPT y de la SS.

El **problema jurídico** que centran la atención de la Sala consiste en establecer: ¿Entre el demandante y la empresa demandada existió un contrato de trabajo?

De la existencia de contrato de trabajo

Para resolver el problema jurídico encaminado a establecer si entre las partes existió o no una relación de trabajo, debe precisar la Sala que la jurisprudencia de la CSJ, entre las que se encuentra la sentencia SL9801-2015, ha sido insistente en destacar que la característica principal que diferencia el contrato de trabajo con otros de disímil naturaleza jurídica, es la condición subordinante a la cual se encuentra expuesta la persona que presta su fuerza de trabajo a cambio de una contraprestación, entendiendo que los demás elementos normal o regularmente concurren en cualquier contrato, bien sea de naturaleza laboral, civil, comercial, e incluso del sector solidario.

El artículo 23 del CST, indica que para que exista contrato de trabajo se requiere la concurrencia de los tres elementos del contrato, estos son la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario.

Por su parte, el artículo 24 del C.S. del T. subrogado por el artículo 2º de la ley 50 de 1990, establece que *"Se presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo"*

Frente a lo cual, la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 1657-2019, dejó sentado que la demostración de la prestación personal del servicio por parte del demandante desencadena la consecuencia jurídica contemplada en el artículo 24 del CST, esto es, la de presumirse la subordinación jurídica propia del contrato de trabajo, y en consecuencia, se deben examinar las pruebas para determinar si ellas tienen la capacidad de desvirtuar la presunción legal, demostrando que el trabajo lo ejecutó el promotor de la litis de forma independiente, es decir, sin estar sujeto al cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo, lugar y cantidad de trabajo, o sometido a reglamentos.

En el presente caso, como acertadamente lo señaló la falladora de primera instancia, no se logró probar siquiera la prestación personal del servicio del señor JOSE EDUARDO RAMIREZ para la empresa GONZALEZ CORTES SEGURIDAD Y VIGILANCIA PRIVADA LTDA, pues fue tanta la inactividad probatoria de la parte activa, que únicamente aportó como documental el certificado de existencia y representación legal de la demandada (fl. 8), la citación de conciliación al Ministerio del Trabajo (fl. 10), una solicitud elevada por el demandante al Ministerio de Trabajo, para que se realizara una visita general a la

empresa demandada (fl. 11), un derecho de petición dirigido al Representante Legal de la empresa demandada el cual fue radicado ante el Ministerio de Trabajo (fl. 12), y unas nóminas en las cuales aparece impreso el nombre de la empresa demandada ni contienen firma alguna, por lo que no existe certeza de quien las elaboró. (fl. 13 a 17).

Al revisar la demanda se observa que el demandante ni siquiera solicitó se decretara como prueba algún testimonio que pudiera dar fe de los hechos que pretendía probar en el presente proceso.

En este punto es necesario precisar que, no fue posible declarar confeso al demandado ante la inasistencia de su representante legal a la audiencia de conciliación, por cuanto fue notificado a través de curador ad litem, quien adelantó el proceso en su nombre y quien no le está facultado para recibir ni disponer de los derechos en litigio ni está facultado para confesar, tal y como lo dispone el artículo 56 del C.G.P.

Por tanto, al no haberse demostrado ni siquiera la prestación personal del servicio, carga probatoria que recae en la parte demandante conforme al art. 167 del CGP, es claro que no queda otro camino que confirmar la absolución impartida en primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de mayo del 2019, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

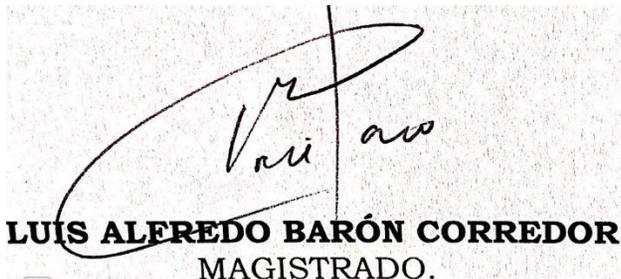
SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional. La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Salva voto

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ADAIR OLIVEROS MARTÍNEZ
DEMANDADO: ANGELICA PABON Y EDILBERTO TORRES TORRES COMO PROPIETARIO DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO DENOMINADO "COLCHONES NUEVO HORIZONTE"
RADICACIÓN: 1100131050-32-2018-00273-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Adair Oliveros Martínez instauró demanda ordinaria contra Angélica Pabón y Edilberto Torres Torres éste último como propietario del establecimiento de comercio denominado "COLCHONES NUEVO HORIZONTE" con el fin de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 5 de enero del 2010 al 29 de diciembre del 2016. Como consecuencia se condene al demandado a pagar las sumas correspondientes por concepto cesantías, prima de servicios, intereses a las cesantías, vacaciones, indemnización moratoria por la no consignación de cesantías, indemnización moratoria de que trata el art. 65 CST, aportes a seguridad social, indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 3 y s.s.)

Como fundamentos facticos de las pretensiones señaló que entre las partes existió un contrato de trabajo verbal, el cual inició el 5 de enero del 2010; que cumplía un horario de trabajo; que devengaba la suma de \$280.000 semanales; que no le cancelaron el subsidio de transporte (no lo pide entre las pretensiones); que el cargo para el que fue contratado fue el de operario; que recibía órdenes de los demandados; que el 29 de diciembre del 2016 presentó renuncia al cargo; que no sabe ni leer ni escribir; que los demandados le expedieron una certificación laboral; que no se le han pagado las acreencias laborales que se adeudan en la demanda.

2. Contestación de la demanda -Edilberto Torres Torres y Angelica Pabón- Contestaron la demanda en los mismos términos con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el demandante nunca tuvo una relación laboral con ellos, ni verbal, ni escrito. Propusieron como excepciones las de inexistencia de la obligación, mala fe y la genérica. (fol. 41 y s.s. y 50 y s.s. y fol. 60 y s.s. subsanaciones)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de agosto del 2019, en la que el fallador de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 143)

Su decisión se basó en que se allegó certificación la cual fue tachada de falsa por el demandado. Que el Despacho no dio trámite a la tacha por no haberse allegado el documento en original. Que la certificación se desvirtúa pues en ella aparece que el actor laboró del 5 de enero del 2006 al 29 de diciembre del 2016 y el demandante dijo al absolver su interrogatorio de parte que comenzó a laborar desde el 2010. Que ni siquiera el mismo demandante tiene claras las fechas en que inició la relación laboral. Que existe contradicción entre los testigos. Dice que no bastaba con probar la existencia de una relación laboral, sino que se debían demostrar los extremos y que no probó el extremo inicial. Y luego pasa a decir que el elemento subordinante se encuentra desvirtuado, pues el demandante podía ir cuando quisiera, no tenía horario y podían enviar a alguien que lo reemplazara. Finalmente, dice que absuelve a los demandados de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

4. Recurso de apelación. Inconforme con la anterior decisión, el **demandante interpuso** recurso de apelación argumentando que se debe tener en cuenta las sentencias de la CSJ y el art. 281 del CGP que señala que si lo pedido excede de lo probado, se reconocerá lo probado. Que si sólo se acreditó dos años y no todo lo que dice la certificación pues se debe declarar el contrato por los dos años. Que si existe duda en un extremo laboral debe tenerse en cuenta la sentencia de la CSJ que se señala que se debe tener en cuenta por lo menos el último día del mes o del año que señaló el demandante. Que por el hecho que el demandante haya indicado que comenzó a laborar desde el 2010 y la certificación diga que fue desde el 2006 no puede descartarse la existencia de un contrato de trabajo. Que la certificación no fue desvirtuada, ni se desvirtuó la subordinación. Que el extremo final está probado con la certificación y la confesión de los demandados.

5. Alegatos demandante. Señala que cuando el trabajador no precisa o no logra probar con exactitud la totalidad del tiempo servido a su empleador, no implica que deba perder el derecho a percibir los salarios o prestaciones sociales correspondientes al lapso de la actividad que logró demostrar judicialmente y, por tanto, la totalidad del tiempo servido es el que resulte probado en la *litis*. Cita jurisprudencia de la CSJ.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿Se logró demostrar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y los extremos del mismo?

Existencia de relación laboral

Para resolver el problema jurídico encaminado a establecer si entre las partes existió o no una relación de trabajo, debe precisar la Sala que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia entre las que se encuentra la sentencia SL9801-2015, ha sido insistente en destacar que la característica principal que diferencia el contrato de trabajo con otros de disímil naturaleza jurídica, es la condición subordinante a la cual se encuentra expuesta

la persona que presta su fuerza de trabajo a cambio de una contraprestación, entendiendo que los demás elementos normal o regularmente concurren en cualquier contrato, bien sea de naturaleza laboral, civil, comercial, e incluso del sector solidario.

El artículo 23 del CST, indica que para que exista contrato de trabajo se requiere la concurrencia de los tres elementos del contrato, estos son la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario.

Por su parte, el artículo 24 del C.S. del T. subrogado por el artículo 2º de la ley 50 de 1990 establece que *"Se presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo"*

Frente a lo cual, la H. Corte Suprema de Justicia entre otras en la sentencia SL 1657-2019 dejó sentado que la demostración de la prestación personal del servicio por parte del demandante desencadena la consecuencia jurídica contemplada en el artículo 24 del CST, esto es, la de presumirse la subordinación jurídica propia del contrato de trabajo, y en consecuencia, se deben examinar las pruebas para determinar si ellas tienen la capacidad de desvirtuar la presunción legal, demostrando que el trabajo lo ejecutó el promotor de la litis de forma independiente, es decir, sin estar sujeto al cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo, lugar y cantidad de trabajo, o sometido a reglamentos.

En el presente caso, como acertadamente lo dijo la falladora de primera instancia, se logró probar la prestación personal del servicio del señor Adair Oliveros Martínez para los señores Angelica Pabón y Edilberto Torres, lo cual fue aceptado por los demandados al absolver interrogatorio de parte, por lo que demostrada la prestación del servicio nace la presunción de existencia de un contrato de trabajo.

Para desvirtuar la presunción se recepcionó el testimonio del señor Jorge Alfonso Martínez León, quien manifestó ser el ex yerno y extrabajador de los demandados, afirmando que su vínculo inició hace como 10 años y finalizó más o menos hace 2 años; que conoce al demandante porque también laboraba con los demandados; que no sabe en que fecha ingreso, ni hasta cuándo; que el señor Adair molía algodón en una máquina que ellos tienen; que no sabe el horario porque a veces él llegaba tarde o a veces madrugaban; que horario no había; que el testigo salía primero por lo que no sabe; que no sabe cuánto le pagaban; que les pagaban semanal; que se ganaba dependiendo el rendimiento de cada quien practicando su trabajo; que el pago dependía del trabajo realizado; que no sabe porque Adair dejó de trabajar; que el no sabe si trabajaba de manera continua; que los trabajadores a veces llegaban tarde o faltaban; que no sucede nada si llegan tarde; que no vio que pasaba con los demás porque él llegaba hacer su trabajo; que no sabe si Adair le daba órdenes; que no cree; que les pagaban por kilos o toneladas dependiendo lo que hacían; que como él llegaba tarde no sabía a que horas llegaba Adair; que él no vivía pendiente de lo que hicieran los demás; que cuando alguien faltaba él era quien hacía los reemplazos; que hasta donde duró trabajando generalmente los trabajadores faltan los días lunes y martes.

También se recepcionó la declaración de la señora Olga Lucía Torres, quien manifestó ser hija de los demandados y trabajar actualmente con sus padres; que el señor Adair trabajo con sus papás mucho tiempo y que viven en el mismo barrio; que el demandante trabajaba como operario de maquinaria; que se paga un porcentaje; que de común acuerdo se estipula cuánto van a pagar por la tonelada; que los pagos se hacían semanal; que trabajaban de lunes a sábado; que existen unos cuadernos donde se estipulaba cuánto hacía cada uno; que trabajo con sus papás unos 3 o 4 años pero no de manera continua; que ellos no tienen horario; que van cuando quieren; que ellos podían llegar a las 7 am o a las 8 am y podían irse a las 4p.m.; que ellos ganan dependiendo lo que

producían; que el día que no iban no ganaba nada; que muchas veces se le preguntaba porque no fueron; pero que ellos no pueden estar encima de ellos; que no había ninguna sanción; que a veces no sabían ni porque se iban; **que a ellos se les pagaba salud y riesgos profesionales**; que se le pagaba CAFESALUD; que ellos mensualmente se están ganando aproximadamente \$1'600.000; que no se le daban órdenes que lo único era que donde trabajara debía tener su sitio de trabajo limpio; que ellos sabían que debían hacer entonces no estaban encima; que no se les hacían llamados de atención; que ella es la auxiliar contable del negocio desde hace año y medio pero que siempre ha estado pendiente de todo lo que sus padres hacen en el negocio; que el operario no necesitaba un horario de trabajo; que le tocaría mirar en la empresa que períodos se le pagaba salud y riesgos profesionales.

Conforme las anteriores declaraciones, las cuales fueron las únicas pruebas allegadas al proceso por parte de los demandados, es claro que no se logró desvirtuar la presunción sobre la existencia de un contrato de trabajo, pues no se avizora que la relación que unió al demandante con los demandados se haya realizado de manera libre y autónoma como lo trató de hacer ver la señora Olga Lucía Torres cuando afirmó que no les daban órdenes. A lo anterior se suma el hecho de que los demandados pagaran aportes con destino al sistema de salud y los riesgos profesionales a favor del actor, como lo refiere la testigo, obligación que surge respecto de los trabajadores dependientes.

Por tanto, lo que evidencia la Sala conforme a la declaración de la señora Olga Lucía Torres, quien tenía pleno conocimiento de los hechos debatidos en la Litis por ser la hija de los demandados y laborar con sus padres como auxiliar contable del negocio hace más o menos año y medio, es que los demandados tenían pleno convencimiento de que se encontraban frente a una relación laboral.

En consecuencia, al no haberse desvirtuado la subordinación, es claro que debe declararse la existencia de un contrato de trabajo entre las partes.

Extremos de la relación laboral

El demandante solicita en su escrito de demanda que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 5 de enero del 2010 al 29 de diciembre del 2016, para lo cual aporta a folio 11, certificación laboral que dice expidió el demandado Edilberto Torres, la cual si bien fue objeto de tacha de falsa por el demandado, sustentada que la firma que contiene el documento no es la suya, lo cierto es que la falsedad material nunca fue demostrada, pues revisado el expediente se evidencia que el Juez de primera instancia mediante auto del 19 de marzo del 2019, señaló que estaba imposibilitado para practicar el dictamen pericial al no haberse allegado el documento controvertido en original; decisión ésta frente a la cual el demandado guardó total silencio, mostrando así su conformidad con la determinación judicial.

En un caso de similares contornos, la CSJ en la sentencia SL 064-2020, señaló que al no haberse adelantado el trámite de la tacha de falsedad sobre la certificación aportada al proceso y no generar dicha decisión ningún reparo del demandado, debe reputarse como cierto su contenido, a menos que el empleador demandado acredite fehacientemente, que lo registrado en ellas no corresponde a la verdad, o lo desvirtúe con otros medios de convicción.

Aunado a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias Rad. 39050-13, SL 14426-2014 y SL6621-17 al estudiar el valor probatorio de las certificaciones expedidas por los empleadores, señaló:

*"El juez laboral **debe tener como un hecho cierto** el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral."*

Al revisar la certificación allegada a folio 11 sobre la cual como ya se dijo debe darse por cierto su contenido, salvo que el empleador lo desvirtúe, se observa que el señor Edilberto Torres Torres aquí demandado certificó que el señor Adair Oliveros Martínez laboró del 5 de enero del 2006 al 29 de diciembre del 2016.

Frente al extremo final no hay discusión como quiera que los demandados al absolver su interrogatorio de parte confiesan que el demandante prestó sus servicios hasta esa fecha -29 de diciembre del 2016-, por lo que el problema radica en establecer el extremo inicial de la relación laboral que unió a las partes, como quiera que es el mismo demandante quien al absolver su interrogatorio de parte manifestó que no comenzó en el 2006, señalando que había iniciado a laborar en el 2010.

Es necesario precisar que, la CSJ ha sido clara al señalar, entre otras, en la sentencia SL 2700 del 2019 que aunque se acredite la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo, en los términos del artículo 24 del CST, ello no exime al demandante de cumplir con otras cargas probatorias, como lo son los extremos temporales, el monto del salario, la jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario y el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros, en aplicación a la regla general de la carga de la prueba, por virtud de la cual, quien afirma la existencia de un supuesto está compelido a demostrarlo.

Ahora, también ha dicho la Corte en la sentencia SL 905-2013 en la cual se reiteró la N° 25.580 del 22 de marzo del 2006 que en los casos en que no se conocen con exactitud los extremos temporales, se podrían dar por establecidos en forma aproximada, cuando se tenga seguridad sobre la prestación de un servicio en un determinado período, para así poder calcular los derechos laborales o sociales que le correspondan al trabajador demandante. Así lo dijo:

"(...) Aunque no se encuentra precisada con exactitud la vigencia del contrato de trabajo, esta podría ser establecida en forma aproximada acudiendo a reiterada jurisprudencia sentada desde los tiempos del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual cuando no se puedan dar por probadas las fechas precisas de inicio y terminación de la relación laboral, pero se tenga seguridad de acuerdo con los medios probatorios allegados sobre la prestación del servicio en un periodo de tiempo que a pesar de no concordar exactamente con la realidad da certeza de que en ese lapso ella se dio, habrá de tomarse como referente para el cálculo de los derechos laborales del trabajador."

En sentencia de 27 de enero de 1954, precisó el Tribunal Supremo:

<Si bien es cierto que la jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante en el sentido de que cuando quien debe demostrar el tiempo de servicio, y el salario devengado, no lo hace, no hay posibilidad legal para condenar al pago de prestaciones, salarios o indemnizaciones, es también evidente que cuando de las pruebas traídas a juicio se puede establecer sin lugar a dudas un término racionalmente aproximado durante el cual el trabajador haya servido, y existan por otra parte datos que permitan establecer la cuantía del salario devengado, es deber del juzgador desentrañar de esos elementos los hechos que permitan dar al trabajador la protección que las leyes sociales le garantizan>.

*En el sub examine se conocen el año y el mes, pero no el día en que empezó y terminó la relación; **de acuerdo con el criterio anterior, habría de entenderse como probado el extremo inicial del vínculo laboral a partir del último día de noviembre del año 2000**, y como extremo final, el señalado por el actor en la demanda, es decir, el 23 de diciembre de ese año, por estar dentro del espacio temporal que quedó probado. Así, se habría establecido que el contrato tuvo vigencia entre el 30 de noviembre y el 23 de diciembre de 2000”*(resalta la Sala).

En tales condiciones, **si se trata de la fecha de ingreso, teniendo únicamente como información el año, se podría dar por probado como data de iniciación de laborales el último día del último mes del año, pues se tendría la convicción que por lo menos ese día lo trabajó. Empero frente al extremo final, siguiendo las mismas directrices, sería el primer día del primer mes, pues por lo menos un día de esa anualidad pudo haberlo laborado.** (subrayado y negrilla fuera de texto)

En el presente caso, el demandante en su escrito de demanda refiere que laboró desde el 5 de enero del 2010 al 29 de diciembre de 2016; sin embargo, al absolver su interrogatorio de parte refiere que no trabajó de manera continua, pues dice laboró aproximadamente 4 años, que luego se fue y regresó y laboró más o menos 2 años más. Dice que estuvo por fuera un año o un año largo; pero que no recuerda cuanto tiempo estuvo por fuera.

Para probar el extremo inicial de la relación laboral, no puede tenerse en cuenta la certificación laboral allegada en el que se indica que comenzó el 5 de enero del 2006, pues el contenido de dicha certificación en relación al extremo inicial se desvirtúa con la confesión del demandante al absolver el interrogatorio de parte quien manifestó haber laborado desde el 5 de enero del 2010, ni tampoco con la declaración de la señora Ady Yojana Acevedo San Juan, quien fue compañera permanente del demandante como quiera que se evidencia su parcialidad frente al demandante, no por el simple hecho de haber sido su compañera, sino porque su declaración es contradictoria, pues al rendir declaración extraproceso, la cual reposa a folio 21, manifiesta que el actor comenzó a laborar para los demandados en el año 2011 y al absolver su testimonio cambia su versión, señalando que fue en el año 2010, por lo tanto, no genera ninguna credibilidad a la Sala.

No hay ninguna otra prueba que permita establecer exactamente los extremos de la relación laboral, es más por lo manifestado por el demandante al absolver su interrogatorio de parte tendríamos que no existió una única relación laboral sino dos, no pudiendo establecer los extremos de ninguna de ellas, pues la otra testigo que trae el demandante es su hermana, señora Natalie Oliveros Martínez, quien refiere que el actor laboró únicamente en los años 2016 y 2017, sin especificar día y mes, por lo que si aplicamos la sentencia de la CSJ que pide la parte demandante tendríamos establecer como extremo inicial el último día del año 2016, sin embargo, no existe discusión entre las partes en que el contrato finalizó el 29 de diciembre del 2016; por lo que existe una imposibilidad jurídica para impartir cualquier tipo de condena.

En consecuencia, como el demandante no cumplió con su carga probatoria de demostrar el extremo inicial de la relación laboral, no queda otro camino que confirmar la absolución impartida en primera instancia.

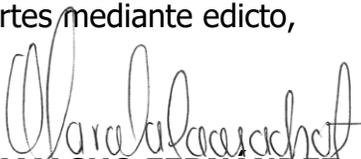
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

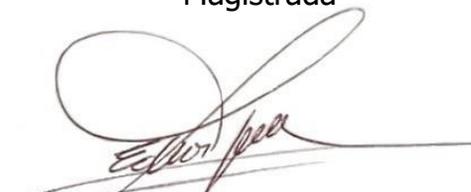
RESUELVE

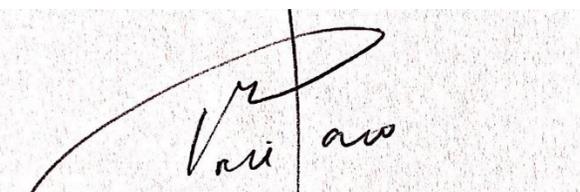
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de agosto del 2019, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.
Salva voto

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: YOLANDA OLIVEROS DE QUIJANO
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 1100131050-27-2018-00293-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. representada legalmente por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA como apoderada principal de COLPENSIONES y al Dr. ANDRÉS ZAHIR CARRILLO TRUJILLO como apoderado sustituto de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Yolanda Oliveros de Quijano instauró demanda ordinaria contra Colpensiones con el fin de que se DECLARE que es beneficiaria de la pensión de sobreviviente por el fallecimiento de su cónyuge desde junio del 2015 y se condene a pagar las mesadas adeudadas de manera indexada. (fol. 3 y s.s. y 33 y s.s. subsanación).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que Gonzalo Quijano (q.e.p.d.) laboró para la empresa RAM K Y CIA S.C.S. ostentando el cargo de vigilante desde el 16 de septiembre del 2004 y que posteriormente pasó a laborar con la empresa FUTURO AMANECER S.A.S.; que solicitó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; que siguió cotizando a pensión hasta el momento en que falleció; que solicitó la pensión de sobreviviente, la cual le fue negada por Colpensiones.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 42), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la demandante no tiene derecho a la pensión de sobreviviente como quiera que el causante reclamó una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la genérica. (fol. 44 y s.s.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 5 de noviembre del 2019, en la que el fallador de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 82 y s.s.)

Su decisión se basó en que la normatividad aplicable es la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003. Que el afiliado dejó causado el derecho para sus beneficiarios pues cuenta con las semanas requeridas. Que la CSJ ya ha dicho que el hecho de que el causante haya recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no significa que sus beneficiarios pierdan el derecho a la pensión de sobreviviente. Sin embargo, manifestó que la demandante no probó la convivencia exigida de 5 años ni en los últimos años antes del fallecimiento, ni en cualquier tiempo, pues el único testigo traído al proceso no da fe de la convivencia exigida y si bien en una declaración dijo que le constaba que la pareja había convivido 37 años se trata de un testigo de oídas y no en un conocedor directo de los hechos.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que la sentencia adolece de un defecto sustantivo al aplicar indebidamente el principio de la condición más beneficiosa y desconocer el precedente de la Corte Constitucional en la sentencia T-104 de 1993, la SU-047 de 1999 y T-92 del 2006. Que la demandante hasta el último día convivió con el causante de forma permanente en su lugar de residencia y la tenía como beneficiaria en salud. Que la demandante cumple con los requisitos exigidos de la Ley 797 del 2003.

6. Alegatos Colpensiones. Manifiesta que Colpensiones mediante Resolución GNR 154934 del 06 de mayo de 2014, reconoció una Indemnización Sustitutiva de la Pensión de Vejez al causante con un valor de \$10.283. 973.00, en razón de 546 semanas de cotización las cuales fueron tenidas en cuenta hasta el 31 de marzo de 2014. Que no es dable tomar en cuenta las semanas que sirvieron de base para la liquidación de la indemnización de la pensión de vejez, en el cálculo de la pensión de sobrevivientes incoado, por lo expuesto, no es dable acceder a lo solicitado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿La demandante logró probar la convivencia exigida para acceder a una pensión de sobreviviente?; en caso afirmativo, (ii) ¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción? y (iii) ¿Se deben pagar las mesadas adeudadas de manera indexada?

Fallecimiento

Previo a resolver el problema jurídico, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento del señor señor GONZALO QUIJANO (q.e.p.d.), se encuentra acreditado con el registro de defunción que milita a folio 7, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 12 de mayo del 2015, como se indicó en el libelo incoatorio.

Normatividad aplicable

La normatividad aplicable para decidir el objeto de la Litis, son los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003, por ser las normas vigentes al momento del óbito ocurrido en mayo del 2015. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020)

Semanas exigidas en calidad de afiliado

No se discute que el señor GONZALO QUIJANO (q.e.p.d.), logró cotizar en los últimos 3 años, las 50 semanas exigidas por la norma, pues entre, el 12 de mayo del 2012 y el 12 de mayo del 2015, logró cotizar 154.34 semanas conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones, visible a folio 52; dejando así causado el derecho para sus beneficiarios.

Tampoco se controvierte en esta instancia que a pesar de que el causante recibió la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, ello no equivale para sus beneficiarios la pérdida el derecho a recibir la pensión de sobreviviente reclamada, pues como acertadamente lo indicó el fallador de primera instancia el pago de la indemnización sustitutiva al afiliado, no se le exime del reconocimiento de la pensión de sobreviviente a sus beneficiarios. (Criterio CSJ SL 4064-2019)

Requisitos de la pensión de sobreviviente

El numeral segundo del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 12 de la Ley 707 del 2003, establece que tendrán derecho a la pensión de sobreviviente los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado 50 semanas dentro de los 3 últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento; requisito que dejó causado el señor GONZALO QUIJANO (q.e.p.d.), como ya se dijo.

Por su parte, el literal a) del art. 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 13 de la Ley 797 del 2003, establece que tendrá derecho a la pensión de sobreviviente en forma vitalicia el o la cónyuge o compañero (a) permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario a la fecha del fallecimiento del causante tenga 30 o más años de edad. Y señala que, en caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del **pensionado**, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta el fallecimiento y haber convivido no menos de 5 años con anterioridad a su muerte.

Frente a lo anterior, la CSJ ante la nueva composición de la Sala modificó su criterio en la sentencia SL 1730-2020 en la que señaló:

*"...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*

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 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.”

Por tanto, ante el anterior cambio de criterio de la CSJ y haciendo suyos esta Sala los pronunciamientos en la sentencia precitada, los Magistrados que conforman esta Sala de Decisión recogen su criterio para tener por sentado que ante la muerte de un afiliado al sistema los únicos requisitos exigibles para acceder a la pensión de sobreviviente de manera vitalicia son que la cónyuge o compañera permanente cuente con más de 30 años y que demuestre ser la cónyuge o compañera permanente.

Siendo claro, que para acreditar ser la compañera permanente como lo dejó sentado la CSJ no es dable exigirle la convivencia de 2 años que trae el Decreto 1889 de 1994, sino que debemos acudir a la noción constitucional de familia, por lo que debemos remitirnos a la sentencia C 521 del 2007, en la que se señaló que se entiende por familia “*Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos*”.

Conforme a lo anterior, se procede a revisar si la demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente deprecada, de la siguiente manera:

(i) Edad

Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora YOLANDA OLIVEROS DE QUIJANO, nació el 2 de noviembre de 1956, según da fe la copia de su cedula de ciudadanía que obra a folio 12, luego para la muerte del señor GONZALO QUIJANO (q.e.p.d.), contaba con 58 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

(ii) Condición de Cónyuge Supérstite

En el presente caso se observa que, la señora Yolanda Oliveros contrajo **matrimonio** con el señor Gonzalo Quijano (q.e.p.d.) el 20 de julio de 1977, como se extrae del acta de matrimonio de la Diócesis del Espinal visible a folio 14.

Por tanto, teniendo en cuenta que la demandante logró acreditar la edad y su condición de cónyuge supérstite es claro que se debe revocar la absolucón impartida en primera instancia, pues se reitera ante la muerte de un afiliado al sistema, como es el caso que aquí nos ocupa, no es dable exigir a sus beneficiarias un término de convivencia, pues la norma consagra únicamente esta exigencia para los pensionados que fallezcan.

Razón por la cual se le reconocerá a la demandante una pensión de sobreviviente a partir del 12 de mayo del 2015 (fecha del fallecimiento del señor Gonzalo Quijano), en cuantía de un salario mínimo, que para el año 2015 ascendía a la suma de \$644.350, teniendo en cuenta que al liquidar su pensión conforme lo dispone el art. 48 de la Ley 100 de 1993, aplicando una tasa de reemplazo del 49%, da una mesada inferior al salario mínimo legal vigente para el año 2015. Pensión que debe ser reajustada anualmente y pagarse en 13 mesadas al año de conformidad con el AL 01 del 2005.

Excepción de prescripción

Teniendo en cuenta que la pensión de la demandante le fue reconocida desde el 12 de mayo del 2015; que presentó reclamación ante Colpensiones el 17 de mayo del 2016 (fol. 25) y que radicó la presente demanda el 25 de mayo del 2018 (fol. 31), es claro que de conformidad con el art. 151 del CPT y de la SS se debe declarar no probada la excepción de prescripción.

Cuantificación del retroactivo

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que Colpensiones adeuda a la demandante la suma de \$53'815.795,33 por las mesadas causadas entre el 12 de mayo del 2015 y el 31 de octubre del 2020. Y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando.

Indexación

Ante la evidente devaluación monetaria, se debe condenar a la demandada a pagar las mesadas adeudadas de manera indexada desde que cada una de ellas se hizo exigible hasta el momento en que se efectuó su pago.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 5 de noviembre del 2019 por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar **CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar a la señora YOLANDA OLIVEROS DE QUIJANO una pensión de sobreviviente por el fallecimiento de su cónyuge a partir del 12 de mayo del 2015 en cuantía inicial de \$644.350 (salario mínimo) la cual deberá ser reajustada anualmente y pagarse en 13 mesadas al año.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagarle la suma de \$53'815.795,33 por las mesadas causadas entre el 12 de mayo del 2015 y el 31 de octubre del 2020. Y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagarle las mesadas adeudadas de manera indexada desde que cada una de ellas se hizo exigible hasta el momento en que se efectuó su pago.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia quedan a cargo de la parte demandada.

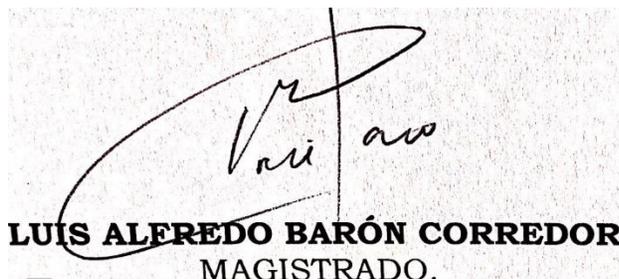
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARÍA ELSA TRUJILLO ARIZA
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL
RADICACIÓN: 1100131050-07-2019-00246-01
ASUNTO: CONSULTA SENTENCIA
TEMA: PENSIÓN DE JUBILACIÓN CONVENCIONAL – IDEMA-

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. María Elsa Trujillo Ariza instauró demanda ordinaria contra la Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural con el fin de que se le reconozca y pague una pensión convencional por despido sin justa causa la cual está prevista en el artículo 98 de La Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el extinto IDEMA y el Sindicato de Trabajadores SINTRAIDEMA con efectividad desde el 15 de diciembre del 2017 fecha en la que cumplió los 60 años de edad, la cual deberá ser liquidada con una tasa de reemplazo del 76% y será indexado desde la fecha del despido hasta la cual se haga exigible. Indica que se deberán pagar las mesadas adicionales de junio y diciembre, los intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 1 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: ingresó a laborar para el IDEMA el 7 de diciembre de 1984; que el 28 de noviembre de 1997 se le dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa; que ostentó la calidad de trabajador oficial; que se encontraba cobijado por la Convención Colectiva de Trabajo 1996-1998; que en dicha convención en su art. 98 se estableció una pensión convencional por despido sin justa causa; que cumplió los 60 años de edad el 15 de diciembre del 2017; que se solicitó a la demandada el reconocimiento de la pensión, sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 89); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el despido de la demandante no fue sin justa causa, sino en virtud de la liquidación del IDEMA. Que en dicha pensión no se estableció el porcentaje con el cual se debía liquidar la pensión. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, el acto legislativo restringe el reconocimiento de derechos pensionales, el derecho a la pensión de vejez se consolidó en vigencia del AL 01 del 2005; compartibilidad de la pensión convencional con la de vejez y cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y la genérica. (fol. 99 y s.s.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 2 de marzo del 2020 en la que el fallador de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 139)

Su decisión se basó en que las reglas convencionales expiraron el 31 de julio del 2010 y a partir de esa fecha sólo podían pensionarse con base en la convención colectiva de trabajo quienes tenían un derecho adquirido. Que se deben cumplir todos los requisitos antes del 31 de julio del 2010, lo cual no ocurrió en el presente caso, pues la demandante cumplió los 60 años requeridos en la norma convencional tan solo hasta el año 2017; por lo que se debe absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

5. Alegatos demandante. Señala que para la pensión convencional que aquí se reclama la edad es tan sólo un requisito de exigibilidad lo cual no tuvo en cuenta el fallador de primera instancia, a pesar de la pacífica jurisprudencia de la CSJ, por lo que solicita se le reconozca la pensión a su poderdante.

Alegatos Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Manifiesta que se ratifica en los hechos y las excepciones presentadas al contestar la demanda. Indica además que la demandante no cumple con los requisitos de edad y tiempo de servicios antes del 31 de julio del 2010, por lo que no es posible reconocerle la pensión convencional deprecada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se conoce del presente asunto en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus pretensiones y no haber apelado de conformidad con el art. 69 del CPT y de la SS.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿La demandante reúne los requisitos para acceder a la prestación jubilatoria contenida en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo con vigencia 1992 - 1994, suscrita entre el Instituto de Mercadeo Agropecuario – IDEMA y el Sindicato Nacional de Trabajadores del IDEMA – SINTRAIDEMA?; En caso afirmativo, (ii) ¿Al momento de reunir los requisitos contemplados para acceder a la prestación, la norma convencional había perdido vigencia, con arreglo a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005 o por haberse liquidado el IDEMA?; (iii) En el evento en que proceda el reconocimiento de la prestación jubilatoria reclamada ¿Procede el reconocimiento de intereses moratorios y de la indexación de las sumas debidas?

De la pensión de jubilación convencional

Para resolver el problema jurídico tendiente a establecer si la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión convencional deprecada, se debe señalar que la Convención Colectiva de Trabajo para el periodo 1996-1998, suscrita entre el Instituto de Mercadeo Agropecuario – IDEMA y el Sindicato Nacional de Trabajadores del IDEMA – SINTRAIDEMA, la cual se allegó con el correspondiente sello de depósito ante el Ministerio ^(fols. 25 y s.s.) y que sirve de fundamento a las pretensiones de la parte actora, en su artículo 98 señala:

*"ARTÍCULO 98. PENSIÓN EN CASO DE DESPIDO INJUSTO. El trabajador oficial vinculado por Contrato de Trabajo, que sea **despedido sin justa causa** después de haber **laborado más de diez (10) años y menos de quince (15) continuos o discontinuos en el IDEMA, tendrá derecho a la pensión de jubilación desde la fecha del despido injusto si para entonces tiene sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla la edad con posterioridad al despido.**"*

Frente a la interpretación que se debe aplicar a la anterior cláusula nuestra CSJ ha tenido la oportunidad de referirse en varias ocasiones entre otras en la sentencia SL 608-2020 en la que señaló que de la lectura dada al artículo 98 del acuerdo extralegal, se debe entender que el derecho a la pensión convencional en caso de despido injusto se adquiere con el cumplimiento de dos requisitos: (i) la prestación de los servicios por más de 10 años y (ii) la configuración del despido sin justa causa; de manera que la edad constituye un requisito de exigibilidad o de disfrute del derecho y no de causación, contrario a lo señalado por el fallador de primera instancia.

Adicionalmente, en la misma sentencia señaló que de manera unánime y pacífica tiene nuestra CSJ sentado el criterio que cuando la terminación del contrato de trabajo se da por la supresión y liquidación de la entidad pública, como ocurrió en el caso del IDEMA, es claro que dicha terminación constituye un modo legal de terminación, que no es equiparable a una justa causa, pues tal motivo no está contemplado dentro de las causales establecidas por el artículo 48 del Decreto 2127 de 1945, como «justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo»; por lo que el despido de la demandante fue sin justa causa.

Ahora, en cuanto a la incidencia que sobre el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo tiene la adición introducida al artículo 48 de la Constitución Política, a través del Acto Legislativo 001 del 2005, resulta pertinente recordar lo indicado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1286-2018.

En dicha decisión, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral indicó que la reforma constitucional en mención tuvo como propósito superar la "proliferación y dispersión de requisitos y beneficios en regímenes pensionales autónomos y heterónomos", que en sentir del legislador derivado, comprometían la sostenibilidad financiera del sistema y creaban situaciones de inequidad. Por ello, se consagró a partir de la vigencia del Acto Legislativo 001 del 2005, entre otras cosas, la prohibición de establecer en pactos, convenciones colectivas, laudo o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas por el Sistema General de Pensiones, aun cuando sean más favorables a los trabajadores.

No obstante, conforme lo expuso la Corte en la aludida sentencia, el Acto Legislativo 001 del 2005 dispuso un período transitorio para no afectar los derechos adquiridos y las expectativas legítimas de las partes respecto a la estabilidad de lo previamente

acordado. Por tanto, se estipuló en su párrafo transitorio 3° que las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, **se mantendrán por el término inicialmente estipulado**. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. Y que **en todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010**.

De la interpretación dada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral a dicho período transitorio, en la sentencia SL1286-2018, que reitera las sentencias SL 31000, 31 enero 2007, SL 30077, 23 enero 2009, SL 39797, 24 abril 2012, SL1409-2015 y SL4963-2016, se pueden extraer dos reglas, a saber:

1) Aquellos acuerdos colectivos o reglas pensionales que sean negociadas por primera vez antes de la vigencia del Acto Legislativo y cuya fecha de finalización sea ulterior al momento en que cobró vigor dicha norma, regirán hasta cuando finalicé el "término inicialmente pactado", conforme a la expresión que se consagra en esa disposición constitucional. De esta manera, el constituyente delegado respeta y da plenos efectos a los compromisos y términos expresamente acordados por las partes, en ejercicio de sus derechos a la negociación colectiva, que no puede ser desconocido de manera unilateral por una disposición jurídica.

2) En el evento de que la convención haya sido objeto de sucesivas prórrogas conforme a lo consagrado en el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo, **las reglas pensionales subsisten hasta el 31 de julio de 2010**, fecha fijada como límite a la continuidad de los beneficios pensionales extralegales, pues en este caso la renovación de los acuerdos se produce por ministerio de la Ley y no por voluntad de las partes, de suerte que por expreso mandato constitucional se establece una fecha límite en relación con la vigencia de esos beneficios.

La interpretación jurisprudencial adoptada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, es justamente la que asume la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-555 del 2014, en la cual además, se precisa que ello coincide con lo recomendado por el Comité de Libertad Sindical en relación con el respeto de los derechos adquiridos y las expectativas legítimas, pues ello se encuentra garantizado por el Acto Legislativo 01 de 2005, en tanto establece una regla para derechos adquiridos y también una regla de transición para garantizar que se satisfagan las expectativas legítimas de pensión.

Así las cosas, no existe duda para la Sala de Decisión que conforme al artículo 48 de nuestra norma superior, y a las interpretaciones de la misma, dadas tanto por la Corte Suprema de Justicia como por la Corte Constitucional, las reglas pensionales contenidas en el art. 98 de la convención colectiva del IDEMA que pretende la accionante se le aplique, se adecuan a la segunda regla dada por la CSJ, como quiera que la vigencia inicial de dicha norma convencional estaba comprendida entre el año 1996-1998 y sus efectos se fueron prorrogando de manera automática por ministerio de la ley y no por voluntad de las partes; razón por la cual **no surte pleno efecto después del 31 de julio de 2010**, siendo claro que como ya se dijo la edad es sólo un requisito de exigibilidad pues la pensión convencional que aquí nos ocupa se causa con el tiempo de servicio y el despido injusto.

Del caso concreto

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que María Elsa Trujillo Ariza laboró para el extinto IDEMA mediante contrato de trabajo, vigente del **7 de diciembre de 1984 al 28 de noviembre de 1997** (12 años, 11 meses y 21 días), en el cargo de "Técnico en Mantenimiento" ostentando la calidad de trabajadora oficial, con un último salario fijo mensual de \$449.700 y promedio mensual de \$790.287, como se infiere de la liquidación definitiva del contrato (fol. 539) y que fue despedida por supresión del cargo, por lo que conforme el criterio de nuestra CSJ su despido deviene en injusto.

Igualmente, se acreditó que cumplió 60 años de edad el 15 de diciembre del 2017, como se colige de su Registro Civil de Nacimiento (fol. 18) y de su cédula de ciudadanía (fol. 17).

Por tanto, es claro que cumplió los requisitos de causación (tiempo de servicio y despido sin justa causa) con anterioridad al 31 de julio del 2010, por lo que tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión convencional deprecada a partir del **15 de diciembre del 2017** fecha en que cumplió la edad requerida, la cual se reitera es sólo un requisito de exigibilidad o disfrute de la pensión.

De la cuantía de la pensión y el valor del retroactivo

La pensión de jubilación aquí reclamada debe ser pagadera de manera proporcional al tiempo laborado, en la medida que la convención colectiva no consagró el porcentaje o tasa de reemplazo que le correspondía a los trabajadores que se pensionaron por despido injusto, lo que significa que al no existir norma expresa dentro de la convención, por analogía debía remitirse al artículo 8° de la Ley 171/1961 concordante con el Decreto 1848/1969 artículo 74, el cual reglamenta lo relacionado con los trabajadores oficiales y en donde se indica que la cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios laborado y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios. (Criterio avalado por la CSJ en la sentencia SL 608-2020)

Siendo necesario precisar que no es posible aplicar la tasa de reemplazo del 75% a la que hace referencia el art. 98 de la norma convencional, como quiera que dicha tasa se estipuló en la convención que era para las pensiones de sobreviviente cuando el trabajador muere de forma accidental y tampoco es dable aplicar una tasa de reemplazo del 76% conforme se establece en el parágrafo 2° del art. 97 del citado acuerdo, como quiera que dicha tasa sólo se estipuló para las pensiones vitalicias de jubilación. Por ende, al no existir disposición convencional que indique como se debe liquidar la pensión por despido injusto, como ya se dijo, debe acudir a la Ley, conforme lo tiene sentado nuestra CSJ entre otras en la sentencia SL 6473-2014.

Y en lo que refiere a los factores salariales para liquidar este tipo de pensiones debemos remitirnos a los previstos en el art. 1° de la Ley 62 de 1985 conforme lo tiene sentado nuestra CSJ entre otras en la sentencia SL 1706-2016, por lo que se debe tener en cuenta lo siguiente: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio y se debe calcular con relación con la que le hubiera correspondido en el evento de tener derecho a la pensión plena de

jubilación de la Ley 33 de 1985, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ en la sentencia SL 13192-2015.

Al descender al caso de la señora María Elsa Trujillo Ariza encontramos que laboró 12 años, 11 meses y 21 días, por lo que le corresponde una tasa de reemplazo de 48.658%.

Por tanto, se procede a realizar los cálculos teniendo en cuenta, el salario básico de **\$449.700** y la prima de antigüedad **\$107.928**, lo cual arroja como salario promedio del último año del señor Suárez Caballero la suma de **\$557.628**.

Ahora bien, el salario establecido deberá ser indexado desde el momento en que el demandante dejó de trabajar y el cumplimiento de los 60 años de edad conforme lo dispuso la H. Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia CSJ del 20 de abr. de 2007, rad. 29470, y las sentencias de la Corte Constitucional, C-862/06 y la C-891A-06, para el cual deberá tomarse el IPC de la última anualidad, así:

$$VA = VH * \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

$$VA = \$557.628 * \frac{133.40(\text{IPC dic 16})}{37.99 (\text{IPC dic 96})}$$

$$VA = \$1'958.083,05$$

Una vez realizado los anteriores cálculos, encuentra la Sala que el salario promedio del último año de servicios del actor indexado arroja la suma de \$1'958.083,05, suma que al aplicarle una tasa de reemplazo del 48.65% por tener 12 años, 11 meses y 21 días, arroja una mesada inicial para el año 2017 de **\$952.608**. Mesada que deberá pagarse en 14 mesadas al año, pues a la fecha en que se causó la pensión -28 de noviembre de 1997- no había entrado a regir el Acto legislativo 01 del 2005.

De la prescripción

Teniendo en cuenta que la pensión de la señora María Elisa Trujillo Ariza se le reconoció a partir del 15 de diciembre del 2017; que la actora elevó reclamación ante la demandada el 17 de octubre del 2018 (fol. 15) y radicó la demanda el 21 de marzo del 2019 (fol. 85); es claro que no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en el art. 151 del CPT y de la SS, por lo que se debe declarar no probada la excepción de prescripción.

Del retroactivo

De conformidad con el art. 283 del CGP se concreta la condena, encontrando una vez realizadas las operaciones aritméticas que la Nación adeuda a la actora la suma de **\$41'316.083,36**, por las mesadas causadas entre el 15 de diciembre del 2017 y el 30 de octubre del 2020. Y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando.

Retroactivo mesadas causadas entre el 15 de diciembre del 2017 y el 30 de octubre del 2020				
Año	% aumento	valor mesada	N° mesada	Subtotal
2017	5,75%	\$952.608,00	1,5	\$ 1.428.912,00
2018	4,09%	\$991.569,67	14	\$ 13.881.975,34
2019	3,18%	\$1.023.101,58	14	\$ 14.323.422,16

2020	3,80%	\$1.061.979,44	11	\$ 11.681.773,86
Total adeudado				\$ 41.316.083,36

De los intereses moratorios

De conformidad con el art. 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales la entidad correspondiente deberá reconocer y pagar 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 efectúe el pago.

Intereses a los cuales tiene derecho la actora, pues nuestra Corte Constitucional fue clara en la sentencia SU 065-2018 al señalar que las entidades encargadas del reconocimiento de prestaciones propias del sistema de seguridad social están obligadas a reconocer el pago de intereses por mora a los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho prestacional en virtud de un mandato legal, **convencional** o particular. Inclusive, ello sucede con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior, por lo que la moratoria se causa por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior.

En cuanto al término que tiene la Nación para reconocer la pensión de vejez, la Sala Mayoritaria tiene sentado que conforme al art. 9º de la Ley 797 de 2003, debe ser en un tiempo no superior a 4 meses después de radicada la solicitud.

Teniendo en cuenta que la demandante elevó la reclamación el 17 de octubre del 2018, es claro que la Nación tenía hasta el 17 de febrero del 2018 para reconocer y pagar la pensión a la actora y como no lo hizo, corren los intereses moratorios desde el **18 de febrero del 2018** hasta la fecha en que se efectúe el pago de las mesadas adeudadas, conforme lo establece el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

De la indexación

Debido a que se impartió condena por concepto de intereses moratorios, no se accede a la solicitud de indexación de las mesadas adeudadas, como quiera que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 502-2020 que los intereses moratorios son incompatibles con la indexación de las mesadas, pues al pagarse los intereses, la indexación se entiende incluido en estos.

De la compartibilidad pensional

De conformidad al artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, la pensión convencional que aquí se reconoce será compartida con la que eventualmente le llegue a reconocer Colpensiones, caso en el cual quedaría a cargo de la demandada únicamente el mayor valor si lo hubiere.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 2 de marzo del 2020, por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído, para en su lugar **CONDENAR** a la NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL a pagar a la señora MARÍA ELSA TRUJILLO ARIZA la pensión convencional del art. 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el extinto IDEMA y el Sindicato de Trabajadores SINTRAIDEMA a partir del 15 de diciembre del 2017, en cuantía inicial de \$952.608, la cual deberá reajustarse anualmente y pagarse en 14 mesadas al año.

SEGUNDO: CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL a pagar a la demandante la suma de **\$41'316.083,36,,** por las mesadas causadas entre el 15 de diciembre del 2017 y el 31 de agosto del 2020. Y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando.

TERCERO: CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL a pagar a la demandante los intereses moratorios desde el **18 de febrero del 2018** hasta la fecha en que se efectúe el pago de las mesadas adeudadas, conforme lo establece el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

CUARTO: ABSOLVER de las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia quedan a cargo de la demandada.

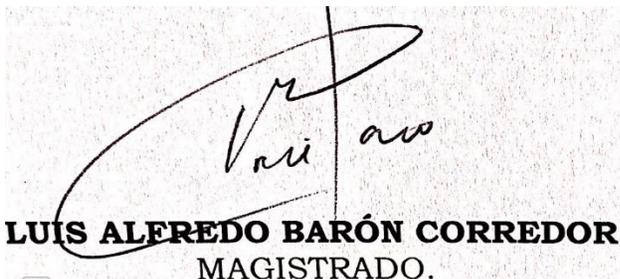
La presente providencia se notifica a las partes en edictos,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: GLADYS JANNETH QUINTERO OLMOS
DEMANDADO: PAR ISS LIQUIDADO
RADICACIÓN: 02-2018-00073-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE Y DEMANDADAS
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO ISS

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Gladys Janneth Quintero Olmos instauró demanda ordinaria contra PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL ISS EN LIQUIDACIÓN -PAR ISS- con el fin de que se DECLARE que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 8 de septiembre del 2004 y el 18 de junio del 2012. Como consecuencia solicite se condene a la demandada a pagar las sumas correspondientes por concepto de cesantías, vacaciones, prima de navidad de orden legal, prima extralegal de vacaciones, prima extralegal de servicios, intereses a las cesantías, prima técnica, devolución del porcentaje que la demandante pago de más de los aportes a seguridad social, nivelación salarial con los profesionales, indemnización moratoria, indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso. (fol. 4 y s.s. y 271 y s.s. subsanación)

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que prestó sus servicios para el ISS entre el 8 de septiembre del 2004 y el 18 de junio del 2012; que cumplió inicialmente las funciones propias del cargo de asistente de Prestaciones en el Departamento de Bonos Pensionales y que posteriormente las de profesional universitaria en el mismo Departamento; que su vinculación se dio a través de sucesivos denominados de "prestación de servicios"; que el Jefe del Departamento de Bonos Pensionales del ISS le daba órdenes; que cumplía un horario de trabajo; que se le exigía prestar el servicio en las instalaciones del ISS; que debía acatar los reglamentos de la entidad; que prestaba sus servicios con los elementos dados por la demandada; que existía personal vinculado mediante contrato de trabajo que prestaba sus servicios en idénticas condiciones a las que tenía la demandante; que la convención colectiva se encuentra vigente y le es aplicable; que se le adeudan las acreencias laborales pretendidas en la presente demanda.

2. Auto admisorio. Mediante auto del 21 de mayo del 2018 la falladora de primera instancia ordenó integrar el contradictorio con la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social y la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (fol. 215)

3. Contestación de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no fue la empleadora, ni contratante de la demandante, por lo que no debe estar vinculada en el presente proceso. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de solidaridad o sustitución de obligaciones entre el ISS liquidado y la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público, inexistencia de relación laboral con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la prescripción. (fol. 288 y s.s.)

4. Contestación de la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social. Señaló que no le constan los hechos de la demanda y que se opone a las pretensiones de la demanda, pues le adeuda ninguna suma de dinero a la demandante por ningún concepto, pues no tuvo ninguna relación laboral con ella, ni ningún tipo de vínculo. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de competencia y del contrato realidad, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, pago de lo no debido y la innominada. (fol. 329 y s.s.)

5. Contestación de FIDUAGRARIA. Afirmando que comparecía en calidad de vocera y administradora del PAR ISS. Que no le consta ningún hecho pues se dirigen contra una entidad ya extinta. Indica que se opone a las pretensiones pues la vinculación de la demandante con el PAR ISS estuvo regida por la Ley 80 de 1993 y no por un contrato de trabajo. Propuso como medios exceptivos los que denominó falta de agotamiento de la vía gubernativa, 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, inexistencia de la convención colectiva, presunción de legalidad de los actos administrativos, cosa juzgada y la innominada. (fol. 368 y s.s.)

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de enero del 2020, en la que la falladora de primera instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el 8 de septiembre del 2004 y el 18 de junio del 2012. Como consecuencia condenó al pago de las sumas correspondientes por concepto de prima de navidad legal, cesantías legales, intereses a las cesantías convencionales, indemnización moratoria, prima de servicios extralegal, vacaciones legales y vacaciones extralegales. Absolvió de las demás pretensiones de la demanda. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción. (CD fol. 428 y s.s.)

Su decisión se basó en lo que interesa a los recursos que se logró probar la prestación del servicio con lo cual nació la presunción y teniendo en cuenta que la demandada no desvirtuó la subordinación se declaró la existencia de un único contrato de trabajo. Que la convención señala que se debe aplicar a todos los trabajadores por lo que la demandante es beneficiaria de ella. Que se debe declarar probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con las acreencias causadas con anterioridad al 25 de febrero del 2012, salvo las cesantías y las vacaciones con anterioridad al 25 de febrero del 2011. Que el salario para el año 2011 -2012 fue de \$2'270.286. Indicó que se debe condenar a las cesantías legales, las intereses a las cesantías que estaban estipuladas en la convención colectiva de trabajo, la prima de servicios extralegal, la prima de navidad, las vacaciones legales y las vacaciones convencionales. Manifestó que no es posible acceder a la nivelación salarial, por cuanto no se aportaron los salarios de quienes ejercían las mismas funciones. Frente a la prima técnica no hizo ningún pronunciamiento

expreso y cuando se le solicitó adición por parte del apoderado de la parte demandante manifestó que no se accedería a su solicitud, sin hacer ningún pronunciamiento. Condenó al pago de la indemnización moratoria señalando que no se evidenciaba la buena fe de la demandada y que se otorgaba a partir del día 90, la cuantificó, pero no señaló si la limitaba o no; sin embargo, al resolver la adición solicitada por el apoderado de la parte demandante manifestó que se limitaba a la fecha en que se extinguió el ISS. No accedió a la indexación, pues se había condenado al pago de la indemnización moratoria. Ordenó la desvinculación del Ministerio de Salud y Protección Social señalando que FIDUAGRARIA cuenta con recursos propios.

7. Impugnación y límites del ad quem.

Inconforme con la anterior decisión, la **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando:

- a) Que la indemnización moratoria no se limite, pues esto no lo consagra la norma.
- b) Que no se debe absolver, ni desvincular al Ministerio de Salud y Protección Social, pues la CSJ ya dijo que debe responder por estas obligaciones.
- c) Que se debe condenar al pago de la prima técnica pues se probó que tenía un cargo de profesional y se allegó la correspondiente reglamentación.
- d) Que se debe ordenar que la indemnización moratoria se pague de manera indexada.
- e) Que procede la nivelación salarial, pues se allegó la tabla salarial de los profesionales.

La **demandada PAR ISS** interpuso recurso de apelación señalando que:

- a) Que solo se debe declarar la existencia de un contrato de trabajo por los dos años en que estuvieron vinculadas al ISS las testigos, pues sólo en ese período se probó la subordinación.
- b) Solicita se verifiquen todas las condenas.
- c) Que no puede condenarse al pago de la prima de navidad, pues la demandante no tiene derecho a esta acreencia.
- d) Que el ISS actuó de buena fe al celebrar los contratos de prestación de servicios.
- e) Que se aclare la cuantía final de todas las condenas.

8. Alegatos Ministerio de Hacienda Y Crédito Público. Indica que comparte completamente las razones de hecho y de derecho que llevaron al juez de primera instancia a desvincular del proceso a dicha entidad.

Alegatos demandante. Afirma que solicita se confirme la decisión del fallador de primera instancia de tener a la demandante como trabajadora oficial y que se debió ordenar que se pague la indemnización moratoria debidamente indexada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuesto por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagran el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes. Igualmente, se estudiará en consulta en favor del ISS en lo que le sea desfavorable y no haya sido apelado.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

(i) ¿Entre las partes existió un contrato de trabajo, en caso positivo, que calidad de trabajador de la demandante?

(ii) ¿Existió un único contrato de trabajo a término indefinido entre 8 de septiembre del 2004 y el 18 de junio del 2012?

(iii) ¿La demandante es beneficiaria de la convención colectiva de trabajo?

(iv) ¿Se debe nivelar salarialmente a la demandante?

(v) ¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción?

(vi) ¿Se debe condenar a las siguientes acreencias legales: ¿prima de navidad legal, cesantías legales, intereses a las cesantías convencionales, prima de servicios extralegal, vacaciones legales, prima técnica y vacaciones extralegales?

(vii) ¿Se debe condenar al pago de la indemnización moratoria, en caso positivo, debe limitarse a la liquidación del ISS y pagarse de manera indexada?

(viii) ¿Se debe impartir condena a FIDUAGRARIA y al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL?

Existencia del contrato de trabajo, Primacía de la realidad y la calidad que ostentaba la demandante

En el presente proceso se encuentra probado que la demandante prestó sus servicios de manera personal al ISS en la oficina de Bonos Pensionales inicialmente como asistente de prestaciones y posteriormente como **Administradora Financiera**, tal y como se evidencia en los contratos de prestación de servicios celebrados por las partes (fol. 23 y s.s.) la certificación expedida por la Asesora de Presidencia de la Oficina Nacional de Contratación del ISS (fol. 22), y la declaración judicial de las señoras Yuli Paola Castillo González y Angélica del Pilar Gutiérrez (CD fol. 409) compañeras de trabajo de la demandante.

Demostrada la prestación personal del servicio opera la **presunción de existencia de un contrato de trabajo**, conforme lo dispone el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, la cual no fue desvirtuada por la demandada, pues si bien existen documentos que ponen de presente que las partes suscribieron sendos contratos de prestación de servicios, lo cierto es que no son suficientes para derruir la presunción, teniendo en cuenta que lo perseguido en la presente Litis es demostrar la existencia de un contrato de trabajo, en virtud de la primacía de la realidad.

Fuera de la enunciada presunción y contrario a lo dicho por el apelante, el elemento denominado **subordinación**, característico del contrato del trabajo, se encuentra acreditado con la declaración de las señoras Yuli Paola Castillo González y Angélica del Pilar Gutiérrez (CD fol. 409), quienes señalaron que la demandante cumplía un horario de trabajo, que trabajaba con los elementos suministrados por el ISS en sus instalaciones; que recibía órdenes e instrucciones de sus jefe inmediata la Dra. Olga Sarmiento Asesora de la oficina de Bonos pensionales; que debía solicitar permiso para ausentarse; declaraciones que no fueron objeto de tacha de sospecha y tampoco se observó parcialidad alguna que afecte su dicho.

No resulta factible declarar la existencia del contrato de trabajo únicamente por el tiempo que laboraron las testigos para el ISS, ya que la carga probatoria frente a subordinación no corresponde a la demandante, pues se reitera que una vez probada la prestación

personal del servicio opera la presunción de existencia de relación laboral, la cual no fue desvirtuada por FIDUAGRARIA.

Otro aspecto probatorio que llama la atención de la sala es el hecho de señalarse en los contratos de prestación de servicios que el contratista debe velar por el buen uso de los bienes y elementos entregados por el mismo, para el ejercicio de las actividades convenidas y a no utilizarlos para fines y en lugares diferentes a los contratados. Adicionalmente, se señaló en el texto de los contratos de prestación de servicios citados, que debe realizar ciertas actividades de frente al interventor, simulando esta figura, que quedó desvirtuada con la prueba testimonial recaudada en la que se señaló que en realidad la demandante tenía un jefe directo que le impartía ordenes e instrucciones, estipulaciones que no resultan acordes con la autonomía que debe reinar en los contratos de prestación de servicios y que por el contrario, acreditan aún más la existencia de subordinación de la trabajadora, máxime cuando era el mismo instituto quien suministraba los elementos necesarios para que la demandante desarrollara su labor en las instalaciones de la pasiva.

Se configuraron entonces, los elementos del artículo 1 de la Ley 6 de 1945 y de su reglamentario, el artículo 2 del Decreto 2127 de 1945, como son:

a) **Prestación personal del servicio**, por cuanto la trabajadora fue inicialmente asistente de prestaciones sociales y posteriormente Administradora Financiera asignada a la oficina de Bonos Pensionales. En este punto es importante destacar que sólo están exentos de la relación laboral, aquellos servicios que el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, califica como aquellos que "requieran de conocimientos especializados", sin que pueda decirse que las labores relacionadas con manejar bonos pensionales y liquidarlos, dar respuesta a derechos de petición y solicitar información al Ministerio de Hacienda; requirieran de este tipo de conocimiento, entendiéndose por éste, aquellos que no se limitan a la formación universitaria, sino que van más allá de la educación formal que imparten estos centros, es decir, aquellos que requieren altos estudios y experiencia particularísima. En el presente caso, forzoso es concluir que la prestación personal de servicio atendida por la demandante no es especializada, por demás está que la demandada no demostró los títulos de idoneidad o especialidad exigidos a la demandante para acceder al cargo. Por lo que no queda duda, ni ambigüedad alguna, que estamos frente a una relación laboral.

b) La **subordinación**, que no sólo se limitó a la exigencia, ya por relación de jerarquía o de interventoría, de las funciones propias al cargo de asistente de prestaciones, ni de administradora financiera, sino que también se extendió a la fijación de horarios, instrucciones y exigencias para cumplir funciones. Por lo que, de conformidad con la declaración de las señoras Yuli Paola Castillo González y Angélica del Pilar Gutiérrez (CD fol. 409), vinculadas al ISS y de documentos tales como los CPS no queda duda que esa prestación de servicios giró y estuvo transversalizada por la subordinación, traducida en continua disposición y exposición del servicio prestado por la accionante a la autoridad de los jefes de turno, quedando demostrado que no gozaba de autonomía para el desarrollo de la labor ni para el establecimiento de su propio horario, limitantes de hecho que coartan toda libertad de movilidad de la trabajadora. Y en lo que se refiere a la dependencia, no hay duda que se trató durante todo el tiempo de la vinculación como una relación laboral.

c) Una **remuneración**, cualquiera que sea la denominación que se le dé, la forma o requisitos de cobro y de pago, sólo que en el derecho laboral se le denomina salario. Lo que en realidad interesa es que constituya la contraprestación a una prestación de servicio, relación de causa a efecto, que no se desconfigura porque esté pactado

globalmente o por períodos de pago o por su forma o moneda en que se pague; la cual se encuentra acreditada en el presente caso con los contratos de prestación de servicios (fol. 23 y s.s.), que dan cuenta que la accionante percibió las siguientes sumas de dinero:

Año	Salario
2004	\$1'082.260
2005	\$1'141.784
2006	\$1'911.175
2007	\$1'911.175
2008	\$1'911.175
2009	\$2'157.762
2010	\$2'200.917
2011	\$2'270.686
2012	\$2'270.686

Reunidos los elementos del artículo 2 del Decreto 2127 de 1945, no hay duda que la prestación de servicios personales de la actora se dio en el contexto de una relación laboral, que de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, sobrepasa las **formalidades** de los documentos que la demandada hizo firmar a la señora GLADYS JANNETH QUINTERO OLMOS, quien sólo por asegurar el ingreso personal y familiar, se vio sometida a suscribir textos que no se avienen con la realidad, y que por el contrario, son totalmente adversos a lo que la realidad procesal lleva al conocimiento del fallador.

Tampoco existe duda respecto a que la demandante ostentó la calidad de **trabajadora oficial**, toda vez que la naturaleza jurídica del ISS está definida como una empresa industrial y comercial del estado, tal y como se indica en el artículo 275 de la Ley 100 de 1993, por tanto, debe seguirse la regla general consagrada en el inciso segundo del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, definida igualmente en el Acuerdo 145 de 1997, expedido por el Consejo Directivo del ISS, aprobado por el Decreto 416 del mismo año, calidad que igualmente se extrae del contenido de la sentencia C-579 del 30 de octubre de 1996 y que es aceptada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia con número de radicado 21672 del 25 de marzo del 2004, M.P. Dr. Carlos Isaac Nader.

En consecuencia, acertó la falladora de primera instancia cuando declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y la calidad de trabajadora oficial durante su vigencia.

Existencia de un único contrato de trabajo

De los diferentes contratos de prestación de servicios (fol. 23 y s.s.) y de la certificación laboral expedida por la Asesora de Presidencia del ISS de la Oficina Nacional de Contratación (fol. 22), se puede establecer que la accionante fue vinculada mediante contratos de prestación de servicios, sin solución de continuidad, entre el **8 de septiembre del 2004 y el 18 de junio del 2012**, por lo que se tendrán estos como extremos laborales.

Es necesario precisar, que si bien la certificación expedida por la Asesora de Presidencia del ISS de la Oficina Nacional de Contratación (fol. 22), da fe de la existencia de un contrato de trabajo hasta el 30 de junio del 2012; lo cierto es que la falladora de primera instancia declaró el contrato únicamente hasta el 18 de junio del 2012, lo cual no mereció ningún reparo de la parte demandante y por tanto, no puede hacerse más gravosa la situación de la demandada a quien se le conoce este punto en consulta.

Convención Colectiva de Trabajo

Es necesario señalar que la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el I.S.S. y SINTRAISS el 31 de octubre de 2001, es aplicable a la demandante, como quiera que se allegó el texto convencional acompañado de la respectiva constancia de su depósito en el Ministerio de la Protección Social (folios 163 y s.s.), no existe prueba de la denuncia de dicha Convención, y además en su artículo 3° se especificó que todos los trabajadores oficiales del I.S.S. son sus beneficiarios sin importar si pertenecen o no al sindicato.

Normatividad aplicable

Teniendo en cuenta que el ISS es una empresa Industrial y Comercial del Estado la normatividad aplicable es el Decreto 2127 de 1945 *"Por el cual se reglamenta la ley 6a. de 1945, en lo relativo al contrato individual de trabajo, en general"*; el Decreto 3135 de 1968 *"Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"*; el Decreto 1848 de 1969 *"Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968"* y la convención colectiva de trabajo.

Es necesario precisar, que el Decreto 1045 de 1978 *"Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional"* no es aplicable a los trabajadores oficiales del ISS, como quiera que en su artículo 2° establece que para los efectos del decreto 1045 de 1978 se entiende por entidades de la administración pública del orden nacional la Presidencia de la República, Los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias, los establecimientos públicos y las unidades administrativas especiales; entre los cuales no se incluyó a las empresas Industriales y Comerciales del Estado y así lo dejó sentado nuestra Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL981-19.

Excepción de prescripción

Las acciones laborales prescriben en **3 años** como se encuentra previsto en el art. 41 del Decreto 3135 de 1968, art. 102 del Decreto 1848 de 1969 y art. 151 del CPT y de la SS, **término que podrá interrumpirse por una sola vez con el simple reclamo del trabajador.**

En relación con las **cesantías**, éstas son exigibles a la finalización del vínculo laboral cuando el trabajador queda cesante, criterio éste unificado en la jurisdicción laboral, entre otras, en la sentencia SL 981-2019 en la que se indicó que *"la norma convencional lo que regula es la forma de liquidar el auxilio de la cesantía, pero lo referente a su pago continúa sometido a la ley, es decir a partir del momento de su exigibilidad, que lo es a la terminación del vínculo laboral, y por ende es a partir de esa fecha cuando debe comenzar a contabilizarse la prescripción."*

Respecto de la compensación de las vacaciones, conforme lo explicó nuestra CSJ en la sentencia antes citada, con arreglo al artículo 45 del Decreto 1848 de 1969 *«causado el correspondiente derecho a las vacaciones, deben concederse por quien corresponda, oficiosamente o a petición del interesado, dentro del año siguiente a la fecha en que se*

cause el derecho», premisa que indica que luego de causadas, el empleador oficial tiene un año para concederlas.

Así mismo, conforme al art. 46 del D. 1848 de 1969 luego de transcurrido el año de gracia con que cuenta la entidad para conceder las vacaciones, el empleado tiene un plazo de 30 días para solicitarlas, a partir del cual *«comenzará a correr el término de prescripción de las mismas el cual es de 3 años»*

Por tanto, el término trienal de prescripción de las vacaciones de los trabajadores oficiales de las empresas industriales y comerciales del Estado se cuenta luego de transcurrido 1 año y 1 mes (1 año de periodo de gracia del empleador y 1 mes de periodo de gracia en favor del trabajador) y no desde la terminación del contrato como lo pretende la parte actora.

Por tanto, teniendo en cuenta que el contrato de trabajo estuvo vigente entre el 8 de septiembre del 2004 al 18 de junio del 2012, que la demandante reclamó ante la demandada el **25 de febrero del 2015** (fol.16) y que radicó la demanda 6 de febrero del 2018 (fol. 269), es claro que le asiste razón a la falladora de primera instancia cuando señaló que **se debe declarar probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con las acreencias laborales exigibles con anterioridad al 25 de febrero del 2012**; salvo para las cesantías que se debe declarar no probada la excepción de prescripción, en razón a que las mismas sólo se hacen exigibles a la finalización del contrato de trabajo y la compensación de vacaciones que se debe declarar probada en relación con las exigibles antes del **25 de enero del 2011**.

Finalmente, se debe indicar que los aportes a pensión con destino a las entidades de seguridad social son imprescriptibles; pero la solicitud de devolución a la demandante de lo pagado por aportes a seguridad social en el porcentaje que le correspondía asumir como empleador, si se ve afectada por el fenómeno prescriptivo conforme se advirtió por parte de la CSJ en sentencia de instancia en la sentencia SL 2053-2020, por lo que se declara probada parcialmente frente a la devolución de aportes causados con anterioridad al 25 de febrero del 2012.

Acreencias laborales

Se pasan a revisar las acreencias laborales condenadas por el juez primigenio, para lo cual se tendrá como salario las sumas contenidas en los contratos de prestación de servicios (fol. 23 y s.s.), frente a los cuales no existe discusión.

Año	Salario
2004	\$1'082.260
2005	\$1'141.784
2006	\$1'911.175
2007	\$1'911.175
2008	\$1'911.175
2009	\$2'157.762
2010	\$2'200.917
2011	\$2'270.686
2012	\$2'270.686

Nivelación salarial

Solicita la activa como pretensión se disponga de la nivelación salarial con respecto a los profesionales vinculados al ISS mediante contrato de trabajo, y en la alzada arguye que resulta procedente en tanto en el expediente se encuentra la tabla salarial de los profesionales del ISS.

Al revisar el expediente, encuentra la Sala que no es posible nivelar salarialmente a la demandante en razón a que ni siquiera señaló con que persona o grado profesional pretendía se nivelara su salario, no siendo suficiente con allegar la tabla salarial de los trabajadores del ISS, pues nótese que en ella aparecen diferentes salarios dependiendo del grado profesional del trabajador (desde el grado 27 al 31) sin que se manifestará ni dentro de la demanda, ni dentro del trámite del presente proceso, exactamente con cual grado se estaba comparando ni cuál de los relacionados tenía las mismas funciones, no encontrándose cimentada en debida forma la petición, impidiendo el análisis o comparación a fin de establecer si en efecto existía una diferencia salarial.

Auxilio de cesantías legales

La falladora de primera instancia condenó al PAR ISS a pagar a la demandante las cesantías legales, lo cual no fue objeto de reproche por parte del apoderado de la demandante, quien no solicitó que se le reconocieran las estipuladas en la convención colectiva de trabajo, por tanto, lo que se revisa es si acertó el a quo en la forma en que liquidó las cesantías legales, toda vez que este punto se conoce en consulta en favor del PAR ISS.

El artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 advierte que las cesantías se liquidan anualmente, pero son exigibles a la finalización del vínculo laboral cuando el trabajador queda cesante, criterio éste unificado en la jurisdicción laboral.

Igualmente, señala la norma que corresponden a un mes de sueldo, de manera que al realizar las respectivas operaciones aritméticas tomando únicamente el salario del actor como lo indica la norma en mención, se obtiene la suma de **\$14'904.036,86** por las cesantías causadas durante la vigencia del contrato, suma inferior a la reconocida en primera instancia, por lo que se modifica este punto.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días laborados	Valor cesantías
2004	\$ 1.082.260	\$ 0	\$ 1.082.260	113	\$ 339.709,39
2005	\$ 1.141.784	\$ 0	\$ 1.141.784	360	\$ 1.141.784,00
2006	\$ 1.911.175	\$ 0	\$ 1.911.175	360	\$ 1.911.175,00
2007	\$ 1.911.175	\$ 0	\$ 1.911.175	360	\$ 1.911.175,00
2008	\$ 1.911.175	\$ 0	\$ 1.911.175	360	\$ 1.911.175,00
2009	\$ 2.157.762	\$ 0	\$ 2.157.762	360	\$ 2.157.762,00
2010	\$ 2.200.917	\$ 0	\$ 2.200.917	360	\$ 2.200.917,00
2011	\$ 2.270.686	\$ 0	\$ 2.270.686	360	\$ 2.270.686,00
2012	\$ 2.270.686	\$ 0	\$ 2.270.686	168	\$ 1.059.653,47
Total Auxilio de cesantías					\$ 14.904.036,86

Intereses a las cesantías

Teniendo en cuenta que en el acápite de fundamentos de derecho se evidencia que el actor solicitó el pago de intereses a las cesantías convencional se pasará a estudiar de la siguiente manera:

El mismo artículo 62 establece que *"A 31 de diciembre del año 2002, y por los años subsiguientes, las cesantías se liquidarán anualmente y por las mismas se reconocerán intereses a la tasa del doce por ciento (12%) anual por el respectivo año objeto de liquidación, los cuales serán cancelados durante el mes de enero del año siguiente"*

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandante tiene derecho al pago de **\$59.340,59** que corresponde a los intereses a las cesantías exigibles con posterioridad al 25 de febrero del 2012.

Teniendo en cuenta que la suma aquí liquidada es inferior a la reconocida por la falladora de primera instancia, quien no tuvo en cuenta la prescripción para esta acreencia, se modifica este punto.

Intereses a las cesantías			
Intereses a las cesantías causados	Valor cesantías	Nº días	Valor intereses a las cesantías
Terminación del contrato (sobre las cesantías año 2012)	\$ 1.059.653,47	168	\$ 59.340,59
Total Intereses a las cesantías			\$ 59.340,59

Vacaciones

El fallador de primera instancia condenó al pago de las vacaciones legales y a su vez, a las vacaciones extralegales contempladas dentro de la convención colectiva de trabajo.

Es necesario tener en cuenta, que la convención colectiva de trabajo tiene como finalidad servir de instrumento para alcanzar mejores condiciones laborales, siendo un acuerdo al que llegan el empleador con los sindicatos o federaciones sindicales en nombre de los trabajadores.

Al revisar la convención colectiva de trabajo visible a folio 163 y s.s. se observa que en el art. 48 se consagró el derecho a gozar de vacaciones y con dicha norma se buscó mejorar el número de días a los que tendría derecho el trabajador a título de descanso remunerado; pero en ningún momento se evidencia que la intención de las partes haya sido otorgar un descanso remunerado adicional al que consagra la ley, lo cual sí ocurre con la prima de servicios en la que de manera textual en el contenido de la convención colectiva se consagró que *"En adición a la prima legal, los trabajadores oficiales tendrán derecho a dos (2) primas de servicio..."*. Por tanto, se revoca la condena impuesta por vacaciones legales.

El art. 48 de la Convención Colectiva de Trabajo, establece que:

"El Instituto reconocerá y pagará a sus Trabajadores oficiales un descanso remunerado por cada año completo de labores teniendo en cuenta el tiempo de servicio así:

*Quienes tengan hasta cinco (5) años de servicio se les reconocerá quince (15) días hábiles.
A quienes tengan más de cinco (5) y no más de diez (10) años de servicios, dieciocho (18) días hábiles.
A quienes tengan más de diez (10) años de servicios, veinte (20) días hábiles."*

Señala además que para determinar los días de vacaciones que corresponden a cada trabajador, se tendrá en cuenta su tiempo de servicio en el momento en que se cause el derecho; por tanto, la demandante hasta el 8 de septiembre del 2009 (fecha en que cumplió 5 años de labores) tenía derecho a 15 días vacaciones y a partir del 9 de septiembre del 2009, tiene derecho a 18 días de vacaciones.

El art. 10 del Decreto 3135 de 1968 dispone que cuando el trabajador oficial quede retirado del servicio sin haber hecho uso de vacaciones causadas, tiene derecho al pago de ellas en dinero y se tendrá como base de la compensación el último sueldo devengado.

Al efectuar las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se le adeuda a la actora por este concepto la suma de **\$3'5557.408,07** por la compensación de las vacaciones exigibles con posterioridad al 25 de enero del 2011, suma superior a la reconocida por el fallador de primera instancia, sin embargo, como esto no fue apelado por la parte demandante, no hay lugar a realizar ninguna modificación, pues este punto se está conociendo en consulta en favor del PAR ISS a quien no se le puede hacer más gravosa su situación.

Vacaciones -inició el contrato el 8 de septiembre del 2004-					
Tiempo de causación	Vacaciones exigibilidad	Salario	Días laborados	Días de vacaciones	Valor prima
8-09-09 a 7-09-10	18/06/2012 (terminación contrato)	\$ 2.270.686,00	360	15	\$ 1.135.343,00
8-09-10 a 7-09-11		\$ 2.270.686,00	360	18	\$ 1.362.411,60
8-09-11 a 18-06-12		\$ 2.270.686,00	280	14	\$ 1.059.653,47
Total Vacaciones					\$ 3.557.408,07

Prima de servicios extralegal

El artículo 50 de la convención colectiva de trabajo, establece que:

"En adición a la prima legal, los trabajadores oficiales tendrán derecho a dos (2) primas de servicio al año, equivalente cada una de ellas a quince (15) días de salario, pagaderas así: Quince (15) días de salario, en los primeros quince (15) días del mes de junio y quince (15) días de salario en los primeros quince (15) días del mes de diciembre.

PARAGRAFO 1o. Para la liquidación de la prima de servicios tanto legal como extralegal aquí establecida, se tendrán en cuenta los siguientes factores:

El salario básico mensual que devengue el trabajador en el cargo que desempeñe en 30 de mayo y 30 de noviembre.

El promedio de lo percibido en los seis (6) meses inmediatamente anteriores a junio y diciembre por concepto de trabajo en dominicales y festivos, trabajo suplementario o en horas extras, reemplazos siempre y cuando haya percibido el salario asignado al titular del cargo que reemplaza, auxilio de transporte y prima de vacaciones.

PARAGRAFO 2o Tendrán derecho a la prima de servicios los Trabajadores oficiales que hayan laborado durante todo el semestre o a una suma proporcional al tiempo trabajado, siempre y cuando sea éste, por lo menos, la mitad del semestre y no hubieren sido despedidos por justa causa.

PARAGRAFO 3o Los primeros treinta (30) días de licencia voluntaria no interrumpirán el tiempo laborado para el reconocimiento de las primas de servicio."

Conforme lo ha explicado nuestra CSJ en la sentencia SL 981-2019 "Según el artículo 50 de la convención colectiva visible a folio 340 hay derecho a 2 primas al año, cada una de 15 días de servicios, las cuales se causan: (i) desde el 1.º de diciembre hasta el 30 de mayo y (ii) desde el 1.º de junio al 30 de noviembre, de manera que son exigibles el 15 de junio y 15 de diciembre de cada año."

Para su liquidación se tendrá en cuenta el salario básico mensual que devengue el 30 de mayo y el 30 de noviembre, junto con el promedio de lo percibido en los seis (6) meses inmediatamente anteriores a junio y diciembre por concepto de trabajo en dominicales y festivos, trabajo suplementario o en horas extras, reemplazos siempre y cuando haya percibido el salario asignado al titular del cargo que reemplaza, auxilio de transporte y prima de vacaciones.

Al realizar las operaciones aritméticas arroja la suma de **\$1'059.653,47** por las primas de servicios causadas con posterioridad al 25 de febrero del 2012; suma ligeramente inferior a la reconocida por el fallador de primera instancia, por lo que se modifica este punto, el cual se conoce en consulta en favor del PAR ISS.

Prima de servicios						
Prima causada	Salario	Auxilio de transporte	Prima de vacaciones	Tota (salario + aux transporte + prima de vacaciones)	Días prima de servicio	Valor prima
jun-12	\$ 2.270.686,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 2.270.686,00	14	\$ 1.059.653,47
Total Prima de servicio						\$ 1.059.653,47

Prima legal de Navidad

El art. 11 del Decreto 3135 de 1968 establece que todos los empleados públicos y los **trabajadores oficiales** tendrán derecho a una prima de navidad equivalente a un (1) mes del sueldo que corresponda al cargo en treinta (30) de noviembre de cada año, prima que se pagará en la primera quincena del mes de diciembre. Señalando en su párrafo que cuando el empleado o trabajador oficial no hubiere servido durante el año civil completo, tendrá derecho a la mencionada prima de navidad, en proporción al tiempo servido durante el año, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará con base en el último sueldo devengado.

Por su parte, el Decreto 1868 de 1969 "Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968", estipula en su artículo 51 lo siguiente:

"1. Todos los empleados públicos y los trabajadores oficiales tienen derecho a una prima de navidad equivalente a un (1) mes del salario que corresponda al cargo desempeñado en treinta (30) de noviembre de cada año, prima que se pagará en la primera quincena del mes de diciembre.

2. Cuando el empleado público o trabajador oficial no hubiere servido durante el año civil completo, tendrá derecho a la mencionada prima de navidad en proporción al tiempo servido a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará y pagará con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual, si fuere variable.

PARÁGRAFO 1º.- Quedan excluidos del derecho a la prima de navidad a que se refiere este artículo, los empleados públicos y trabajadores oficiales que prestan sus servicios en establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, que por virtud de pactos, convenciones colectivas de trabajo, fallos arbitrales y reglamentos internos de trabajo, tengan derecho a primas anuales de cuantía igual o superior, cualesquiera

sea su denominación, conforme a lo dispuesto al efecto en el artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, subrogado por el artículo 1 del Decreto 3148 del mismo año citado.

Si el valor de la prima mencionado fuere inferior al de la prima de navidad, la respectiva entidad o empresa empleadora pagará al empleado oficial, en la primera quincena de diciembre, la diferencia que resulte entre la cuantía anual de aquella prima y esta.” (negrilla y subrayado fuera de texto)

Frente a la prima de navidad, nuestra CSJ en la sentencia SL2635-2020 en la que reitera lo dicho en la sentencia bajo el radicado 35954 del 2012, señaló que:

“...De donde claramente resulta que para que se produzca la incompatibilidad entre la prima de navidad prevista por el artículo 51 del Decreto 1848 de 1969 y otros derechos prestacionales laborales se exige: 1º) que el servidor público perciba otra clase de primas de naturaleza extralegal, esto es, originadas en convención, pactos, laudo arbitral o reglamento interno de trabajo, 2º) que esas prestaciones de referencia tengan carácter anual; 3º) que su cuantía sea igual o superior al de la prima de navidad, pues si fuere inferior su valor será equivalente al de la diferencia entre una y otra; y 4º) que no se hubiere mejorado dicha regla por la convención, el pacto, el laudo o el reglamento interno de trabajo, por cuanto en tal caso, por mejorarse el mínimo legal, prevalecerá la disposición extralegal.”

Una vez calculada la prima de navidad arroja la suma de \$1'148.107,59, suma ligeramente superior a la que le corresponde a la demandante por concepto de prima de servicios (\$1'059.653,47), por tanto, se condena al PAR ISS a pagar la diferencia que corresponde a \$88.454,12.

Es necesario precisar que el presente punto se está conociendo en consulta a favor del PAR ISS, por tanto, como el a quo condenó a pagar por concepto de prima de navidad la suma de \$794.740,10 se modificará la orden impartida.

Prima de navidad				
Período	Prima causada	Salario	Días laborados	Valor prima
1-12-11 a 18-06-12	jun-12 (terminación contrato)	\$ 2.098.917,00	197	\$ 1.148.107,59
Total Prima de navidad				\$ 1.148.107,59

Prima Técnica

La prima técnica fue consagrada en el artículo 41A de la convención colectiva de trabajo en la cual se estipula que **“A partir del 1º de enero del 2002 se reconocerá y pagará una prima técnica para los **cargos de profesionales** no médicos que laboran en el ISS, equivalente al 10% de la asignación básica mensual para los cargos de profesionales generales y del 12% para los cargos de profesionales especialistas. Esta prima será cancelada mensualmente y no será constitutiva de salario. A más tardar el 31 de diciembre del 2001 se **expedirá la reglamentación correspondiente**”**

A folio 266 y s.s. aparece la reglamentación correspondiente, en la cual en el artículo segundo se señaló que los profesionales universitarios tendrán derecho a una prima técnica del 10% de la asignación básica mensual. Teniendo en cuenta que en los contratos de prestación de servicios se señaló que prestaría sus servicios profesionales como administradora financiera tendrá derecho a esta prima.

Al efectuar las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se le adeuda a la actora por este concepto la suma de **\$1'044.515,56** por las primas técnicas causadas a partir del 25 de febrero del 2012, suma que se adicionara a la sentencia de primera instancia.

Prima de Técnica			
Prima Técnica	Salario	Meses Prima Técnica	Valor prima mensual
2012	\$ 2.270.686,00	4,60	\$ 1.044.515,56
Total P. Técnica			\$ 1.044.515,56

Indemnización moratoria

En el presente proceso nos encontramos frente a un trabajador oficial, por lo que se debe dar aplicación al artículo 1º del Decreto 797 de 1949 que modificó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 y teniendo en cuenta que en un caso similar contra el mismo Instituto demandado la Corte Suprema de Justicia en sentencia con Radicado N° 39529 del 7 de febrero del 2012, indicó que cuando, pese a los reiterados pronunciamientos de las autoridades judiciales, el ISS persiste en continuar utilizando como forma de contratación los contratos de prestación de servicios para situaciones en las cuales se encuentra plenamente demostrado la existencia de un contrato de trabajo, se debe deducir la mala fe del Instituto demandado, pues es claro que el comportamiento de la parte demandada no puede ser tenido como buena fe, por ende, no es dable eximirlo de la indemnización moratoria como se solicita en la alzada.

En consecuencia, el demandante tiene derecho al pago de la indemnización moratoria a razón de 1 día de salario por cada día de retardo pero después del vencimiento del plazo gracia de 90 días calendario con que cuentan las entidades públicas para efectuar el respectivo pago, es decir, \$75.690 diarios (salario \$2'270.686), a partir del 17 de septiembre del 2012. (CSJ SL1012 y SL8936 de 28/01/2015 y 08/07/2015 rad. 44651 y 42452).

En cuanto a la fecha hasta la cual debe impartirse la condena, es necesario precisar que teniendo en cuenta que la persona jurídica del ISS ya se encuentra liquidada; aspecto que cambia necesariamente el escenario sobre el cual se edificó la indemnización moratoria, cual es que al presentarse este nuevo hecho (extinción de la persona jurídica) tal como da cuenta el Decreto 553 de 2015, no es dable pregonar una mala fe de una persona jurídica inexistente, por lo que deberá limitarse la sanción moratoria hasta la fecha en que se liquidó definitivamente dicha entidad, es decir hasta el **31 de marzo de 2015**, por lo que se confirma los extremos en los cuales se imparte esta condena. Al hacer las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda por indemnización moratoria la suma de **\$69'256.350** suma inferior a la reconocida por la falladora de primera instancia por lo que se modifica este punto, el cual se conoce por apelación de las partes y en consulta en favor del PAR ISS-FIDUAGRARIA.

Suma de dinero que tal y como lo ha dejado sentado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 5545-2019 al ser una suma fija de dinero, limitada a la fecha de la liquidación del PAR ISS, se debe ordenar se pague de manera indexada teniendo en cuenta el efecto que sobre su valor ha tenido la devaluación de la moneda.

Para realizar actualización monetaria se debe aplicar la siguiente formula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la diferencia resultante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE –Vigente a la fecha en que se pague real y totalmente la obligación -, por el índice inicial – vigente a la fecha en que se liquidó definitivamente dicha entidad (31 de marzo de 2015)

Condena contra FIDUAGRARIA

Es necesario señalar que resulta procedente la condena a cargo Fiduagraria S.A. en razón a que es la entidad con quien el ISS en liquidación suscribió la fiducia mercantil N° 015 de marzo de 2015, que maneja el patrimonio autónomo de remanentes, entidad que actúa única y exclusivamente como administrador y vocero del PAR, conforme lo dispuesto en el artículo 35 del decreto ley 254 de 2000, modificado por la Ley 1105 de 2006.

Condena contra la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social

En cuanto a la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social es necesario precisar que conforme al Decreto 541 del 2016 modificado por el Decreto 1051 del 2016 "*Será competencia del Ministerio de Salud y protección Social asumir el pago de las sentencias judiciales derivadas de las obligaciones contractuales y extracontractuales a cargo del Instituto de Seguros Sociales Liquidado*", por tanto es claro que le asiste razón al apoderado de la parte demandante cuando solicita se declare que el Ministerio de Salud y Protección Social debe responder por las condenas impuestas a FIDUAGRARIA S.A. como vocera y administradora del PAR ISS, pero claro está que dicha responsabilidad únicamente surge en el evento en que se agoten los recursos del patrimonio. Adicionalmente, se le debe indicar a dicho Ministerio que su responsabilidad frente a las condenas aquí impuestas no nacen por haber un vínculo con la demandante, ni por ser subrogatoria, ni cesionaria del ISS, sino en virtud al Decreto precitado. En consecuencia, se adicionará la sentencia frente a este punto.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 29 de enero del 2020, por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar condenar al pago de:

- **Cesantías** **\$14'904.036,86**
- **Intereses a las cesantías** **\$59.340,59**
- **Prima de servicios extralegal** **\$1'059.653,47**
- **Prima Técnica** **\$1'044.515,56**

- **Prima de navidad** **\$88.454,12**
- **Indemnización moratoria** la suma de **\$69'256.350** la cual debe pagarse de manera indexada.

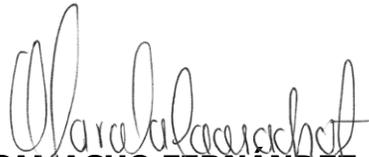
SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral primero de la sentencia apelada y consultada en lo que tiene que ver con vacaciones legales.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada para condenar a la Nación- Ministerio de Salud y Protección Social quien deberá responder por las condenas impuestas a FIDUAGRARIA S.A. como vocera y administradora del PAR ISS, en el evento en que se agoten los recursos del patrimonio del PAR ISS.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

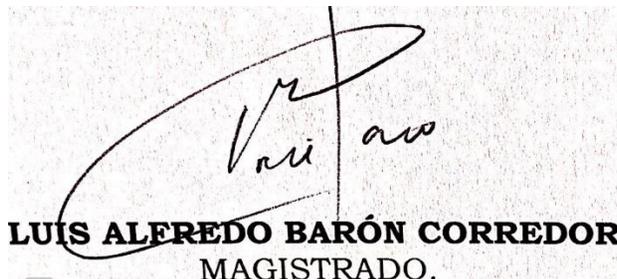
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: NURIS MARGOTH ARRIETA MARTÍNEZ
DEMANDADO: PAR ISS LIQUIDADO
RADICACIÓN: 19-2014-00570-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE Y DEMANDADAS
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO ISS

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Nuris Margoth Arrieta Martínez instauró demanda ordinaria contra PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL ISS EN LIQUIDACIÓN -PAR ISS- con el fin de que se DECLARE que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 28 de septiembre del 2010 y el 31 de marzo del 2013; que fue despedido en forma unilateral y sin justa causa. Como consecuencia se condene a pagar las sumas correspondientes por concepto de vacaciones, prima de navidad legal, prima extralegal de vacaciones, prima extralegal de servicios, intereses a las cesantías, auxilio de alimentación y transporte, aportes a seguridad social que le correspondía asumir al ISS y que el demandante tuvo que pagar de su propio patrimonio, nivelación salarial, incremento salarial, indemnización moratoria, indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que prestó sus servicios personales al ISS desde el 28 de septiembre del 2010 al 31 de marzo del 2013; que desempeñó las funciones propias de un auxiliar administrativo en el Departamento de Resoluciones de Pensión del nivel de Cundinamarca; que su vinculación se dio por sucesivos contratos de prestación de servicios; que recibía de parte de los directores y jefes del Departamento de Resoluciones de Pensión; que cumplía horario de trabajo; que debía prestar sus servicios en las instalaciones del ISS; que acataba los reglamentos de la entidad; que cumplía sus labores con elementos del ISS; que en el ISS existían trabajadores de planta que ejercían las mismas funciones que ella; que la convención colectiva de trabajo suscrita por el ISS con el sindicato SINTRASEGURIDAD SOCIAL para el período 2001-2004 aún se encuentra vigente,

pues se ha venido prorrogando sucesivamente; que el último salario que devengó fue de \$849.787; que se le adeudan las acreencias laborales que pretende con la demanda.

2. Contestación de FIDUAGRARIA. Fiduagraria contestó como administradora del PAR ISS señalando que ella no es sucesora procesal del ISS y que ninguno de los contratos que celebró la demandante generan una vinculación laboral, sino que fue de las partes que la vinculación estuviera regida por la Ley 80 de 1993. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de nexo causal, inexistencia del contrato de trabajo o prestaciones de servicios con FIDUAGRARIA S.A., prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe, no utilización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos y la genérica. (fol. 168 y s.s.)

3. Integración del contradictorio. Mediante auto del 29 de junio del 2017 el fallador de primera instancia ordenó integrar el contradictorio con la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social. (fol. 215)

4. Contestación de la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social. Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no adeuda suma alguna por ningún concepto a la aquí demandante. Que no tiene ningún vínculo laboral con la demandante. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, pago de lo no debido, improcedencia del pago de la sanción moratoria, inexistencia de solidaridad entre el ISS y el Ministerio y la genérica. (fol. 218 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 9 de diciembre del 2019, en la que el fallador de primera instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el 28 de septiembre del 2010 y el 31 de marzo del 2013; devengando como último salario la suma de \$849.787. Declaró que la demandante es beneficiaria de la convención colectiva de trabajo. Ordenó pagar las siguientes sumas debidamente indexadas: indemnización por despido sin justa causa, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios legal, prima de servicios convencional, vacaciones, prima de vacaciones convencional, prima de navidad, auxilio de alimentación, aportes a la entidad de seguridad social por el salario aquí establecido previo calculo actuarial e indemnización moratoria. Condenó a pagar a la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social solo en los casos establecidos en el art. 1º del Decreto 1051 del 2016. (CD fol. 271 y s.s.)

Su decisión se basó en lo que interesa a los recursos que se logró probar la prestación del servicio con lo cual nació la presunción y teniendo en cuenta que la demandada no desvirtuó la subordinación se declaró la existencia de un único contrato de trabajo. Que la convención señala que se debe aplicar a todos los trabajadores por lo que la demandante es beneficiaria de ella. Que se debe declarar no probada la excepción de prescripción pues no alcanzó a transcurrir el término trienal. En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa señaló que fue desvinculada al no suscribirse un nuevo contrato, por tanto, se debe condenar a esta indemnización. Condenó a la demandada a pagar unas acreencias legales y otras extralegales, así: las cesantías de orden legal, los intereses a las cesantías convencionales, prima de servicios convencional, prima de servicios legal, vacaciones convencional, prima de vacaciones convencional, prima de navidad legal,

auxilio de alimentación convencional. Señaló que de manera ultra y extra petita se condenará a la demandada a pagar al Sistema de Seguridad Social el cálculo actuarial por la diferencia entre los consignado por el actor y el salario realmente devengado. En cuanto a la indemnización moratoria señaló que no era procedente porque cuando se terminó el contrato de trabajo la demandada ya se encontraba en proceso de liquidación, por lo que ordenó que las acreencias laborales adeudadas se paguen de manera indexada, salvo la indemnización por despido sin justa causa.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando:

- 1) Que se modifique el valor de la indemnización por despido sin justa causa conforme a la convención colectiva
- 2) Que para la indemnización moratoria debe tenerse en cuenta que el actuar de la demandada estuvo revestido de mala fe y no se puede limitar hasta la fecha en que se liquidó la entidad.
- 3) Que con la pretensión de devolución de aportes lo que debe entenderse es que el 100% de los aportes que realizó la demandante salieron de su patrimonio, por lo que hay un % que debe ser asumido por el empleador.

Recurso de apelación. Inconforme con la anterior decisión, la **demandada PAR ISS** interpuso recurso de apelación señalando que:

- 1) La demandante suscribió los contratos de prestación de servicios de manera voluntaria. Que dentro de la relación laboral no se hizo ningún reclamo.
- 2) Que no se puede condenar a la prima de servicios legal como quiera que esta acreencia no está consagrada en la norma para los trabajadores oficiales.
- 3) Que los intereses a las cesantías se deben revocar pues se condenó a las cesantías legales y no a las convencionales y la norma no contempla intereses a las cesantías para los trabajadores oficiales.
- 4) Que se debe absolver de la prima de vacaciones pues no cumple con el mínimo de tiempo laborado exigido en la convención para acceder a ella.
- 5) Que se debe absolver de la indemnización por despido sin justa causa pues la demandante no probó el despido.

El **Ministerio de Salud y Protección Social** manifestó que coadyuvaba la petición del PAR ISS.

7. Alegatos demandante. Indica que en esta oportunidad su alegato se centra en la indemnización por despido. Que el contrato laboral que unió a las partes fue a término indefinido, por lo que el juez debe condenar a la indemnización por despido sin justa causa, pues la parte demandada no puede exonerarse de esta condena alegando el vencimiento de un plazo pactado, como quiera que esta no es una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo conforme al criterio de la CSJ.

Alegatos Fiduagraria. Señaló que la SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA S.A., es únicamente vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales Liquidado, por lo que desconoce que tipo de vínculo jurídico tuvo el extinto Instituto de Seguros Sociales hoy Liquidado. Afirma además que no fue empleadora de la demandante, y que en ningún momento la Fiduciaria responde por los actos y relaciones que la parte actora hubiere tenido con el ISS.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuesto por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagran el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes. Igualmente, se estudiará en consulta en favor del ISS en lo que le sea desfavorable y no haya sido apelado.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

(i) ¿Entre las partes existió un contrato de trabajo, en caso positivo, que calidad de trabajador ostentó la demandante?

(ii) ¿Existió un único contrato de trabajo a término indefinido entre 28 de septiembre del 2010 y el 31 de marzo del 2013?

(iii) ¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción?

(iv) ¿Se debe condenar a las siguientes acreencias legales: ¿cesantías legales, intereses a las cesantías convencionales, vacaciones convencionales, prima de vacaciones convencionales, prima de navidad legal, prima de servicios legal y convencional, auxilio de alimentación convencional?

(v) ¿Se debe condenar al pago de la indemnización por despido sin justa causa?

(vi) ¿Se debe condenar al pago de la indemnización moratoria, en caso positivo, debe limitarse a la liquidación del ISS?

(vii) ¿Acertó el a quo cuando ordenó pagar un cálculo actuarial a la entidad de seguridad social para cubrir los aportes a pensión?

(viii) ¿Se debe impartir condena a FIDUAGRARIA y al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL?

Existencia del contrato de trabajo – Primacía de la realidad y la calidad que ostentaba la demandante

En el presente proceso se encuentra probado que la demandante prestó sus servicios de manera personal al ISS en la Vicepresidencia de Pensiones como **auxiliar administrativa**, tal y como se evidencia en los contratos de prestación de servicios celebrados por las partes (fol. 22 y s.s.) la certificación expedida por el Jefe del Departamento de Recursos Humanos del ISS en Liquidación (fol. 19), y la declaración judicial de las señoras Gladys Silenia Cuervo Cuellar, Beatriz Helena Alecina Álvarez y Alicia Alfonso Alvarado (CD fol. 254), compañeras de trabajo de la demandante.

Demostrada la prestación personal del servicio opera la **presunción de existencia de un contrato de trabajo**, conforme lo dispone el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, la cual no fue desvirtuada por la demandada, pues si bien existen documentos que ponen de presente que las partes suscribieron sendos contratos de prestación de servicios, lo cierto es que no son suficientes para derruir la presunción,

teniendo en cuenta que lo perseguido en la presente Litis es demostrar la existencia de un contrato de trabajo, en virtud de la primacía de la realidad.

Fuera de la enunciada presunción y contrario a lo dicho por el apelante, el elemento denominado **subordinación**, característico del contrato del trabajo, se encuentra acreditado con la declaración de las señoras Gladys Silenia Cuervo Cuellar, Beatriz Helena Alecina Álvarez y Alicia Alfonso Alvarado (CD fol. 254), quienes señalaron que la demandante cumplía un horario de trabajo, que trabajaba con los elementos suministrados por el ISS en sus instalaciones y que recibía órdenes e instrucciones de sus jefes inmediatos; declaración que no fue objeto de tacha de sospecha y tampoco se observó parcialidad alguna que afecte su dicho.

Otro aspecto probatorio que llama la atención de la sala es el hecho de señalarse en los contratos de prestación de servicios que el contratista debe velar por el buen uso de los bienes y elementos entregados por el mismo, para el ejercicio de las actividades convenidas y a no utilizarlos para fines y en lugares diferentes a los contratados. Adicionalmente, se señaló en el texto de los contratos de prestación de servicios citados, que debe realizar ciertas actividades de frente al interventor, simulando esta figura, que quedó desvirtuada con la prueba testimonial recaudada en la que se señaló que en realidad la demandante tenía un jefe directo que le impartía ordenes e instrucciones, estipulaciones que no resultan acordes con la autonomía que debe reinar en los contratos de prestación de servicios y que por el contrario, acreditan aún más la existencia de subordinación de la trabajadora, máxime cuando era el mismo instituto quien suministraba los elementos necesarios para que la demandante desarrollara su labor en las instalaciones de la pasiva.

Se configuraron entonces, los elementos del artículo 1 de la Ley 6 de 1945 y de su reglamentario, el artículo 2 del Decreto 2127 de 1945, como son:

a) **Prestación personal del servicio**, por cuanto la trabajadora fue sustanciadora asignada a la Oficina de Bonos Pensionales. En este punto es importante destacar que sólo están exentos de la relación laboral, aquellos servicios que el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, califica como aquellos que "requieran de conocimientos especializados", sin que pueda decirse que las labores relacionadas con la verificación del régimen aplicado de prestaciones económicas financiadas con bono pensional, la notificación de la liquidación de la deuda de bonos pensionales (cobro persuasivo) o envío de documentos requeridos por el Ministerio de Hacienda, requirieran de este tipo de conocimiento, entendiéndose por éste, aquellos que no se limitan a la formación universitaria, sino que van más allá de la educación formal que imparten estos centros educativos, es decir, aquellos que requieren altos estudios y experiencia particularísima. En el presente caso, forzoso es concluir que la prestación personal de servicio atendida por la demandante, no es especializada, por demás está que la demandada no demostró los títulos de idoneidad o especialidad exigidos a la demandante para acceder al cargo. Por lo que no queda duda, ni ambigüedad alguna, que estamos frente a una relación laboral.

b) La **subordinación**, que no sólo se limitó a la exigencia, ya por relación de jerarquía o de interventoría, de las funciones propias al cargo de auxiliar administrativa, sino que también se extendió a la fijación de horarios, instrucciones y exigencias para cumplir funciones. Por lo que, de conformidad con la declaración de las señoras Gladys Silenia Cuervo Cuellar, Beatriz Helena Alecina Álvarez y Alicia Alfonso Alvarado (CD fol. 254), vinculadas al ISS y de documentos tales como los CPS

no queda duda que esa prestación de servicios giró y estuvo transversalizada por la subordinación, traducida en continua disposición y exposición del servicio prestado por la accionante a la autoridad de los jefes de turno, quedando demostrado que no gozaba de autonomía para el desarrollo de la labor ni para el establecimiento de su propio horario, limitantes de hecho que coartan toda libertad de movilidad de la trabajadora. Y en lo que se refiere a la dependencia, no hay duda que se trató durante todo el tiempo de la vinculación como una relación laboral.

c) Una **remuneración**, cualquiera que sea la denominación que se le dé, la forma o requisitos de cobro y de pago, sólo que en el derecho laboral se le denomina salario. Lo que en realidad interesa es que constituya la contraprestación a una prestación de servicio, relación de causa a efecto, que no se desconfigura porque esté pactado globalmente o por períodos de pago o por su forma o moneda en que se pague; la cual se encuentra acreditada en el presente caso con los contratos de prestación de servicios (fol. 22 y s.s.) y la certificación expedida por el Jefe de Departamento de Recursos Humanos del ISS (fol. 19), que dan cuenta que la accionante percibió los siguientes salarios de manera mensual, los cuales no se discuten:

Año	Salario
2010	\$823.676
2011	\$849.787
2012	\$849.787
2013	\$849.787

Reunidos los elementos del artículo 2 del Decreto 2127 de 1945, no hay duda que la prestación de servicios personales de la actora se dio en el contexto de una relación laboral, que de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, sobrepasa las **formalidades** de los documentos que la demandada hizo firmar a la señora NURYS MARGOTH ARRIETA MARTÍNEZ, quien sólo por asegurar el ingreso personal y familiar, se vio sometida a suscribir textos que no se avienen con la realidad, y que por el contrario, son totalmente adversos a lo que la realidad procesal lleva al conocimiento del fallador.

Tampoco existe duda respecto a que la demandante ostentó la calidad de **trabajadora oficial**, toda vez que la naturaleza jurídica del ISS está definida como una empresa industrial y comercial del estado, tal y como se indica en el artículo 275 de la Ley 100 de 1993, por tanto, debe seguirse la regla general consagrada en el inciso segundo del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, definida igualmente en el Acuerdo 145 de 1997, expedido por el Consejo Directivo del ISS, aprobado por el Decreto 416 del mismo año, calidad que igualmente se extrae del contenido de la sentencia C-579 del 340 de octubre de 1996 y que es aceptada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia con número de radicado 21672 del 25 de marzo del 2004, M.P. Dr. Carlos Isaac Nader.

En consecuencia, acertó la falladora de primera instancia cuando declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y la calidad de trabajadora oficial durante su vigencia.

Existencia de un único contrato de trabajo

De los diferentes contratos de prestación de servicios (fol. 22 y s.s.) y de la certificación laboral expedida por el Jefe del Departamento de Recursos Humanos del ISS en Liquidación (fol. 19), se puede establecer que la accionante fue vinculada mediante contratos de prestación de servicios, sin solución de continuidad, entre el **28 de septiembre del 2010 al 31 de marzo del 2013**, por lo que se tendrán estos como extremos laborales.

Convención Colectiva de Trabajo

Es necesario señalar que la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el I.S.S. y SINTRAISS el 31 de octubre de 2001, es aplicable a la demandante, como quiera que se allegó el texto convencional acompañado de la respectiva constancia de su depósito en el Ministerio de la Protección Social (folios 65 y s.s.), no existe prueba de la denuncia de dicha Convención, y además en su artículo 3° se especificó que todos los trabajadores oficiales del I.S.S. son sus beneficiarios sin importar si pertenecen o no al sindicato.

Normatividad legal aplicable

Teniendo en cuenta que el ISS es una empresa Industrial y Comercial del Estado la normatividad aplicable es el Decreto 2127 de 1945 *"Por el cual se reglamenta la ley 6ª de 1945, en lo relativo al contrato individual de trabajo, en general"*; el Decreto 3135 de 1968 *"Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"*; el Decreto 1848 de 1969 *"Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968"* y la convención colectiva de trabajo.

Es necesario precisar, que el Decreto 1045 de 1978 *"Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional"* no es aplicable a los trabajadores oficiales del ISS, como quiera que en su artículo 2° establece que para los efectos del decreto 1045 de 1978, se entiende por entidades de la administración pública del orden nacional la Presidencia de la República, los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias, los establecimientos públicos y las unidades administrativas especiales; entre los cuales no se incluyó a las empresas Industriales y Comerciales del Estado y así lo dejó sentado nuestra Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL981-19.

Excepción de prescripción

Las acciones laborales prescriben en **3 años** como se encuentra previsto en el art. 41 del Decreto 3135 de 1968, art. 102 del Decreto 1848 de 1969 y art. 151 del CPT y de la SS, **término que podrá interrumpirse por una sola vez con el simple reclamo del trabajador.**

En relación con las **cesantías**, éstas son exigibles a la finalización del vínculo laboral cuando el trabajador queda cesante, criterio éste unificado en la jurisdicción laboral,

entre otras, en la sentencia SL 981-2019 en la que se indicó que *"la norma convencional lo que regula es la forma de liquidar el auxilio de la cesantía, pero lo referente a su pago continúa sometido a la ley, es decir a partir del momento de su exigibilidad, que lo es a la terminación del vínculo laboral, y por ende es a partir de esa fecha cuando debe comenzar a contabilizarse la prescripción."*

Respecto de la compensación de las vacaciones, conforme lo explicó nuestra CSJ en la sentencia antes citada, con arreglo al artículo 45 del Decreto 1848 de 1969 *«causado el correspondiente derecho a las vacaciones, deben concederse por quien corresponda, oficiosamente o a petición del interesado, **dentro del año siguiente** a la fecha en que se cause el derecho»*, premisa que indica que luego de causadas, el empleador oficial tiene un año para concederlas (negrillas fuera de texto).

Así mismo, conforme al art. 46 del D. 1848 de 1969 luego de transcurrido el año de gracia con que cuenta la entidad para conceder las vacaciones, el empleado tiene un plazo de **30 días para solicitarlas**, a partir del cual *«comenzará a correr el término de prescripción de las mismas el cual es de 3 años»*

Por tanto, el término trienal de prescripción de las vacaciones de los trabajadores oficiales de las empresas industriales y comerciales del Estado se cuenta luego de transcurrido 1 año y 1 mes (1 año de periodo de gracia del empleador y 1 mes de periodo de gracia en favor del trabajador) y no desde la terminación del contrato como lo pretende la parte actora.

Teniendo en cuenta que el contrato de trabajo estuvo vigente entre el 28 de septiembre del 2010 y el 31 de marzo del 2013, que la demandante reclamó ante la demandada el **23 de abril del 2013** (fol.17) y que radicó la demanda 12 de agosto del 2014 (fol. 1), **se debe declarar NO probada la excepción de prescripción en relación con las acreencias laborales reclamadas, como quiera que, desde el inicio de la relación laboral -28 de septiembre del 2010- y la reclamación – 23 de abril del 2013- no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en la normatividad legal.**

Finalmente, se debe aclarar que los aportes a pensión con destino a las entidades de seguridad social son imprescriptibles; pero la solicitud de devolución a la demandante de lo pagado por aportes a seguridad social en el porcentaje que le correspondía asumir como empleador, si se ve afectada por el fenómeno prescriptivo conforme se advirtió por parte de la CSJ en sentencia de instancia en la sentencia SL 2053-2020, sin embargo en el presente caso no alcanzó a transcurrir el término trienal por lo que se declara no probada la excepción de prescripción.

Acreencias laborales

Se pasan a revisar las acreencias laborales condenadas por el juez primigenio, para lo cual se tendrá como salario las sumas contenidas en los contratos de prestación de servicios (fol. 22 y s.s.), frente a los cuales no existe discusión.

Año	Salario
2010	\$823.676
2011	\$849.787
2012	\$849.787
2013	\$849.787

Auxilio de cesantías

El fallador de primera instancia condenó al PAR ISS a pagar a la demandante las cesantías legales, lo cual no fue objeto de reproche por parte del apoderado de la demandante, quien no solicitó que se el reconocimiento de las estipuladas en la convención colectiva de trabajo, por tanto, lo que se revisa es si acertó el a quo en la forma en que liquidó las cesantías legales, toda vez que este punto se conoce en consulta en favor del PAR ISS.

El artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 advierte que las cesantías se liquidan anualmente, pero son exigibles a la finalización del vínculo laboral cuando el trabajador queda cesante, criterio éste unificado en la jurisdicción laboral.

Igualmente, señala la norma que corresponden a un mes de sueldo, de manera que al realizar las respectivas operaciones aritméticas tomando únicamente el salario del actor como lo indica la norma en mención, se obtiene la suma de **\$2'124.803** por las cesantías causadas durante la vigencia del contrato, suma ligeramente inferior a la reconocida por el fallador de primera instancia, por lo que se modifica este punto, como quiera que se está conociendo en consulta en favor del PAR ISS.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días laborados	Valor cesantías
2010	\$ 823.676,00	\$ 0,00	\$ 823.676,00	93	\$ 212.782,97
2011	\$ 849.787,00	\$ 0,00	\$ 849.787,00	360	\$ 849.787,00
2012	\$ 849.787,00	\$ 0,00	\$ 849.787,00	360	\$ 849.787,00
2013	\$ 849.787,00	\$ 0,00	\$ 849.787,00	90	\$ 212.446,75
Total Auxilio de cesantías					\$ 2.124.803,72

Intereses a las cesantías

Teniendo en cuenta que en el acápite de fundamentos de derecho se evidencia que el actor solicitó el pago de intereses a las cesantías convencional se pasará a estudiar de la siguiente manera:

El mismo artículo 62 establece que *"A 31 de diciembre del año 2002, y por los años subsiguientes, las cesantías se liquidarán anualmente y por las mismas se reconocerán intereses a la tasa del doce por ciento (12%) anual por el respectivo año objeto de liquidación, los cuales serán cancelados durante el mes de enero del año siguiente"*

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandante tiene derecho al pago de **\$212.782,97** que corresponde a los intereses a las cesantías exigibles durante la relación laboral.

Teniendo en cuenta que la suma aquí liquidada es inferior a la reconocida por la falladora de primera instancia, se modifica este punto.

Intereses a las cesantías			
Intereses a las cesantías causados	Valor cesantías	Nº días	Valor intereses a las cesantías
31/01/2011	\$ 212.782,97	93	\$ 6.596,27
31/01/2012	\$ 849.787,00	360	\$ 101.974,44
31/01/2013	\$ 849.787,00	360	\$ 101.974,44
Terminación del contrato (31-03-2013)	\$ 212.446,75	90	\$ 6.373,40
Total Intereses a las cesantías			\$ 216.918,55

Vacaciones

El fallador de primera instancia condenó al pago de las vacaciones contempladas dentro de la convención colectiva de trabajo.

El art. 48 de la Convención Colectiva de Trabajo, establece que:

*"El Instituto reconocerá y pagará a sus Trabajadores oficiales un descanso remunerado por cada año completo de labores teniendo en cuenta el tiempo de servicio así:
Quienes tengan hasta cinco (5) años de servicio se les reconocerá quince (15) días hábiles.
A quienes tengan más de cinco (5) y no más de diez (10) años de servicios, dieciocho (18) días hábiles.
A quienes tengan más de diez (10) años de servicios, veinte (20) días hábiles."*

Señala además que para determinar los días de vacaciones que corresponden a cada trabajador, se tendrá en cuenta su tiempo de servicio en el momento en que se cause el derecho; por tanto, la demandante tiene derecho a que se le paguen 15 días de vacaciones pues laboró menos de 5 años para la demandada.

El art. 10 del Decreto 3135 de 1968 dispone que cuando el trabajador oficial quede retirado del servicio sin haber hecho uso de vacaciones causadas, tiene derecho al pago de ellas en dinero y se tendrá como base de la compensación el último sueldo devengado.

Al efectuar las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se le adeuda a la actora por este concepto la suma de **\$1'065.632,90** por el período comprendido entre el 28 de septiembre del 2010 al 31 de marzo del 2013, suma ligeramente inferior a la reconocida por el fallador de primera instancia por lo que se modifica este punto.

Vacaciones -inició el contrato el 28 de septiembre del 2010-					
Tiempo de causación	Vacaciones exigibilidad	Salario	Días laborados	Días de vacaciones	Valor vacaciones
28/09/10 a 27/09/11	31-03-2013 (terminación contrato)	\$ 849.787,00	360	15	\$ 424.893,50
28/09/11 a 27/09/12		\$ 849.787,00	360	15	\$ 424.893,50
28/09/12 a 31/03/13		\$ 849.787,00	183	7,62	\$ 215.845,90
Total Vacaciones					\$ 1.065.632,90

Prima de vacaciones extralegal

El art. 49 de la Convención Colectiva de Trabajo, establece que:

"Los Trabajadores oficiales tendrán derecho a una prima especial de vacaciones por cada año de labores, de acuerdo con el tiempo de servicios al Instituto así:

- a. A quienes tengan cinco (5) años de servicio, veinte (20) días de salario básico.*
- b. A quienes tengan más de cinco (5) años y no más de diez (10) años de servicio el equivalente a veinticinco (25) días de salario básico.*
- c. A quienes tengan más de diez (10) años y no más de quince (15) años de servicio, el equivalente a treinta (30) días de salario básico.*
- d. A quienes tengan más de quince (15) y no más de veinte (20) años de servicio, el equivalente a treinta y cinco (35) días de salario básico*
- e. A quienes tengan más de veinte (20) años de servicio, el equivalente a cuarenta (40) días de salario básico.*

PARAGRAFO. La prima de vacaciones se liquidará y pagará con anticipación al día de salir a disfrutar el Trabajador Oficial en tiempo el período vacaciones."

Teniendo en cuenta que la demandante laboró del 28 de septiembre del 2010 al 31 de marzo del 2013, es decir, por 2 años, 6 meses y 4 días, le asiste razón al apoderado del PAR ISS al señalar que la demandante no tiene derecho a que se le pague la prima de vacaciones extralegal que fue la que ordenó la falladora de primera instancia, pues no contaba como mínimo con 5 años de servicios; razón por la cual se revoca la condena impuesta por este concepto.

Prima de servicios extralegal

El artículo 50 de la convención colectiva de trabajo, establece que:

"En adición a la prima legal, los trabajadores oficiales tendrán derecho a dos (2) primas de servicio al año, equivalente cada una de ellas a quince (15) días de salario, pagaderas así: Quince (15) días de salario, en los primeros quince (15) días del mes de junio y quince (15) días de salario en los primeros quince (15) días del mes de diciembre.

PARAGRAFO 1o. Para la liquidación de la prima de servicios tanto legal como extralegal aquí establecida, se tendrán en cuenta los siguientes factores:

El salario básico mensual que devengue el trabajador en el cargo que desempeñe en 30 de mayo y 30 de noviembre.

El promedio de lo percibido en los seis (6) meses inmediatamente anteriores a junio y diciembre por concepto de trabajo en dominicales y festivos, trabajo suplementario o en horas extras, reemplazos siempre y cuando haya percibido el salario asignado al titular del cargo que reemplaza, auxilio de transporte y prima de vacaciones.

PARAGRAFO 2o Tendrán derecho a la prima de servicios los Trabajadores oficiales que hayan laborado durante todo el semestre o a una suma proporcional al tiempo trabajado, siempre y cuando sea éste, por lo menos, la mitad del semestre y no hubieren sido despedidos por justa causa.

PARAGRAFO 3o Los primeros treinta (30) días de licencia voluntaria no interrumpirán el tiempo laborado para el reconocimiento de las primas de servicio."

Conforme lo ha explicado nuestra CSJ en la sentencia SL 981-2019 *"Según el artículo 50 de la convención colectiva visible a folio 340 hay derecho a 2 primas al año, cada una de 15 días de servicios, las cuales se causan: (i) desde el 1.º de diciembre hasta el 30 de mayo y (ii) desde el 1º de junio al 30 de noviembre, de manera que son exigibles el 15 de junio y 15 de diciembre de cada año."*

Para su liquidación se tendrá en cuenta el salario básico mensual que devengue el 30 de mayo y el 30 de noviembre, junto con el promedio de lo percibido en los seis (6) meses inmediatamente anteriores a junio y diciembre por concepto de trabajo en dominicales y festivos, trabajo suplementario o en horas extras, reemplazos siempre y cuando haya percibido el salario asignado al titular del cargo que reemplaza, auxilio de transporte y prima de vacaciones.

Al realizar las operaciones aritméticas arroja la suma de **\$2'122.332,69** por el período comprendido entre el 28 de septiembre del 2010 al 31 de marzo del 2013, suma ligeramente inferior a la reconocida por el fallador de primera instancia por lo que se modifica este punto.

Prima de servicios extralegal						
Prima causada	Salario	Auxilio de transporte	Prima de vacaciones	Tota (salario + aux transporte + prima de vacaciones)	Días prima de servicio	Valor prima
dic-10	\$ 823.676,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 823.676,00	7,66	\$ 210.311,94
jun-11	\$ 849.787,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 849.787,00	15	\$ 424.893,50
dic-11	\$ 849.787,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 849.787,00	15	\$ 424.893,50
jun-12	\$ 849.787,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 849.787,00	15	\$ 424.893,50
dic-12	\$ 849.787,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 849.787,00	15	\$ 424.893,50
mar-13	\$ 849.787,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 849.787,00	7,50	\$ 212.446,75
Total Prima de servicio						\$ 2.122.332,69

Prima de servicios legal

Al revisar la normatividad aplicable al presente caso, como son los Decretos 2127 de 1945, 3135 de 1968 y 1848 de 1969 se evidencia que no se contempló la prima de servicios entre las prestaciones sociales a las que tiene derecho los trabajadores oficiales de las empresas industriales y comerciales del estado.

Adicionalmente, la CSJ en la sentencia bajo el radicado N° 41522 del 14 de agosto del 2012 señaló que la prima de servicios establecida en el Decreto 1042 de 1978 no está consagrada para los trabajadores oficiales que presten sus servicios a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, como es el caso del Instituto de Seguros Sociales, manifestando que estos trabajadores no tienen estipulada entre sus prestaciones la prima de servicios legal.

Por tanto, se revoca la condena impuesta por este concepto.

Prima legal de Navidad

El art. 11 del Decreto 3135 de 1968 establece que todos los empleados públicos y los **trabajadores oficiales** tendrán derecho a una prima de navidad equivalente a un (1) mes del sueldo que corresponda al cargo en treinta (30) de noviembre de cada año, prima que se pagará en la primera quincena del mes de

diciembre. Señalando en su parágrafo que cuando el empleado o trabajador oficial no hubiere servido durante el año civil completo, tendrá derecho a la mencionada prima de navidad, en proporción al tiempo servido durante el año, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará con base en el último sueldo devengado.

Por su parte, el Decreto 1868 de 1969 "Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968", estipula en su artículo 51 lo siguiente:

"1. Todos los empleados públicos y los trabajadores oficiales tienen derecho a una prima de navidad equivalente a un (1) mes del salario que corresponda al cargo desempeñado en treinta (30) de noviembre de cada año, prima que se pagará en la primera quincena del mes de diciembre.

2. Cuando el empleado público o trabajador oficial no hubiere servido durante el año civil completo, tendrá derecho a la mencionada prima de navidad en proporción al tiempo servido a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará y pagará con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual, si fuere variable.

PARÁGRAFO 1º.- Quedan excluidos del derecho a la prima de navidad a que se refiere este artículo, los empleados públicos y trabajadores oficiales que prestan sus servicios en establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, que por virtud de pactos, convenciones colectivas de trabajo, fallos arbitrales y reglamentos internos de trabajo, tengan derecho a primas anuales de cuantía igual o superior, cualesquiera sea su denominación, conforme a lo dispuesto al efecto en el artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, subrogado por el artículo 1 del Decreto 3148 del mismo año citado.

*Si el valor de la **prima mencionada fuere inferior** al de la prima de navidad, la respectiva entidad o empresa empleadora pagará al empleado oficial, en la primera quincena de diciembre, la diferencia que resulte entre la cuantía anual de aquella prima y esta." (negrilla y subrayado fuera de texto)*

Frente a la prima de navidad, nuestra CSJ en la sentencia SL2635-2020 en la que reitera lo dicho en la sentencia bajo el radicado 35954 del 2012, señaló que:

"...De donde claramente resulta que para que se produzca la incompatibilidad entre la prima de navidad prevista por el artículo 51 del Decreto 1848 de 1969 y otros derechos prestacionales laborales se exige: 1º) que el servidor público perciba otra clase de primas de naturaleza extralegal, esto es, originadas en convención, pactos, laudo arbitral o reglamento interno de trabajo, 2º) que esas prestaciones de referencia tengan carácter anual; 3º) que su cuantía sea igual o superior al de la prima de navidad, pues si fuere inferior su valor será equivalente al de la diferencia entre una y otra; y 4º) que no se hubiere mejorado dicha regla por la convención, el pacto, el laudo o el reglamento interno de trabajo, por cuanto en tal caso, por mejorarse el mínimo legal, prevalecerá la disposición extralegal."

Una vez calculada la prima de navidad arroja la suma de \$2'122.861,25, suma ligeramente superior a la que le corresponde a la demandante por concepto de prima de servicios extralegal (\$2'122.332,69), por tanto, lo que procede es pagar la diferencia entre la prima de servicios extralegal y la prima de navidad, que arroja la suma de \$528.56.

Es necesario precisar que el presente punto se está conociendo en consulta en favor del PAR ISS, por tanto, como el fallador de primera instancia condenó a pagar por concepto de prima de navidad la suma de \$1'620.025, se modificará la orden impartida.

Prima de navidad				
Período	Prima causada	Salario	Días laborados	Valor prima
28/09/2010 a 30-11-2010	15/12/2010	\$ 823.676	62	\$ 140.025
1-12-2010 a 30-11-2011	15/12/2011	\$ 849.787	360	\$ 849.787
1-12-2011 a 30-11-2012	15/12/2012	\$ 849.787	360	\$ 849.787
1-12-2012 a 31-03-2013	31-03-2013 (terminación contrato)	\$ 849.787,00	120	\$ 283.262
Total Prima de navidad				\$ 2.122.861,25

Auxilio de alimentación

El art. 54 de la C. Colectiva de Trabajo señala que:

*"El Instituto reconocerá y pagara en todo el país a los trabajadores oficiales que desempeñen cargos de ayudantes, **auxiliares**, secretarias, conductores, porteros y técnicos hasta grado 20, beneficiarios de esta convención, para la vigencia del 1° de enero del año 2002 al 31 de diciembre del año 2002, un auxilio de alimentación equivalente al valor que paga a 31 de diciembre de 2001, incrementado para cada uno de los años de vigencia de la convención en el IPC nacional causado en el año inmediatamente anterior."*

Conforme lo anterior, la demandante tiene derecho a que se le reconozca el auxilio de alimentación, pues durante su relación laboral ostentó el cargo de **auxiliar administrativa** conforme se evidencia en los diferentes contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes.

Ahora, a folio 61 aparece respuesta a un derecho de petición presentado por el accionante en el que el Jefe del Departamento de Recursos Humanos del Seguro Social en liquidación certifica los valores pagados a los trabajadores por auxilio de alimentación.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas, encuentra la Sala que el demandado adeuda la suma de \$1'375.064,6 por concepto de auxilio de alimentación entre el 28 de septiembre del 2010 al 31 de marzo del 2013; suma superior a la reconocida por el fallador de primera instancia, sin embargo, como esto no fue apelado no se hará ninguna modificación, pues este punto se conoce en consulta en favor del PAR ISS a quien no se le puede hacer más gravosa su situación.

Auxilio de alimentación			
Año	Valor auxilio de alimentación	Meses en que se reconocerá	Valor Auxilio anual
2010	\$ 45.744,00	3,06	\$ 139.976,64
2011	\$ 45.744,00	12	\$ 548.928,00
2012	\$ 45.744,00	12	\$ 548.928,00
2013	\$ 45.744,00	3,00	\$ 137.232,00
Total Auxilio de alimentación			\$ 1.375.064,64

Indemnización por despido sin justa causa

El contrato de trabajo que unió a las partes de conformidad con el art. 5° de la Convención Colectiva de Trabajo se entiende que es a término indefinido, pues las labores para las que fue contratada la demandante no encajan dentro de las que permiten la excepcional celebración de contratos escritos a término fijo como son reemplazos, cubrir vacancias temporales, por licencias de maternidad, incapacidades, vacaciones, licencias voluntarias sin remuneración, suspensión por orden judicial o administrativa, permisos sindicales, compensatorios, comisiones de estudio, por duración de la obra o labor y para cubrir vacancias definitivas mientras se realiza el proceso de selección, según lo dispuesto en ese precepto convencional.

Ahora, al encontrarnos frente a la declaratoria de un contrato de trabajo por virtud de la primacía de la realidad, es claro para la Sala que al ISS no haberle suscrito un nuevo contrato a la demandante, se entiende que la despidió; por lo que no es recibo el argumento del apoderado del PAR ISS, quien solicita se le exonere de esta condena al no encontrarse probado el despido.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la finalización del vínculo se dio por el vencimiento del plazo previsto para el contrato celebrado entre las partes, lo cual no constituye una justa causa de despido en los términos del artículo 7 del Decreto 2127 de 1945, procede la condena a la indemnización por despido injusto de que trata el artículo 5 de la Convención Colectiva de Trabajo, tal y como lo solicita el apoderado de la demandante.

En consecuencia, se condenará a su pago en cuantía equivalente a **\$2'698.073** dado que el mencionado artículo señala que, cuando la desvinculación no obedece a justas causas, el trabajador tendrá derecho al pago de 50 días de salario por el primer año de servicio y 30 días por año subsiguiente y proporcional por fracción, si tuviere más de un año de vinculación y menos de cinco, como ocurre en el presente asunto.

Como quiera que una vez realizadas las operaciones aritméticas arroja una suma superior a la que fue condenado el PAR ISS en primera instancia y que precisamente la forma de cuantificar la indemnización por despido sin justa causa, fue apelada por el apoderado de la demandante, se modificara la condena impartida por este concepto.

Reembolso de valores pagados por aportes a seguridad social.

La demandante solicitó entre las pretensiones de la demanda lo siguiente:

“DECIMA: Condenara a la entidad demandada a pagar a la demandante el valor de los aportes que correspondía efectuar al **ISS** para la seguridad social y que el demandante pago de su patrimonio”

La falladora de primera instancia ordenó pagar al Sistema de Seguridad Social el porcentaje que le correspondía de los aportes como empleador con el salario aquí

establecido, previo calculo actuarial efectuado por la entidad de seguridad social a la que se encuentre afiliada la demandante.

La inconformidad de la activa radica en que lo solicitado es la devolución del porcentaje de los aportes que debía asumir en relación a las sumas que ella pago de su patrimonio, sin embargo, lo procedente en este tipo de casos es que el empleador pague a las administradoras de seguridad social en salud y pensión, la diferencia en la cotización entre el IBC reportado por el accionante y el que realmente le correspondía en virtud de la declaratoria del contrato de trabajo, a efecto de no realizar doble cotización por el mismo periodo en la misma vinculación contractual ni el reembolso total al actor de los dineros cancelados, pues existe un porcentaje que debe asumir el accionante ante el sistema en calidad de trabajador.

En ese orden de ideas, conviene recordar que el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, permitió a los contratistas efectuar el pago de sus cotizaciones al sistema de seguridad social integral sobre el 40% de la totalidad de ingresos percibidos en el ejercicio de sus funciones, empero, tratándose de trabajadores en desarrollo del vínculo contractual su aporte debe atender el 100% del salario devengado, sobre el cual debe aplicarse un 12.5% como aporte al sistema de salud, del cual corresponde el 4% al trabajador y el 8.5% al empleador, conforme a lo preceptuado en el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que modificó el art. 204 de la Ley 100 de 1993; y un total de 16% como aporte en el sistema pensional, correspondiéndole un 4% al trabajador y del 12% al empleador, en consonancia con lo establecido en el Decreto 4982 de 2007.

Efectuadas las operaciones matemáticas de rigor tenemos que la accionante en calidad de trabajadora debe asumir un total de \$1'046.425, frente al sistema de salud, y como quiera que la actora pagó por este concepto la suma de \$2'124.200, la pasiva le debe reembolsar **\$1'077.775.**

Frente al sistema pensional, el accionante en calidad de trabajadora debe asumir un total de \$1'046.425, y como quiera que la actora pagó por este concepto la suma de \$3'022.500, la pasiva le debe reembolsar **\$1'976.075.**

CICLO	SALARIO SOBRE EL QUE COTIZO EL ACTOR	COTIZACIÓN PAGADA SALUD POR EL ACTOR fol. 50	COTIZACIÓN PAGADA PENSIÓN POR EL ACTOR fol. 52	SALARIO SOBRE EL QUE REALMENTE DEBÍA HABER COTIZADO	% EN SALUD QUE DEBÍA HABER ASUMIDO COMO TRABAJADOR	% EN PENSIÓN QUE DEBÍA HABER ASUMIDO COMO TRABAJADOR	DIFERENCIAS SALUD ENTRE LO PAGADO Y EL % QUE DEBÍA PAGAR	DIERENCIAS PENSION ENTRE LO PAGADO Y EL % QUE DEBÍA PAGAR
sep-10	\$ 515.000	\$ 64.400	\$ 83.200	\$ 823.676	\$ 32.947	\$ 32.947	\$ 31.453	\$ 50.253
oct-10	\$ 515.000	\$ 64.400	\$ 82.400	\$ 823.676	\$ 32.947	\$ 32.947	\$ 31.453	\$ 49.453
nov-10	\$ 515.000	\$ 64.400	\$ 82.400	\$ 823.676	\$ 32.947	\$ 32.947	\$ 31.453	\$ 49.453
dic-10	\$ 515.000	\$ 64.400	\$ 82.400	\$ 823.676	\$ 32.947	\$ 32.947	\$ 31.453	\$ 49.453
ene-11	\$ 515.000	\$ 64.400	\$ 82.400	\$ 823.676	\$ 32.947	\$ 32.947	\$ 31.453	\$ 49.453
feb-11	\$ 536.000	\$ 67.000	\$ 85.803	\$ 823.676	\$ 32.947	\$ 32.947	\$ 34.053	\$ 52.856
mar-11	\$ 536.000	\$ 67.000	\$ 85.802	\$ 823.676	\$ 32.947	\$ 32.947	\$ 34.053	\$ 52.855
abr-11	\$ 536.000	\$ 67.000	\$ 85.789	\$ 849.787	\$ 33.991	\$ 33.991	\$ 33.009	\$ 51.798
may-11	\$ 536.000	\$ 67.000	\$ 85.823	\$ 849.787	\$ 33.991	\$ 33.991	\$ 33.009	\$ 51.832
jun-11	\$ 536.000	\$ 67.000	\$ 85.800	\$ 849.787	\$ 33.991	\$ 33.991	\$ 33.009	\$ 51.809
jul-11	\$ 536.000	\$ 67.000	\$ 85.800	\$ 849.787	\$ 33.991	\$ 33.991	\$ 33.009	\$ 51.809

ago-11	\$ 536.000	\$ 67.000	\$ 85.793	\$ 849.787	\$ 33.991	\$ 33.991	\$ 33.009	\$ 51.802
sep-11	\$ 536.000	\$ 67.000	\$ 85.800	\$ 849.787	\$ 33.991	\$ 33.991	\$ 33.009	\$ 51.809
oct-11	\$ 536.000	\$ 67.000	\$ 85.800	\$ 849.787	\$ 33.991	\$ 33.991	\$ 33.009	\$ 51.809
nov-11	\$ 536.000	\$ 67.000	\$ 85.760	\$ 849.787	\$ 33.991	\$ 33.991	\$ 33.009	\$ 51.769
dic-11	\$ 536.000	\$ 67.000	\$ 85.800	\$ 849.787	\$ 33.991	\$ 33.991	\$ 33.009	\$ 51.809
ene-12	\$ 536.000	\$ 67.000	\$ 85.754	\$ 849.787	\$ 33.991	\$ 33.991	\$ 33.009	\$ 51.763
feb-12	\$ 567.000	\$ 70.900	\$ 90.709	\$ 849.787	\$ 33.991	\$ 33.991	\$ 36.909	\$ 56.718
mar-12	\$ 567.000	\$ 70.900	\$ 90.679	\$ 849.787	\$ 33.991	\$ 33.991	\$ 36.909	\$ 56.688
abr-12	\$ 567.000	\$ 70.900	\$ 90.566	\$ 849.787	\$ 33.991	\$ 33.991	\$ 36.909	\$ 56.575
may-12	\$ 567.000	\$ 70.900	\$ 90.699	\$ 849.787	\$ 33.991	\$ 33.991	\$ 36.909	\$ 56.708
jun-12	\$ 567.000	\$ 70.900	\$ 90.700	\$ 849.787	\$ 33.991	\$ 33.991	\$ 36.909	\$ 56.709
jul-12	\$ 567.000	\$ 70.900	\$ 90.729	\$ 849.787	\$ 33.991	\$ 33.991	\$ 36.909	\$ 56.738
ago-12	\$ 567.000	\$ 70.900	\$ 90.697	\$ 849.787	\$ 33.991	\$ 33.991	\$ 36.909	\$ 56.706
sep-12	\$ 567.000	\$ 70.900	\$ 90.732	\$ 849.787	\$ 33.991	\$ 33.991	\$ 36.909	\$ 56.741
oct-12	\$ 567.000	\$ 70.900	\$ 90.664	\$ 849.787	\$ 33.991	\$ 33.991	\$ 36.909	\$ 56.673
nov-12	\$ 567.000	\$ 70.900	\$ 90.700	\$ 849.787	\$ 33.991	\$ 33.991	\$ 36.909	\$ 56.709
dic-12	\$ 567.000	\$ 70.900	\$ 90.700	\$ 849.787	\$ 33.991	\$ 33.991	\$ 36.909	\$ 56.709
ene-13	\$ 567.000	\$ 70.900	\$ 90.700	\$ 849.787	\$ 33.991	\$ 33.991	\$ 36.909	\$ 56.709
feb-13	\$ 589.500	\$ 73.700	\$ 94.520	\$ 849.787	\$ 33.991	\$ 33.991	\$ 39.709	\$ 60.529
mar-13	\$ 589.500	\$ 73.700	\$ 397.381	\$ 849.787	\$ 33.991	\$ 33.991	\$ 39.709	\$ 363.390
TOTAL		\$ 2.124.200	\$ 3.022.500		\$ 1.046.425	\$ 1.046.425	\$ 1.077.775	\$ 1.976.075

Por tanto, se modifica la condena impuesta por este concepto ordenando a la demandada pagar a la demandante por reembolso de las cotizaciones que en exceso efectúo al **sistema de salud**, la suma de **\$1'077.775** y por las cotizaciones que en exceso efectúo en el **sistema pensional**, la suma de **\$1'976.075**.

En este punto es necesario resaltar que, si bien la accionante pretende el reconocimiento, liquidación y pago de los aportes, su solicitud no está dirigida a que la pasiva efectúe las cotizaciones con destino al sistema de seguridad social sino únicamente a que se le reconozcan y paguen los ya efectuados al sistema, motivo por el que solo procede la condena en los anteriores términos.

Indemnización moratoria

En el presente proceso nos encontramos frente a un trabajador oficial, por lo que se debe dar aplicación al artículo 1º del Decreto 797 de 1949 que modificó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 y teniendo en cuenta que en un caso similar contra el mismo Instituto demandado la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con Radicado N° 39529 del 7 de febrero del 2012, indicó que cuando, pese a los reiterados pronunciamientos de las autoridades judiciales, el ISS persiste en continuar utilizando como forma de contratación los contratos de prestación de servicios para situaciones en las cuales se encuentra plenamente demostrado la existencia de un contrato de trabajo, se debe deducir la mala fe del Instituto demandado, es claro que el comportamiento de la parte demandada no puede ser tenido como buena fe, y por ende eximirla de la indemnización moratoria pretendida.

Y tampoco puede ser exonerada como lo dijo la falladora de primera instancia porque al momento en que la demandante se desvinculó, ya había comenzado el proceso liquidatorio, pues la CSJ ha sido clara al señalar, entre otras en la sentencia SL 980 del 2020, que la sanción moratoria en los eventos de liquidación de una entidad oficial opera hasta que esta deja de existir, es decir, hasta la fecha de suscripción del acta final de liquidación.

En consecuencia, el demandante tiene derecho al pago de la indemnización moratoria por el no pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones a razón de 1 día de salario por cada día de retardo pero después del vencimiento del plazo gracia de 90 días calendario con que cuentan las entidades públicas para efectuar el respectivo pago, es decir, \$28.326 diarios (salario \$849.787), a partir del 29 de junio del 2013. (CSJ SL1012 y SL8936 de 28/01/2015 y 08/07/2015 rad. 44651 y 42452).

En cuanto a la fecha hasta la cual debe impartirse la condena, es necesario precisar que teniendo en cuenta que la persona jurídica del ISS ya se encuentra liquidada; aspecto que cambia necesariamente el escenario sobre el cual se edificó la indemnización moratoria, cual es que al presentarse este nuevo hecho (extinción de la persona jurídica) tal como da cuenta el Decreto 553 de 2015, no es dable pregonar una mala fe de una persona jurídica inexistente, por lo que deberá limitarse la sanción moratoria hasta la fecha en que se liquidó definitivamente dicha entidad, es decir hasta el **31 de marzo de 2015**, por lo que se confirma los extremos en los cuales se imparte esta condena. Al hacer las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda por indemnización moratoria la suma de **\$17'930.358**.

Indexación de las sumas adeudadas

Teniendo en cuenta que se ordenó el pago de la indemnización moratoria por el no pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones (art. 1 Decreto 797 de 1949), la cual cubre aspectos relacionados con la compensación o devaluación (SL17025-2016 y C 601-00), la condena por indexación impartida por el a quo se mantendrá únicamente sobre las sumas que se ordenó reembolsar a la accionante por concepto de cotizaciones o aportes sufragados con destino al sistema de seguridad social integral.

Para realizar actualización monetaria se debe aplicar la siguiente formula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la diferencia resultante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE –Vigente a la fecha en que se pague real y totalmente la obligación -, por el índice inicial – vigente a la fecha en que pagó cada aporte con destino al sistema de seguridad social integral cuyo valor se ordenó reembolsar a la accionante.

Condena contra FIDUAGRARIA

Es necesario señalar que resulta procedente la condena a cargo Fiduararia S.A. en razón a que es la entidad con quien el ISS en liquidación suscribió la fiducia mercantil N° 015 de marzo de 2015, que maneja el patrimonio autónomo de remanentes, entidad que actúa única y exclusivamente como administrador y vocero del PAR, conforme lo dispuesto en el artículo 35 del decreto ley 254 de 2000, modificado por la Ley 1105 de 2006.

Condena contra la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social

En cuanto a la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social es necesario precisar que conforme al Decreto 541 del 2016 modificado por el Decreto 1051 del 2016 "*Será competencia del Ministerio de Salud y protección Social asumir el pago de las sentencias judiciales derivadas de las obligaciones contractuales y extracontractuales a cargo del Instituto de Seguros Sociales Liquidado*", por tanto, es claro que acertó el A quo cuando declaró que el Ministerio de Salud y Protección Social debe responder por las condenas impuestas a FIDUAGRARIA S.A. como vocera y administradora del PAR ISS, pero claro está que dicha responsabilidad únicamente surge en el evento en que se agoten los recursos del patrimonio. Adicionalmente, se le debe indicar a dicho Ministerio que su responsabilidad frente a las condenas aquí impuestas no nacen por haber un vínculo con el demandante, ni por ser subrogatoria, ni cesionaria del ISS, sino en virtud al Decreto precitado. En consecuencia, se confirma la condena que le fue impuesta.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia proferida el 9 de diciembre del 2019, por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar revocar la condena impuesta por concepto de prima de servicios legal y prima de vacaciones convencional por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada en cuanto a lo siguiente:

- | | |
|---|-----------------------|
| • Prima de servicios convencional | \$2'122.332,69 |
| • Intereses a las cesantías | \$216.918,55 |
| • Prima de navidad | \$528,56 |
| • Indemnización por despido sin justa causa | \$2'698.073,00 |

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada para condenar a FIDUAGRARIA en su calidad de administradora y vocera del PAR ISS a pagar a la demandante la suma de **\$17'930.358** por concepto de indemnización moratoria.

CUARTO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia apelada y consultada en el sentido de CONDENAR a FIDUAGRARIA en su calidad de administradora y vocera del PAR ISS a reembolsar a la demandante la suma de **\$1'077.775** por las cotizaciones que hizo en exceso al **sistema de salud** y la suma de **\$1'976.075** por las cotizaciones que en exceso efectuó en el **sistema pensional**.

QUINTO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada en el sentido de condenar a pagar la devolución del porcentaje que debía asumir el ISS como empleador de los aportes a seguridad social pagados por la demandante, de manera indexada, conforme se indicó en la parte motiva de este proveído.

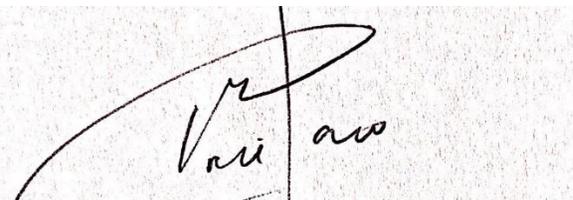
SEXTO: CONFIRMAR en todo lo demás.

SÉPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: SANDRA MILENA ARAGON MALAMBO
DEMANDADO: PAR ISS LIQUIDADO
RADICACIÓN: 10-2017-00777-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO ISS

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Sandra Milena Aragón Malambo instauró demanda ordinaria contra PAR ISS LIQUIDADO con el fin de que se DECLARE que estuvo vinculado laboralmente al ISS entre el 1° de agosto del 2011 y el 30 de noviembre del 2012. Como consecuencia se condene al pago de las acreencias laborales convencionales tales como diferencias salariales, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios, prima extralegal, auxilio de transporte, aportes a salud y a pensión, indemnización moratoria, pólizas de cumplimiento, retención en la fuente, sanción moratoria del art. 3° del art. 99 de la Ley 50 de 1990, sanción por despido injusto, lo que resulte probado extra y ultra petita, la indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso. (fol. 163 y s.s.).

Como pretensiones subsidiarias solicitó se condene a la demandada a pagar las acreencias laborales legales como cesantías, intereses a las cesantías, prima de navidad, vacaciones y la prima de vacaciones.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que fue vinculada al ISS el 1° de agosto del 2011, para desempeñar el cargo de liquidadora / imputadora de pagos; que fue vinculada mediante contratos de prestación de servicios; que se desempeñó de manera ininterrumpida hasta el 30 de noviembre del 2012; que las funciones que ella desempeñaba eran las mismas de algunos funcionarios de planta; que los honorarios mensuales convenidos fueron de \$1'293.696; que debía adquirir pólizas de cumplimiento; que desarrolló sus actividades de forma personal y directa en las instalaciones y con los equipos del ISS; que debía cumplir horario al igual que los empleados de planta; que estuvo siempre bajo subordinación; que como

contraprestación de sus servicios recibía un salario; que en virtud de la primacía de la realidad lo que existió fue un contrato laboral; que es beneficiaria de la convención colectiva de trabajo; que le adeudan las prestaciones laborales que reclama en esta demanda.

2. Contestación de FIDUAGRARIA. Fiduagraria contestó como administradora del PAR ISS señalando que ella no es sucesora procesal del ISS y que ninguno de los contratos que celebró la demandante generan una vinculación laboral, sino que su vinculación estuvo regida por la Ley 80 de 1993. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, inexistencia del derecho y de la obligación, ausencia del vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, inexistencia de la convención colectiva, presunción de legalidad de los actos administrativos y cosa juzgada. (fol. 178 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 5 de marzo del 2019, en la que la falladora de primera instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el 1° de agosto del 2011 al 30 de noviembre del 2012 con un salario de \$1'293.696. condenó a la demandada a pagar las siguientes acreencias legales: cesantías, intereses a las cesantías, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, reembolso aportes en salud, reembolso aportes en pensión e indemnización moratoria. Absolvió de las demás pretensiones de la demanda. (CD fol. 65)

Su decisión se basó en que con los contratos de prestación de servicio y el testimonio recaudado se logró probar la prestación de servicio, con lo cual nació la presunción de existencia de un contrato de trabajo, la cual desvirtuada por la demandada. Como extremos encontró en los contratos y en el acta de finalización de la prestación del servicio que laboró del 1° de agosto del 2011 al 30 de noviembre del 2012. **Señaló que la convención allegada no tenía sello de depósito por lo que no se podía tener en cuenta.** Condenó al pago de acreencias legales. Señaló que no se probó la buena fe del ISS, por lo que se debía condenar al pago de la indemnización moratoria.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **demandada** interpuso recurso de apelación argumentando que la verdadera vinculación que existió entre las partes fue de carácter civil; que no se probó la subordinación; que con la declaración del testigo y el interrogatorio de la demandante se prueba que la señora Aragón prestó sus servicios de manera autónoma. Que los trabajadores del ISS no tenían derecho a la prima de navidad. Que no se debe condenar a la indemnización moratoria pues su actuar estuvo revestido de buena fe, pues creyó era la vinculación posible; que se debe declarar probada la excepción de prescripción.

5. Alegatos demandante. Que se logró demostrar la existencia de una relación laboral encubierta en una prestación de servicios. Que conforme al criterio de la CSJ debe condenarse al pago de la indemnización moratoria.

6. Alegatos FIDUAGRARIA. Indica que Como apoderada del patrimonio autónomo de remanentes del ISS liquidado y cuya vocera y administradora es Fiduagraia S.A, se hace necesario enfatizar que FIDUAGRARIA S.A, es una persona distinta de las Empresas Públicas o Privadas con las que constituyó los Patrimonios Autónomos de Remanentes, quienes tienen la condición de terceros respecto de la sociedad fiduciaria propiamente dicha, a su vez, la Fiduciaria es ajena a las relaciones jurídicas de carácter sustancial y/o procesal que hayan dado origen al eventual vínculo aducido entre el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL EN LIQUIDACIÓN (Hoy extinto) y la parte Demandante, razón por la cual no existe capacidad ni un interés legítimo que permita

inferir la vinculación de la Sociedad Fiduciaria a la presente actuación judicial, situación que en ningún momento se ha tenido en cuenta dentro del proceso a pesar de haberse señalado en la contestación de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes. Igualmente, se estudiará en consulta en su favor en lo que le sea desfavorable y no haya sido apelado.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

(i) ¿Entre las partes existió un contrato de trabajo, en caso positivo, que calidad de trabajador ostentó la demandante?

(ii) ¿Existió un único contrato de trabajo a término indefinido entre 1º de agosto del 2011 y el 30 de noviembre del 2012?

(iii) ¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción?

(iv) Se debe condenar a las siguientes acreencias legales: ¿cesantías, intereses a las cesantías, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, al reembolso de aportes a salud y pensión?

(v) ¿Se debe condenar al pago de la indemnización moratoria, en caso positivo, debe limitarse a la liquidación del ISS?

Existencia del contrato de trabajo – Primacía de la realidad y la calidad que ostentaba la demandante

En el presente proceso se encuentra probado que la demandante prestó sus servicios de manera personal al ISS en la Vicepresidencia de Pensiones como **liquidadora**, tal y como se evidencia en los contratos de prestación de servicios celebrados por las partes (fol. 5 y s.s.) la certificación expedida por la Coordinadora General del ISS en Liquidación (fol. 69) y como lo afirma el testigo Dixon Alfonso Núñez Núñez (CD fol. 193 mit 20:03) compañero de trabajo de la demandante.

Demostrada la prestación personal del servicio nace la **presunción de existencia de un contrato de trabajo** conforme lo dispuso el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 la cual no fue desvirtuada por la demandada, pues si bien existen documentos que ponen de presente que las partes suscribieron contratos de prestación de servicios, lo cierto es que éstos no son suficientes para desvirtuar la presunción, ya que precisamente lo que se está buscando es demostrar la existencia de un contrato de trabajo en virtud de la primacía de la realidad.

Fuera de la enunciada presunción y contrario a lo dicho por el apelante, el elemento denominado **subordinación**, característico del contrato del trabajo, se encuentra acreditado con la declaración del señor Dixon Alfonso Núñez Núñez, quien señaló que la demandante cumplía un horario de trabajo, trabajaba con los elementos

suministrados por el ISS en sus instalaciones y recibía órdenes e instrucciones de sus jefes inmediatos; declaraciones que no fueron objeto de tacha de sospecha y tampoco se observó parcialidad alguna que afecte su dicho.

Otro aspecto probatorio que llama la atención de la sala es el hecho de señalarse en los contratos de prestación de servicios que el contratista debe velar por el buen uso de los bienes y elementos entregados por el mismo, para el ejercicio de las actividades convenidas y a no utilizarlos para fines y en lugares diferentes a los contratados. Adicionalmente, se señaló en el texto de los contratos de prestación de servicios citados, que debe realizar ciertas actividades de frente al interventor, simulando esta figura, que quedó desvirtuada con la prueba testimonial recaudada en la que se señaló que en realidad la demandante tenía un jefe directo que le impartía ordenes e instrucciones, estipulaciones que no resultan acordes con la autonomía que debe reinar en los contratos de prestación de servicios y que por el contrario, acreditan aún más la existencia de subordinación de la trabajadora, máxime cuando era el mismo instituto quien suministraba los elementos necesarios para que la demandante desarrollara su labor en las instalaciones de la pasiva.

Se configuraron entonces, los elementos del artículo 1 de la Ley 6 de 1945 y de su reglamentario, el artículo 2 del Decreto 2127 de 1945, como son:

a) **Prestación personal del servicio**, por cuanto la trabajadora fue liquidadora asignada a la Jefatura de Atención al Pensionado. En este punto es importante destacar que sólo están exentos de la relación laboral, aquellos servicios que el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, califica como aquellos que "requieran de conocimientos especializados", sin que pueda decirse que las labores relacionadas con la liquidación de prestaciones económicas, imputación de pagos y cálculo de tiempos cotizados, conceptuar lo relacionado con los derechos de petición, revisión de la liquidación efectuada a los expedientes, requirieran de este tipo de conocimiento, entendiéndose por éste, aquellos que no se limitan a la formación universitaria, sino que van más allá de la educación formal que imparten estos centros educativos, es decir, aquellos que requieren altos estudios y experiencia particularísima. En el presente caso, forzoso es concluir que la prestación personal de servicio atendida por la demandante, no es especializada, por demás está que la demandada no demostró los títulos de idoneidad o especialidad exigidos a la demandante para acceder al cargo. Por lo que no queda duda, ni ambigüedad alguna, que estamos frente a una relación laboral.

b) La **subordinación**, que no sólo se limitó a la exigencia, ya por relación de jerarquía o de interventoría, de las funciones propias al cargo de liquidadora, sino que también se extendió a la fijación de horarios, instrucciones y exigencias para cumplir funciones. Por lo que, de conformidad con la declaración del señor Dixon Alfonso Núñez Núñez, vinculado al ISS y de documentos tales como el CPS no queda duda que esa prestación de servicios giró y estuvo transversalizada por la subordinación, traducida en continua disposición y exposición del servicio prestado por la accionante a la autoridad de los jefes de turno, quedando demostrado que no gozaba de autonomía para el desarrollo de la labor ni para el establecimiento de su propio horario, limitantes de hecho que coartan toda libertad de movilidad de la trabajadora. Y en lo que se refiere a la dependencia, no hay duda que se trató durante todo el tiempo de la vinculación como una relación laboral.

c) Una **remuneración**, cualquiera que sea la denominación que se le dé, la forma o requisitos de cobro y de pago, sólo que en el derecho laboral se le denomina salario.

Lo que en realidad interesa es que constituya la contraprestación a una prestación de servicio, relación de causa a efecto, que no se desconfigura porque esté pactado globalmente o por períodos de pago o por su forma o moneda en que se pague; la cual se encuentra acreditada en el presente caso con los contratos de prestación de servicios, que dan cuenta que la accionante percibió los siguientes salarios:

Año	Salario
2011	\$1'293.696
2012	\$1'293.696

Reunidos los elementos del artículo 2 del Decreto 2127 de 1945, no hay duda que la prestación de servicios personales de la actora se dio en el contexto de una relación laboral, que de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, sobrepasa las **formalidades** de los documentos que la demandada hizo firmar a la señora SANDRA MILENA ARAGON MALAMBO, quien sólo por asegurar el ingreso personal y familiar, se vio sometida a suscribir textos que no se avienen con la realidad, y que por el contrario, son totalmente adversos a lo que la realidad procesal lleva al conocimiento del fallador.

Tampoco existe duda respecto a que la demandante ostentó la calidad de **trabajadora oficial**, toda vez que la naturaleza jurídica del ISS está definida como una empresa industrial y comercial del estado, tal y como se indica en el artículo 275 de la Ley 100 de 1993, por tanto, debe seguirse la regla general consagrada en el inciso segundo del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, definida igualmente en el Acuerdo 145 de 1997, expedido por el Consejo Directivo del ISS, aprobado por el Decreto 416 del mismo año, calidad que igualmente se extrae del contenido de la sentencia C-579 del 340 de octubre de 1996 y que es aceptada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia con número de radicado 21672 del 25 de marzo del 2004, M.P. Dr. Carlos Isaac Nader.

En consecuencia, acertó la falladora de primera instancia cuando declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y la calidad de trabajadora oficial durante su vigencia.

Existencia de un único contrato de trabajo

De los diferentes contratos de prestación de servicios (fol. 5 y s.s.) y de la certificación laboral expedida por la Coordinadora General del ISS en Liquidación (fol. 69) se puede establecer que la accionante fue vinculada mediante contratos de prestación de servicios, sin solución de continuidad, entre el **1º de agosto del 2011 al 30 de noviembre del 2012**; por lo que se tendrán estos como extremos laborales.

Convención Colectiva de Trabajo

El fallador de primera instancia considero que la convención colectiva allegada al expediente no podía ser aplicada al actor, como quiera que no cuenta con el correspondiente sello de depósito conforme lo exige el art. 469 del CST, decisión que no fue objeto de reparo por las partes en Litis.

Normatividad legal aplicable

Teniendo en cuenta que el ISS es una empresa Industrial y Comercial del Estado la normatividad aplicable es el Decreto 2127 de 1945 *"Por el cual se reglamenta la ley 6a. de 1945, en lo relativo al contrato individual de trabajo, en general"*; el Decreto 3135 de 1968 *"Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"*; el Decreto 1848 de 1969 *"Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968"* y la convención colectiva de trabajo.

Es necesario precisar, que el Decreto 1045 de 1978 *"Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional"* no es aplicable a los trabajadores oficiales del ISS, como quiera que en su artículo 2º establece que para los efectos del decreto 1045 de 1978 se entiende por entidades de la administración pública del orden nacional la Presidencia de la República, Los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias, los establecimientos públicos y las unidades administrativas especiales; entre los cuales no se incluyó a las empresas Industriales y Comerciales del Estado y así lo dejó sentado nuestra Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL981-19.

Excepción de prescripción

Las acciones laborales prescriben en **3 años** como se encuentra previsto en el art. 41 del Decreto 3135 de 1968, art. 102 del Decreto 1848 de 1969 y art. 151 del CPT y de la SS, **término que podrá interrumpirse por una sola vez con el simple reclamo del trabajador.**

En relación con las **cesantías**, éstas son exigibles a la finalización del vínculo laboral cuando el trabajador queda cesante, criterio éste unificado en la jurisdicción laboral, entre otras, en la sentencia SL 981-2019 en la que se indicó que *"la norma convencional lo que regula es la forma de liquidar el auxilio de la cesantía, pero lo referente a su pago continúa sometido a la ley, es decir a partir del momento de su exigibilidad, que lo es a la terminación del vínculo laboral, y por ende es a partir de esa fecha cuando debe comenzar a contabilizarse la prescripción."*

Respecto de la compensación de las vacaciones, conforme lo explicó nuestra CSJ en la sentencia antes citada, con arreglo al artículo 45 del Decreto 1848 de 1969 *«causado el correspondiente derecho a las vacaciones, deben concederse por quien corresponda, oficiosamente o a petición del interesado, dentro del año siguiente a la fecha en que se cause el derecho»*, premisa que indica que luego de causadas, el empleador oficial tiene un año para concederlas.

Así mismo, conforme al art. 46 del D. 1848 de 1969 luego de transcurrido el año de gracia con que cuenta la entidad para conceder las vacaciones, el empleado tiene un plazo de 30 días para solicitarlas, a partir del cual *«comenzará a correr el término de prescripción de las mismas el cual es de 3 años»*.

Por tanto, el término trienal de prescripción de las vacaciones de los trabajadores oficiales de las empresas industriales y comerciales del Estado se cuenta luego de transcurrido 1 año y 1 mes (1 año de periodo de gracia del empleador y 1 mes de periodo de gracia en favor del trabajador).

Teniendo en cuenta que el contrato de trabajo estuvo vigente entre el 1° de agosto del 2011 y el 30 de noviembre del 2012, que la demandante reclamó ante la demandada el **13 de marzo del 2015** (fol. 3) y que radicó la demanda **6 de diciembre del 2017** (fol. 173), **se debe declarar probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con las acreencias laborales exigibles con anterioridad al 13 de marzo del 2012**; salvo para las cesantías que se debe declarar no probada la excepción de prescripción, en razón a que las mismas sólo se hacen exigibles a la finalización del contrato de trabajo y la compensación de vacaciones que se ha exigible al año y un mes de causarse, es decir, que se encuentra prescrita las vacaciones exigibles con anterioridad al 13 de febrero del 2011.

Finalmente, se debe indicar que los aportes a pensión con destino a las entidades de seguridad social son imprescriptibles; pero la solicitud de devolución a la demandante de lo pagado por aportes a seguridad social en el porcentaje que le correspondía asumir como empleador, si se ve afectada por el fenómeno prescriptivo conforme se advirtió por parte de la CSJ en sentencia de instancia en la sentencia SL 2053-2020, por lo que se declara probada parcialmente la excepción de prescripción frente a la devolución de aportes exigibles con anterioridad al 13 de marzo del 2012.

Acreecias laborales

Se pasan a revisar las acreencias laborales condenadas por el juez primigenio, para lo cual se tendrá como salario las sumas contenidas en los contratos de prestación de servicios (fol. 24 y s.s.), frente a los cuales no existe discusión.

Se pasan a estudiar las siguientes acreencias laborales legales, para lo cual se tendrán como salario la suma de \$1'293.696 que es el establecido en los contratos de prestación de servicios.

Año	Salario
2011	\$1'293.696
2012	\$1'293.696

Auxilio de cesantías.

El artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 advierte que las cesantías se liquidan anualmente, pero son exigibles a la finalización del vínculo laboral cuando el trabajador queda cesante, criterio éste unificado en la jurisdicción laboral. Igualmente, manifiesta que corresponden a un mes de sueldo, de manera que al realizar las respectivas operaciones aritméticas tomando únicamente el salario del actor como lo indica la norma en mención, se obtiene la suma de **\$1'724.928** por las cesantías causadas durante la vigencia del contrato, suma inferior a la reconocida en primera instancia, por lo que se modifica este punto.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días laborados	Valor cesantías
2011	\$ 1.293.696	\$ 0	\$ 1.293.696	150	\$ 539.040,00
2012	\$ 1.293.696	\$ 0	\$ 1.293.696	330	\$ 1.185.888,00
Total Auxilio de cesantías					\$ 1.724.928,00

Intereses a las cesantías

Contrario a lo señalado por la falladora de primera instancia no hay lugar a condenar al pago de intereses a las cesantías, como quiera que la normatividad que rige para los particulares, correspondiente a la Ley 52 de 1975 y su Decreto reglamentario No. 116 de 1976, no establece en su contenido que se deba hacer extensivo tal reconocimiento a los trabajadores oficiales. Como tampoco lo contempla el Decreto 3118 de 1968 atinente a los trabajadores del orden Nacional.

Adicionalmente, al revisar la normatividad que le es aplicable a los trabajadores oficiales de las empresas Industriales y Comerciales como lo son el Decreto 2127 de 1945, el 3135 de 1968 y el 1848 de 1969, se evidencia que no contemplan los intereses a las cesantías entre las acreencias laborales a las que tienen derecho estos trabajadores.

Prima legal de Navidad

En cuanto a la prima legal de navidad, contrario a lo señalado por la parte demandada en su apelación, se encuentra establecida en el art. 51 del Decreto 1848 de 1969, en el cual se señala:

"1. Todos los empleados públicos y los trabajadores oficiales tienen derecho a una prima de navidad equivalente a un (1) mes del salario que corresponda al cargo desempeñado en treinta (30) de noviembre de cada año, prima que se pagará en la primera quincena del mes de diciembre.

2. Cuando el empleado público o trabajador oficial no hubiere servido durante el año civil completo, tendrá derecho a la mencionada prima de navidad en proporción al tiempo servido a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará y pagará con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual, si fuere variable.

PARÁGRAFO 1º.- *Quedan excluidos del derecho a la prima de navidad a que se refiere este artículo, los empleados públicos y trabajadores oficiales que prestan sus servicios en establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, que por virtud de pactos, convenciones colectivas de trabajo, fallos arbitrales y reglamentos internos de trabajo, tengan derecho a primas anuales de cuantía igual o superior, cualesquiera sea su denominación, conforme a lo dispuesto al efecto en el artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, subrogado por el artículo 1 del Decreto 3148 del mismo año citado.*

Si el valor de la prima mencionado fuere inferior al de la prima de navidad, la respectiva entidad o empresa empleadora pagará al empleado oficial, en la primera quincena de diciembre, la diferencia que resulte entre la cuantía anual de aquella prima y esta."

Una vez efectuadas las operaciones aritméticas arroja la suma de **\$1'185.888** por la prima de navidad exigible a partir del 13 de mayo del 2012, es decir, se liquida la prima de navidad que se causó el 30 de noviembre del 2012 a la terminación del contrato, la cual corresponde al tiempo laborado entre el 1º de enero del 2012 al 30 de noviembre del 2012. La prima legal de navidad arrojó una suma inferior a la reconocida por el fallador de primera instancia, por lo que se modifica este punto.

Prima legal de navidad				
Tiempo de causación	Prima legal de navidad exigibilidad	Salario	Días laborados	Valor prima
1/01/2012 a 30/11/2012	30/11/2012 (terminación contrato)	\$ 1.293.696,00	330	\$ 1.185.888,00
Total Vacaciones				\$ 1.185.888,00

Vacaciones

Como la actora 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 8° y s. s. del Decreto 3135 de 1968, así:

“Los empleados públicos o trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones, por cada año de servicio, salvo lo que se disponga por reglamentos especiales para empleados que desarrollan actividades especialmente insalubres o peligrosas.

Las vacaciones de los funcionarios de la rama jurisdiccional, del ministerio público y del ramo docente se rigen por normas especiales.”

El art. 10 ibídem dispone que cuando el trabajador oficial quede retirado del servicio sin haber hecho uso de vacaciones causadas, tiene derecho al pago de ellas en dinero y se tendrá como base de la compensación el último sueldo devengado.

Al efectuar las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se le adeuda a la parte actora por este concepto la suma de **\$858.870,40** suma ligeramente inferior a la reconocida por la falladora de primera instancia por lo que se modifica este punto.

Vacaciones -inició el contrato el 1° de agosto de 2011-				
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones exigibilidad	Salario	Días laborados	Valor vacaciones
1/08/11 a 30/07/12	30/11/2012 (terminación contrato)	\$ 1.293.696,00	360	\$ 646.848,00
1/08/12 a 30/11/12		\$ 1.293.696,00	120	\$ 212.022,40
Total Vacaciones				\$ 858.870,40

Prima de vacaciones

Una vez revisada la normatividad legal aplicable al presente caso, encuentra la Sala que en ella no se consagró que los trabajadores oficiales de las empresas Industriales y Comerciales del estado tuvieran derecho a prima de vacaciones, por lo que se revoca la condena impuesta por este concepto.

Reembolso de aportes a seguridad social

La demandante solicitó entre las pretensiones de la demanda lo siguiente:

"NOVENA: el reconocimiento, liquidación y pago de los aportes efectuados por mi poderdante por concepto de salud con ocasión a que el ISS se sustrajo de la obligación de cotizar a las respectivas entidades del sistema.

DECIMA: el reconocimiento, liquidación y pago en la proporción legal, de los aportes efectuados por mi poderdante por concepto de pensiones, con ocasión a que el ISS se sustrajo de la obligación de cotizar a las respectivas entidades del sistema."

La falladora de primera instancia ordenó reembolsar los valores pagados por la demandante por concepto de aportes a pensión y salud, sin embargo, lo procedente en este tipo de casos es que el empleador pague a las administradoras de seguridad social en salud y pensión, la diferencia en la cotización entre el IBC reportado por el accionante y el que realmente le correspondía en virtud de la declaratoria del contrato de trabajo, a efecto de no realizar doble cotización por el mismo periodo en la misma vinculación contractual ni el reembolso total al actor de los dineros cancelados, pues existe un porcentaje que debe asumir el accionante ante el sistema en calidad de trabajador.

En ese orden de ideas, conviene recordar que el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, permitió a los contratistas efectuar el pago de sus cotizaciones al sistema de seguridad social integral sobre el 40% de la totalidad de ingresos percibidos en el ejercicio de sus funciones, empero, tratándose de trabajadores en desarrollo del vínculo contractual su aporte debe atender el 100% del salario devengado, sobre el cual debe aplicarse un 12.5% como aporte al sistema de salud, del cual corresponde el 4% al trabajador y el 8.5% al empleador, conforme a lo preceptuado en el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que modificó el art. 204 de la Ley 100 de 1993; y un total de 16% como aporte en el sistema pensional, correspondiéndole un 4% al trabajador y del 12% al empleador, en consonancia con lo establecido en el Decreto 4982 de 2007.

Efectuadas las operaciones matemáticas de rigor tenemos que la accionante en calidad de trabajadora debe asumir un total de \$413.984 frente al sistema de salud, y como quiera que pagó por este concepto la suma de \$568.049, la pasiva le debe reembolsar **\$154.065.**

Frente al sistema pensional, la accionante en calidad de trabajadora debe asumir un total de \$413.984 y como quiera que pagó por este concepto la suma de \$726.686, la pasiva le debe reembolsar **\$312.702.**

Frente al sistema de riesgos profesionales, no hay lugar a ningún reembolso en razón a que no fue allegada prueba alguna de su pago.

CICLO	COTIZACION PAGADA SALUD POR LA ACTORA	COTIZACION PAGADA PENSIÓN POR LA ACTORA	SALARIO SOBRE EL QUE REALMENTE DEVENGO	% EN SALUD QUE DEBIA HABER ASUMIDO COMO TRABAJADOR	%EN PENSIÓN QUE DEBÍA HABER ASUMIDO COMO TRABAJADOR	DIFERENCIAS SALUD ENTRE LO PAGADO Y EL % QUE DEBÍA PAGAR COMO TRABAJADOR	DIFERENCIAS PENSION ENTRE LO PAGADO Y EL % QUE DEBÍA PAGAR COMO TRABAJADOR
sep-11	PRESCRITO	PRESCRITO	PRESCRITO	PRESCRITO	PRESCRITO	PRESCRITO	PRESCRITO
oct-11	PRESCRITO	PRESCRITO	PRESCRITO	PRESCRITO	PRESCRITO	PRESCRITO	PRESCRITO
nov-11	PRESCRITO	PRESCRITO	PRESCRITO	PRESCRITO	PRESCRITO	PRESCRITO	PRESCRITO
dic-11	PRESCRITO	PRESCRITO	PRESCRITO	PRESCRITO	PRESCRITO	PRESCRITO	PRESCRITO
ene-12	PRESCRITO	PRESCRITO	PRESCRITO	PRESCRITO	PRESCRITO	PRESCRITO	PRESCRITO
feb-12	PRESCRITO	PRESCRITO	PRESCRITO	PRESCRITO	PRESCRITO	PRESCRITO	PRESCRITO
mar-12	\$ 70.900	\$ 90.700	\$ 1.293.696	\$ 51.748	\$ 51.748	\$ 19.152	\$ 38.952

abr-12	\$ 70.900	\$ 90.700	\$ 1.293.696	\$ 51.748	\$ 51.748	\$ 19.152	\$ 38.952
may-12	\$ 70.900	\$ 90.700	\$ 1.293.696	\$ 51.748	\$ 51.748	\$ 19.152	\$ 38.952
jun-12	\$ 70.900	\$ 90.700	\$ 1.293.696	\$ 51.748	\$ 51.748	\$ 19.152	\$ 38.952
jul-12	\$ 70.900	\$ 90.700	\$ 1.293.696	\$ 51.748	\$ 51.748	\$ 19.152	\$ 38.952
ago-12	\$ 71.378	\$ 91.311	\$ 1.293.696	\$ 51.748	\$ 51.748	\$ 19.630	\$ 39.563
sep-12	\$ 70.953	\$ 90.768	\$ 1.293.696	\$ 51.748	\$ 51.748	\$ 19.205	\$ 39.020
nov-12	\$ 71.218	\$ 91.107	\$ 1.293.696	\$ 51.748	\$ 51.748	\$ 19.470	\$ 39.359
Total	\$ 568.049	\$ 726.686	\$ 10.349.568	\$ 413.984	\$ 413.984	\$ 154.065	\$ 312.702

Indemnización moratoria

En el presente proceso nos encontramos frente a un trabajador oficial, por lo que se debe dar aplicación al artículo 1º del Decreto 797 de 1949 que modificó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 y teniendo en cuenta que en un caso similar contra el mismo Instituto demandado la Corte Suprema de Justicia en sentencia con Radicado N° 39529 del 7 de febrero del 2012 ya ha indicado que cuando, pese a los reiterados pronunciamientos de las autoridades judiciales, el ISS persiste en continuar utilizando como forma de contratación los contratos de prestación de servicios para situaciones en las cuales se encuentra plenamente demostrado la existencia de un contrato de trabajo, se debe deducir la mala fe del Instituto demandado, es claro que el comportamiento de la parte demandada no puede ser tenido como buena fe, y por ende, eximirla de la indemnización moratoria pretendida.

En consecuencia, el demandante tiene derecho al pago de la indemnización moratoria por el no pago de prestaciones e indemnizaciones a razón de 1 día de salario por cada día de retardo pero después del vencimiento del plazo gracia de 90 días calendario con que cuentan las entidades públicas para efectuar el respectivo pago, es decir, \$43.123,20 diarios (salario \$1'293.696), a partir del 1º de marzo del 2013. (CSJ SL1012 y SL8936 de 28/01/2015 y 08/07/2015 rad. 44651 y 42452).

En cuanto a la fecha hasta la cual debe impartirse la condena, es necesario precisar que teniendo en cuenta que la persona jurídica del ISS ya se encuentra liquidada, aspecto que cambia necesariamente el escenario sobre el cual se edificó la indemnización moratoria, cual es que al presentarse este nuevo hecho (extinción de la persona jurídica) tal como da cuenta el Decreto 553 de 2015, no es dable pregonar una mala fe de una persona jurídica inexistente, por lo que deberá limitarse la sanción moratoria hasta la fecha en que se liquidó definitivamente dicha entidad, es decir hasta el **31 de marzo de 2015**, por lo que se modifica los extremos en los cuales se imparte esta condena. Al hacer las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda por indemnización moratoria la suma de **\$32'342.400**, por lo que se modifica la decisión proferida en primera instancia.

Condenas contra FIDUAGRARIA

Es necesario señalar que Fiduagraria S.A. es la entidad con quien el ISS en liquidación suscribió la fiducia mercantil N° 015 de marzo de 2015 que maneja el patrimonio autónomo de remanentes, entidad que actúa única y exclusivamente como administrador y vocero del PAR, conforme lo dispuesto en el artículo 35 del decreto ley 254 de 2000, modificado por la Ley 1105 de 2006.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 5 de marzo del 2019, por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar condenar de la siguiente manera:

- | | |
|--------------------------------|--------------|
| • Cesantías | \$1'724.928 |
| • Prima de navidad | \$1'185.888 |
| • Vacaciones | \$858.870 |
| • Indemnización moratoria | \$32'342.400 |
| • Reembolso aportes en salud | \$154.065 |
| • Reembolso aportes en pensión | \$312.702 |

SEGUNDO: REVOCAR la condena impuesta por concepto de intereses a las cesantías y prima de vacaciones.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

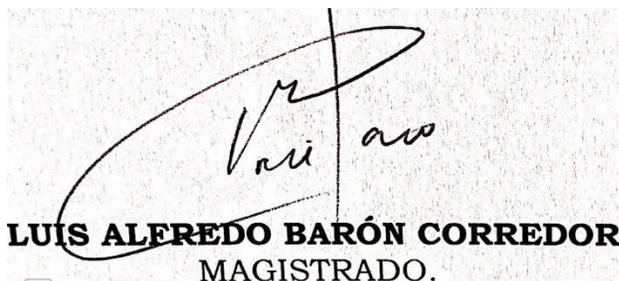
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: GERMAN SALINAS BELTRAN
DEMANDADO: COLPENSIONES, AFP COLFONDOS, AFP PORVENIR Y AFP OLD MUTUAL
RADICACIÓN: 1100131050-29-2017-00628-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA PORVENIR, OLD MUTUAL Y COLFONDOS
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar al Dr. FRANCISCO JOSÉ MOLANO ACHURY como apoderado sustituto de COLFONDOS, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. German Salinas Beltrán instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, la AFP COLFONDOS, la AFP PORVENIR y la AFP OLD MUTUAL, como pretensiones principales pide se DECLARE la nulidad o la ineficacia del traslado al RAIS. Como consecuencia, se declare que el actor siempre ha permanecido al RPMPD; por lo anterior se ordene a la AFP COLFONDOS, la AFP PORVENIR y la AFP OLD MUTUAL, la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones y rendimientos devengados; que se condene a COLPENSIONES a reactivar la afiliación, actualizar y corregir la historia laboral; que se condene a las AFP COLFONDOS, la AFP PORVENIR y la AFP OLD MUTUAL al pago de los perjuicios morales.

Como pretensiones subsidiarias que se declare inexistente el acto por medio del cual el actor se trasladó del RPMPD al de RAIS por lo que resulta inexistente la afiliación a la AFP PORVENIR, AFP HORIZONTE, AFP OLD MUTUAL y a la AFP OLD MUTUAL. Como consecuencia de lo anterior, se DECLARE que para todos los efectos jurídicos que el actor siempre ha permanecido en el RPMPD, advirtiendo que no existió solución de continuidad en la afiliación. Finalmente, pide que se condene a las demandadas a las costas del proceso (fol. 124 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 23 marzo de 1995; que estuvo afiliado al RPMPD administrado por el Instituto de Seguros Sociales desde

el 10 de febrero de 1987 al 29 de febrero del 2000; que en junio del año 2002, por no recibir información técnica y adecuada, suscribió formulario de afiliación con la AFP PORVENIR S.A; que se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR en abril de 2007; que se trasladó a SKANDIA hoy AFP OLD MUTUAL en octubre de 2007; que luego se trasladó a la AFP COLFONDOS en mayo de 2010; que al momento de los diferentes traslados no fue asesorada en debida forma; que los asesores de las AFPs no le advirtieron de las desventajas del RAIS; que solicitó el traslado de régimen sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 154), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la AFP OLD MUTUAL. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el demandante no allego prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad del traslado de régimen, que la afiliación se encuentra valida, toda vez que no se evidencia que contenga algún vicio del consentimiento. Que el demandante no acredita la existencia de un perjuicio material o económico. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación. (fol. 177 y s.s.)

4. Contestación de la AFP COLFONDOS. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, señalando que la suscripción del formulario de vinculación fue realizada por el demandante de manera libre y voluntaria. Dijo que los asesores comerciales de la AFP COLFONDOS a lo largo del tiempo y conforme la legislación y regulación vigente para cada época, han contado con preparación e idoneidad para brindar asesoría suficiente, clara, veraz y completa a las personas interesadas en vincularse al RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe, innominado o genérica. (fol. 228 y s.s.)

5. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el demandante no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la Administradora Privada, por lo cual no procede la declaratoria de nulidad, que el demandante se encuentra válidamente afiliado a la AFP PORVENIR S.A, con posterioridad a AFP HORIZONTE, luego a la AFP OLD MUTUAL y donde actualmente se encuentra afiliado es a la AFP COLFONDOS S.A. Que no es procedente el traslado de régimen del actor, toda vez que en la legislación vigente se encuentra prohibido el traslado de régimen para aquellas personas que se encuentran a 10 años o menos de adquirir la edad pensional, situación en la que se encuentra el demandante. Propuso como excepciones de fondo, prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, y la innominada o genérica. (fol. 285 y s.s.)

6. Contestación de la AFP PORVENIR. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones argumentando que la afiliación es un acto válido en la medida en que el actor suscribió solicitud de vinculación manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido asesoría integral y completa respecto a todas las implicaciones de su decisión. Que el demandante no es beneficiario del régimen de

transición ni por edad, ni por tiempo de servicios. Así mismo, tampoco existe prueba alguna en el proceso que el asesor de Porvenir actuó de manera dolosa o forzó al demandante para que suscribiera el formulario de vinculación a Porvenir S.A. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción de la acción que persigue la nulidad de la afiliación, falta de causa para pedir, ausencia responsabilidad atribuible a mi representada, inexistencia el perjuicio alegado, buena fe, genérica, inexistencia de la obligación y compensación. (fol. 322 y s.s.)

7. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 3 de diciembre del 2019, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS y que, como consecuencia, se encuentra válidamente afiliada al RPMPD. Ordenó a la AFP COLFONDOS S.A., a devolver a Colpensiones los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, rendimientos y cuotas de administración, sin lugar a descuento alguno. Ordenó a Colpensiones a recibir de COLFONDOS S.A. todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración que se hubieren causado y actualizar la historia laboral. Ordenó a la AFP Porvenir, a la AFP Colfondos y a la AFP Old Mutual a devolver a Colpensiones los gastos de administración que hubiera descontado con ocasión de la afiliación del demandante. Sin condena en costas. Absolvió a las demandadas de los perjuicios morales.

La decisión del Juez se basó en que quien tiene la carga probatoria es la AFP. Que no puede hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no se demostró haberse brindado la información necesaria al demandante. Que no bastaba con la firma del formulario. Que los perjuicios morales no quedaron demostrados dentro del proceso por lo tanto no hay lugar a condenar.

8. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **AFP PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que el demandante no es beneficiario del régimen de transición ni tenía cumplido uno o ambos requisitos para acceder a la pensión de vejez al momento del traslado del régimen. Que el demandante al momento del traslado de régimen pensional recibió la información, que el acto de afiliación fue libre y voluntario, en consecuencia, es plenamente valido. Solicita se le exonere del pago de los gastos de administración.

La AFP OLD MUTUALS.A. Interpuso recurso de apelación, señalando que el demandante no tenía una expectativa legítima, ni era beneficiario del régimen de transición, que no se prueba perjuicio alguno con el traslado que hiciera del RPM al RAIS. Que no se evidencio la existencia de un vicio del consentimiento que lleve una declaratoria de nulidad. Solicita se le exonere del pago de los gastos de administración.

Por su parte, **AFP COLFONDOS S.A** Impugnó la decisión señalando que el demandante al momento del traslado no era beneficiario del régimen de transición, que se encuentra dentro de una prohibición legal expresa. Que no se acreditó la existencia de vicios consentimiento alguno que acarreará la nulidad. Que el demandante suscribió el formulario de afiliación de manera, libre y espontánea y voluntaria, el cual contiene información con relación al RAIS. Solicita se le exonere del pago de los gastos de administración.

9. Alegatos COLFONDOS. Indica que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, ni cumple con los requisitos de las sentencias de unificación de la Corte Constitucional. Señala que el actor se encuentra dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 pues le faltan menos de 10 años para cumplir la edad necesaria

para pensionarse. Y que no existe ninguna prueba de que se haya presentado un vicio del consentimiento.

Alegatos demandante. Solicita se confirme la decisión proferida en primera instancia, teniendo en cuenta que la misma se sustenta esta sustentada en el actual criterio de la CSJ.

Alegatos AFP PORVENIR. Manifiesta que el formulario de afiliación da cuenta que la demandante se afilió libremente al RAIS. Que el error de derecho no vicia el consentimiento. Que la afiliación del actor fue válida y cumplió con los requisitos de ley.

Alegatos Skandia. Afirma que no le asiste razón al Juez de primera instancia al indicar en su sentencia que la AFP por medio de la cual el demandante se trasladó de régimen pensional, no acreditó haber brindado la información suficiente para que el traslado de régimen pensional del actor fuera eficaz, pues se encuentra acreditada la validez de los documentos de afiliación al RAIS del actor, lo anterior teniendo en cuenta que el demandante efectuó su traslado al RAIS de forma libre, voluntaria y sin presiones como quedo consignado en el formulario de vinculación que obra en el plenario, cuya forma preimpresa se encuentra ajustada a los requisitos establecidos en la ley y que, para el momento del traslado inicial, era aprobado por la SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA, siendo dicho documento prueba suficiente de la libertad de afiliación del accionante al RAIS, lo cual además fue ratificado por el actor en interrogatorio de parte al indicar que firmó el formulario de traslado de régimen pensional de forma voluntaria, así como el traslado horizontal con dicha entidad.

Alegatos Colpensiones. Indicó que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante GERMAN SALINAS BELTRAN y las AFP PROTECCION S.A., PORVENIR S.A y OLD MUTUAL es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por el accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR, AFP OLD MUTUAL y AFP COLFONDOS se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le haya sido desfavorable.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen? (ii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de

ineficacia del traslado?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que el actor fuera beneficiario del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima? (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de requisitos legales y error al momento de suscribir el actor el formulario de afiliación, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibidem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que el señor GERMAN SALINAS BELTRÁN cotizó al ISS desde 10 de febrero de 1987 hasta el 29 de febrero del 2000, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 15); que el día 28 de junio de 2002 firmó la solicitud de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. conforme aparece en el formulario de vinculación (fol. 351); que el día 19 de abril de 2007 firmó la solicitud de afiliación a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR S.A. conforme aparece en el formulario de vinculación (fol.6); que posteriormente, se vinculó a la AFP SKANDIA hoy AFP OLD MUTUAL desde el 31 de octubre del 2007 (fol. 163). Finalmente se trasladó el 26 de mayo de 2010 a la AFP COLFONDOS conforme aparece en el formulario de vinculación (fol.8)

Carga probatoria y deber de Información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PORVENIR S.A. AFP OLD MUTUAL y la AFP COLFONDOS, lo cual no fue objeto de alzada por ninguna de las partes.

Frente a la información que se debía brindar para esa época -año 1994 a 2002- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del

traslado se le dio explicación al señor GERMAN SALINAS BELTRÁN, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último -información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica.

Necesidad de ser beneficiario del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiario del **régimen de transición** o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado, entre otras, en la sentencia SL 2955-2019, que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse**, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 -sentencia de instancia-)

Finalmente, es necesario señalarle a la AFP COLFONDOS que no es de recibo su solicitud de negar las pretensiones de la demanda, por considerar que el demandante se encuentra dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 en la cual se establece que no podrán trasladarse de régimen a quienes les falte menos de 10 años para adquirir la edad para pensionarse, como quiera que nos encontramos frente a una ineficacia del traslado y no un traslado de régimen.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de diciembre del 2019, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - SIN COSTAS en esta instancia

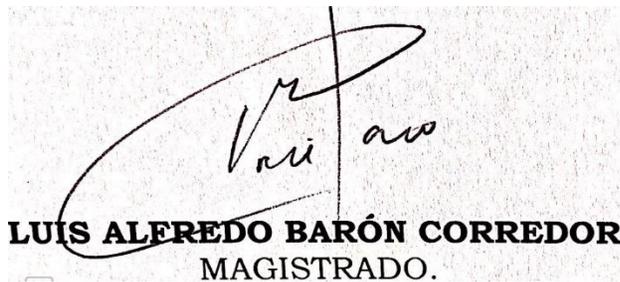
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ROSA ESPERANZA HERNANDEZ AGUIRRE
DEMANDADO: COLPENSIONES Y AFP PORVENIR
RADICACIÓN: 1100131050-15-2018-00415-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA PORVENIR
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar al Dr. FELIPE ALBERTO GRANADOS PRECIADO como apoderado sustituto de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. ROSA ESPERANZA HERNÁNDEZ AGUIRRE instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP PORVENIR con el fin de que se declare la nulidad del traslado al RAIS efectuada a la AFP PORVENIR. Como consecuencia, se ordene a la AFP PROVENIR a trasladar a Colpensiones todos los aportes junto con los rendimientos que figuren en la cuenta de ahorro individual de la demandante; que se ordene a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante al RPMPD; que se condene a COLPENSIONES a aceptar y recibir el traslado de todos los aportes. Finalmente, solicita se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y se condene a PORVENIR S.A. a pagar las costas del proceso (fol. 1 y ss. subsanación fol. 49 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 19 de agosto de 1960; que se afilió el 1 de julio de 1960 al ISS hoy Colpensiones; que se trasladó a la AFP PORVENIR S.A el 01 de mayo de 2000; que al momento del traslado no fue asesorada en debida forma; que en febrero de 2002 se trasladó de la AFP PORVENIR S.A a la AFP PROTECCIÓN S.A.; que en noviembre de 2010 se trasladó de la AFP PROTECCION S.A. a la AFP PORVENIR S.A. desconociendo desde el inicio las condiciones del traslado al RAIS; que solicitó el traslado de régimen sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 65), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el traslado se realizó de manera voluntaria y de acuerdo a la normatividad vigente; que no le asiste derecho lo pretendido ya que la misma se encuentra inmersa dentro de una prohibición legal establecido en la ley 797 del 2003; que Colpensiones ha obrado de buena fe dando estricto cumplimiento del ordenamiento jurídico. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, buena fe y la innominada o genérica. (fol. 66 y s.s.)

4. Contestación de AFP PORVENIR. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones argumentando que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales; que la demandante tomo una decisión informada y consciente; que no existe prueba alguna que el asesor actuó de manera dolosa o forzó a la demandante para que suscribiera el formulario de vinculación; que con la firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al RAIS. Propuso como excepciones de fondo las 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 innominado o genérica. (fol. 98 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 17 de junio de 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró nulo o ineficaz del traslado al RAIS y que, como consecuencia ordenar a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar los recursos o sumas que obren en la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES. Ordenó a Colpensiones a reactivar la afiliación y a recibir las sumas trasladadas y a convalidarlos en la historia laboral. Sin costas a favor ni en contra de ninguna de las partes.

La decisión del Juez se basó en que quien tiene la carga probatoria es la AFP. Que no puede hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no se demostró que se hubiere brindado la información necesaria a la demandante. Que no se trata de firmar un formato o una cláusula genérica sino brindar elementos de juicio suficientes para el traslado de régimen, independientemente de que la persona se encuentre o no en el régimen de transición. Que el derecho a reclamar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **PORVENIR S.A.** impugnó la decisión, señalando que el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia, establece que los jueces en sus decisiones están sometidos al imperio de la ley, que la jurisprudencia es un criterio auxiliar, sin embargo, se ha convertido en un criterio general, en la medida que existen normas que pueden dirimir este conflicto sin necesidad de acudir a esta. Que el artículo 29 superior, establece que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes y en el presente proceso se juzga con leyes del año 2014, sentencias judiciales sobre consentimiento informado que solo se dan hasta el año 2014 y los actos del traslado se presentan en el año 2000. Que la carga dinámica de la prueba no opera de manera automática, y que de acuerdo al art. 167 del CGP la carga estática de la prueba es la regla general.

7. Alegatos demandante. Indicó que es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen pensional, como quiera que en el proceso, las entidades demandadas no lograron demostrar que se otorgó una información clara y completa, respecto de las desventajas y ventajas que el traslado le reportaría al demandante, pues como se evidencia el único documento que se aportó respecto a la información dada fue la copia del formulario de afiliación, quedando así, demostrado que la administradoras de fondos de pensiones demandadas faltaron al deber legal impuesto en el literal d del artículo 60 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, que hacen referencia a la obligación de los fondos de suministrar una información suficiente, amplia y oportuna respecto del traslado con el fin de generar decisiones informadas, que el artículo 12 de la ley anteriormente nombrada además preceptúa que la misma se debe brindar a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

8. Alegatos Colpensiones. Señala que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP Porvenir S.A., es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, al igual que, el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios** (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que las AFPs PRIVADAS hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la actora fuera beneficiaria del régimen de transición? (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? (v) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de requisitos legales y error al momento de suscribir la actora el formulario de afiliación, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme

se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora ROSA ESPERANZA HERNÁNDEZ AGUIRRE cotizó al ISS desde el 1 de julio de 1995 hasta el 31 de marzo del año 2000, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 26); para febrero 2000 la demandante se afilió a la AFP PROTECCIÓN, conforme a la historia laboral expedida por la AFP Porvenir (folio 34) y se trasladó a la AFP PORVENIR el 8 de julio del año 2010, conforme al formulario de afiliación (folio 40)

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en las AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994 a 2001- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora Rosa Esperanza Hernández Aguirre, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N° 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del **régimen de transición** o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse

que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse**, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento a la actora, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019, que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Finalmente, se le debe indicar al apoderado de la AFP PORVENIR en torno al alcance del artículo 230 de la Constitución Política, que nuestra Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede reducirse a la observación minuciosa y literal de un texto legal específico, sino que se refiere al ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas,

estructurado para la realización de los valores y objetivos consagrados en la Constitución (C-486-93)

Respecto al concepto de "imperio de la ley" contenido en el art. 230 constitucional, no se refiere únicamente a la acepción de ley en su sentido formal y las normas expedidas por el Congreso, sino a todo el ordenamiento jurídico dentro del cual se encuentra la jurisprudencia y los tratados internacionales, entre otros. (C-284-15 M.P. Mauricio González).

A pesar de la afirmación relacionada con la connotación de criterio auxiliar del precedente judicial, debe señalarse que, por su avance significativo y su relevancia para la vigencia de un orden justo y la efectividad de los derechos y libertades de las personas, se ha reconocido su fuerza vinculante en las decisiones judiciales, por tan razón, los jueces están en obligación de seguirlo o de ofrecer una carga argumentativa suficiente en caso de apartarse.

De igual manera, como se expuso en la sentencia C 836-01, la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia, se funda en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico, el respeto por garantías constitucionales de igualdad ante la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades, como una prerrogativa constitucional que les permite a los jueces efectuar la igualdad material, supremacía de la Constitución, el debido proceso, confianza legítima, cosa juzgada y seguridad jurídica, especialmente en tratándose de decisiones unificadoras emitidas por el pleno de esa corporación, que tienen un valor preponderante, como se expuso en sentencias C-621 de 2015 y T-109 de 2019. Siendo claro que esta Sala acoge en su integridad los argumentos expuestos por la CSJ para declarar la ineficacia del traslado al RAIS ante la falta de información al momento en que se efectuó el traslado.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

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

RESUELVE

PRIMERO. - ADICIONAR el numeral primero de la sentencia proferida el 17 de junio del 2020, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora ROSA ESPERANZA HERNÁNDEZ AGUIRRE de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir de sus propias utilidades.**

SEGUNDO. - CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO. - SIN COSTAS en esta instancia

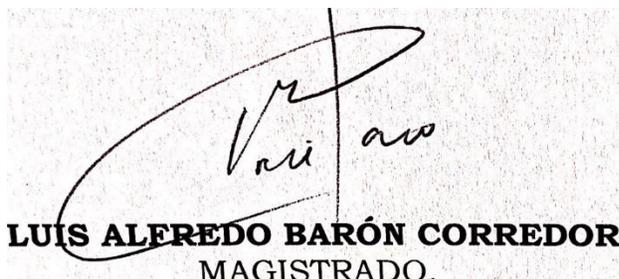
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: SONIA ADELINA PULIDO CUERVO
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP COLFONDOS S.A.- AFP OLD MUTUAL S.A.
RADICACIÓN: 39-2017-00723-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES-AFP COLFONDOS
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. representada legalmente por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA como apoderada principal de COLPENSIONES y a la Dra. LILIAN PATRICIA GARCÍA GONZÁLEZ como apoderada sustituta de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Sonia Adelina Pulido Cuervo instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, la AFP COLFONDOS y la AFP OLD MUTUAL con el fin de que se declare la nulidad del traslado al RAIS. Como consecuencia, se ordene a la AFP OLD MUTUAL a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que figuren en la cuenta de ahorro individual de la demandante; que se ordene a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad a la demandante y se ordene a COLPENSIONES a corregir y actualizar la historia laboral; que se declare para todos los efectos como única afiliación la efectuada el 19 de noviembre de 1974 al ISS hoy Colpensiones. Finalmente, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y se les condene a las demandadas a las costas del proceso (fol. 3 y ss.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 18 de diciembre de 1957; que se afilió el 19 de noviembre de 1974 al ISS hoy Colpensiones; que es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues contaba con más de 35 años de edad al 1 de abril de 1994; que el 1 de febrero del 2000 se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A.; que al momento del traslado no fue asesorada en debida forma; que desde el 1 de febrero de 2000 hasta el 31 de octubre de 2017 cotizó ininterrumpidamente en Colfondos un total de 916 semanas; que al 31 de octubre de 2017 tenía cotizadas un total de 1675 semanas; que la AFP OLD MUTUAL

le informó a la accionante que su pensión de vejez en el RAIS para el año 2017 sería de \$3.650.000; que la demandante tiene un IBL de \$11.650.800, al cual sí se le aplica una tasa de reemplazo del 90%, arroja una mesada pensión de \$10.485.720; que era obligación de COLFONDOS S.A. informar a la demandante sobre el año de gracia que concedió el Artículo segundo de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Artículo 1 del Decreto 3800 de 2003, el cual permitía que los afiliados se pudieran trasladar por una única vez antes del 28 de enero de 2004 lo cual no aconteció; que solicitó el traslado de régimen sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma, sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la demandante debió solicitar su traslado antes de que le faltaran menos de 10 años para adquirir el derecho. Que tiene los presupuestos establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia SU 062-2010 para poder trasladarse en cualquier tiempo. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (fol. 166 y s.s.)

4. Contestación de AFP COLFONDOS. Contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, por considerar que la afiliación de la demandante era totalmente válida y produjo efectos jurídicos. Que en el contrato celebrado entre las partes confluyeron todos los elementos para su existencia y validez. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación a Colfondos, buena fe, inexistencia de vicios del consentimiento por error de derecho, prescripción y la genérica. (fol. 205 y s.s.)

5. Contestación de AFP OLD MUTUAL. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, señalando que la afiliación de la demandante se realizó acorde a los parámetros exigidos y contemplados en la normatividad (ley 100 de 1993) y acorde con el estatuto financiero expedido en 1993; que cuando se afilio a OLD MUTUAL, la demandante tuvo pleno conocimiento de las condiciones del régimen; que durante el tiempo en que ha estado afiliada con Old Mutual, se le ha brindado la información sobre el RAIS, y sobre su situación pensional. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica. (fol. 223 y s.s.)

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 31 de julio de 2019, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Condenó a la AFP COLFONDOS S.A., a trasladar a Colpensiones los dineros que haya recibido por administración durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante a dicha entidad. Ordenó a la AFP OLD MUTUAL a trasladar a Colpensiones todos los dineros que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos. Condenó a Colpensiones que una vez reciba de parte de Colfondos y Old Mutual, los recursos anteriores, reactive la afiliación de la demandante al RPMPD. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

La decisión del Juez se basó en que quien tiene la carga probatoria es la AFP. Que no puede hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no se demostró haberse brindado la información necesaria a la demandante. Que

no se trata de firmar un formato sino brindar elementos de juicio suficientes para el traslado de régimen, encontrándose o no la persona en el régimen de transición. Que la demandante es beneficiaria del régimen de transición. Que las diversas afiliaciones que hizo la demandante al interior de las Administradoras de Fondos no convalidan su afiliación. Exonera al pago de gastos de administración a la AFP Old Mutual, por ser un tercero de buena, toda vez que, independientemente de si le brindó o no la información a la demandante al momento del traslado, igual la demandante no podía retornar al régimen. Que el derecho a reclamar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

7. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **COLFONDOS S.A.** impugnó la decisión, en relación a la devolución de los gastos de administración por el tiempo que estuvo afiliada la demandante con Colfondos, con fundamento en el artículo 104 de la Ley 100 de 1993 que regula el cobro de las comisiones, en razón a que en el RAIS se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar pensiones y prestaciones, que deben reconocerse a sus afiliados. Que al permanecer en el RAIS le permitió a la demandante obtener rendimientos respecto de los dineros que cotizó en su cuenta de ahorro individual, por lo que solicita se ordene la devolución de dichos rendimientos de los cuales se ha beneficiado la demandante.

8. Recurso de apelación COLPENSIONES. Interpuso recurso de apelación manifestando que nunca intervino en el acto jurídico que se celebró entre la demandante y entre los fondos. De igual forma, que siempre ha actuado buena fe conforme a los parámetros establecidos en la Ley. Que si al momento del reconocimiento de la prestación se ocasionan perjuicios esto podría generar un desequilibrio en el sistema.

9. Alegatos demandante. Solicita se confirme la decisión proferida en primera instancia toda vez que la AFP demandada no logró demostrar haber brindado la información necesaria al momento del traslado.

10. Alegatos Colpensiones. Indica que la demandante hizo uso de su facultad de trasladarse de régimen, el cual se efectuó sin ningún tipo de presión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP COLFONDOS S.A y COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios** (i) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información? (ii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuvieran un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones?; (iv) ¿Colpensiones

debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de requisitos legales y error al momento de suscribir la actora el formulario de afiliación, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 íbidem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que que la señora Sonia Adelina Pulido Cuervo cotizó al ISS desde el 19 de noviembre de 1974 hasta el 31 de enero del año 2000 conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 176); que para el 21 de diciembre 1999 la demandante se afilió a la AFP Colfondos, conforme se observa en el formulario de afiliación (folio 216). Igualmente, se observa que la accionante se trasladó a la AFP Skandia hoy AFP Old Mutual el 6 de diciembre del año 2012 conforme aparece en el formulario de afiliación. (folio 244)

Deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de las AFP PRIVADAS, lo cual no fue apelado por ninguna de las partes.

Ahora, lo que debe precisarse, es que tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los riesgos que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a las demandantes sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP COLFONDOS S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora Sonia Adelina Pulido Cuervo, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N° 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del **régimen de transición** o tener una expectativa legítima, como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse

que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse**, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento a la actora, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha

causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

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

RESUELVE

PRIMERO. - ADICIONAR al numeral **tercero** de la sentencia proferida el 31 de julio del 2019, por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a la **AFP OLD MUTUAL S.A** que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora Sonia Adelina Pulido Cuervo de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**

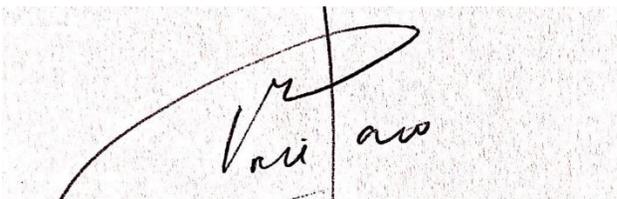
SEGUNDO. - CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO. - SIN COSTAS en esta instancia

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ANA CRISTINA BELTRAN BEJARANO
DEMANDADO: COLPENSIONES, AFP COLFONDOS Y AFP PORVENIR
RADICACIÓN: 1100131050-21-2018-00161-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES Y PORVENIR
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. representada legalmente por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA como apoderada principal de COLPENSIONES y a la Dra. CINDY JULIETH VILLA NAVARRO como apoderada sustituta de dicha entidad, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Ana Cristina Beltrán Bejarano instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, la AFP COLFONDOS y la AFP PORVENIR con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado al RAIS efectuada a la AFP COLFONDOS S.A. y por ende la afiliación a PORVENIR S.A. Como consecuencia, se ordene a la AFP PROVENIR a trasladar a Colpensiones todas las sumas de dinero que figuren en la cuenta de ahorro individual de la demandante; que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión por vejez a partir de la última cotización realizada, fecha en que cumplió con los requisitos de tiempo cotizado y edad para pensionarse y que se condene a COLPENSIONES al pago de intereses moratorios. Finalmente, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y se les condene a las demandadas a las costas del proceso (fol. 24 y ss).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 15 febrero de 1961; que se afilió el 17 de octubre de 1983 al ISS hoy Colpensiones; que cotizó al fondo privado COLFONDOS S.A. desde abril de 1999 hasta el 10 de diciembre de 2001; que se encuentra cotizando a la AFP PORVENIR S.A desde el 1 de enero del 2002 a la fecha; que realizó el traslado al fondo privado desde abril de 1999 sin la existencia de formulario de afiliación; que el formulario se firmó casi un año después

el 12 de febrero del 2000; que COLFONDOS le manifestó que podía pensionarse antes de los 55 años de edad; que no le informó que requería un capital mínimo superior a los requisitos que exige la Ley 100 del 93 modificada por la Ley 797 del 2003 para pensionarse; que al momento del traslado no fue asesorada en debida forma; que solicitó el traslado de régimen sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 136), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no le asiste derecho lo pretendido ya que la misma se encuentra inmersa dentro de una prohibición legal establecido en el artículo segundo la ley 797 del 2003 al contar con 56 años al momento de solicitar el traslado; que el traslado del RPM al RAIS, se realizó con plena voluntad de la cotizante quién por decisión propia suscribió los formularios de dicho traslado mediando su voluntad; que no existió ningún vicio del consentimiento que afecte la validez del traslado. Que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición pues a 01 de abril de 1994 contaba con tan solo 33 años de edad y no contaba con los 15 años de servicios o su equivalente en tiempo, que la pensión de la demandante debe estudiarse a la luz de la ley 100 de 1993 modificada por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, el error derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, y la innominada o genérica. (fol. 138 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PORVENIR. Contestó la demanda señalando que no le constan los hechos de la demanda, pues se refieren a una situación fáctica de la demandante ante terceros ajenos a dicha AFP. Señaló que no procede la nulidad del traslado solicitada, toda vez que no se evidencia que contenga algún vicio del consentimiento; que la demandante tomo una decisión informada y consciente y suscribió el formulario de vinculación al traslado manifestando pleno conocimiento y consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las 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, innominado o genérica. (fol. 179 y s.s.)

5. Contestación de la AFP COLFONDOS. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones argumentando que la actora se trasladó válidamente haciendo uso de su libre escogencia siendo debidamente informada de las características de cada régimen y además se encuentra en la prohibición legal para trasladarse de régimen por estar a menos de 10 años para alcanzar la edad en la que se puede reclamar la pensión. Propuso como excepciones de fondo las de falta legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba en causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, innominado o genérica y ausencia de vicios del consentimiento. (fol. 204 y s.s. y fol. 242 y s.s. subsanación)

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 4 de septiembre del 2019, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS y que, como consecuencia, se encuentra válidamente afiliada al RPMPD. Ordenó a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción de gastos de administración. Ordenó a la AFP COLFONDOS a trasladar a Colpensiones,

lo descontado de la cuenta de ahorro individual de la actora por concepto de gastos de administración y de traslado. Ordenó a Colpensiones a aceptar las sumas trasladadas y a convalidarlos en la historia laboral. Ordenó a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez conforme al artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, una vez se active su afiliación, con pago efectivo a partir del día siguiente a la última cotización o desafiliación del sistema.

La decisión del Juez se basó en que quien tiene la carga probatoria es la AFP. Que no puede hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no se demostró haberse brindado la información necesaria a la demandante. Que la demandante cumple con los requisitos para acceder a una pensión bajo los parámetros de la Ley 797 del 2003. Que su pensión debe pagarse a partir de la desafiliación del sistema y que debe liquidarse conforme al art. 21 de la Ley 100 de 1993. Que el derecho a reclamar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

7. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación argumentando que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal de no poder trasladarse cuando le faltaren menos de 10 años para adquirir la pensión. Que no se evidencio ninguno de los vicios del consentimiento. Que la demandante no tenía una expectativa legítima, ni era beneficiaria del régimen de transición. Que con el traslado de la demandante se descapitaliza el sistema.

Por su parte, la **AFP PORVENIR S.A** impugnó la decisión señalando que la demandante al momento del traslado de régimen pensional recibió la información, que el acto de afiliación fue libre y voluntario. Solicita se le exonere del pago de los gastos de administración. Que se analice la prescripción de la acción para reclamar la ineficacia del traslado.

8. Alegatos Colpensiones. Indica que para ella no es ajena la actual postura de la H. Corte Suprema de Justicia frente de las nulidades e ineficacia de traslado, que incluso se viene aplicando por esa alta corporación vía tutela, sin embargo se aleja de dicho análisis, toda vez que la Corte Suprema de Justicia hasta hace muy poco, estuvo conformada por 5 magistrados que actualmente volvieron a ser 7, y de estos 5 las reglas creadas para ineficacia fueron dadas por dos magistrados. Indica además que la CSJ nunca se ha pronunciado sobre los fuertes argumentos que esgrimen los fondos de pensiones y que si bien los fallos actuales de la Corte fundaron las bases de este nuevo precedente de las sentencias de 2008 de la doctora Elsy del Pilar Cuello Calderón, los supuestos facticos de aquellas a los de ahora distan bastante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y la AFP PORVENIR se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen? (ii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuvieran un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iv) ¿La AFP PORVENIR está obligada a devolver los gastos de administración comisiones y rendimientos que se generaron durante la vinculación al RAIS?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita? y (vii) ¿La demandante tiene derecho a que se le reconozca una pensión de vejez?

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad** conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por cuanto resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Ana Cristina Beltrán Bejarano cotizó al ISS desde 17 octubre de 1983 hasta el 31 de marzo de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 113); que el 9 marzo de 1999 firmó formulario de afiliación a la AFP Porvenir (folio 192); que posteriormente se trasladó a Colfondos el 14 febrero 2000 (folio 111) y finalmente, se observa que el 10 de diciembre 2001 se trasladó nuevamente la AFP Porvenir conforme aparece en el formulario de vinculación (fol. 112).

Carga probatoria y deber de Información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PORVENIR S.A. y la AFP COLFONDOS, lo cual no fue objeto de alzada por ninguna de las partes.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994 a 2001- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado

de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora Ana Cristina Beltrán Bejarano, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del **régimen de transición** o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que

para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse**, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFPs privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Finalmente, es necesario señalarle a Colpensiones que no es de recibo su argumento en el que solicita se nieguen las pretensiones de la demanda, por considerar que la demandante se encuentra dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 en la cual se establece que no podrán trasladarse de régimen a quienes les falte

menos de 10 años para adquirir la edad para pensionarse, como quiera que nos encontramos frente a una ineficacia del traslado y no un traslado de régimen.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

Pensión de vejez Ley 797 del 2003

Para acceder a una pensión de vejez bajo los parámetros del art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9° de la Ley 797 del 2003, se debe cumplir con 55 años de edad si es mujer o 60 años si es hombre. A partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementará a 57 años de edad para la mujer y 62 para el hombre. En cuanto a las semanas se exige haber cotizado un mínimo de 1000 semanas. A partir del 1° de enero del 2005 se incrementará en 50 semanas y a partir del 1° de enero del 2006 se incrementará en 25 hasta llegar a 1300 en el año 2015.

i) edad

La demandante cumplió el requisito de la edad, como quiera que cumplió los 57 años de edad el 15 de febrero del 2018, toda vez que nació el mismo día y mes del año 1961, como da cuenta la fotocopia de su cédula visible a folio 79.

ii) semanas

Una vez revisada la historia laboral expedida por la AFP Porvenir se evidencia que la demandante también cumple con este requisito, pues cuenta con un total de 1649 semanas a 28 de febrero de 2018. (fol. 96)

Por tanto, acertó el fallador de primera instancia al señalar que la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003.

Es pertinente señalar que para entrar a disfrutar de la pensión aquí reconocida es necesaria la desafiliación del sistema, conforme lo exige el art. 13 del A. 049 de 1990, tal y como lo indicó el fallador de primera instancia.

Finalmente, debe señalarse que acertó el a quo cuando estableció que la pensión de la actora debía liquidarse conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y aplicándole una tasa de reemplazo de acuerdo a lo establecido en el art. 34 de dicha normatividad.

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de septiembre del 2019 por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - SIN COSTAS en esta instancia

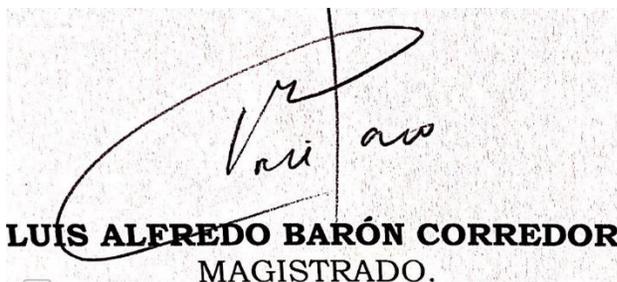
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: PATRICIA RESTREPO ESGUERRA
DEMANDADO: COLPENSIONES – AFP OLD MUTUAL PENSIONES
RADICACIÓN: 11001-3105- 012-2019-00422-01
ASUNTO: CONSULTA SENTENCIA CONDENATORIA.
TEMA: INEFICACIA DE TRASLADO

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir el siguiente

AUTO

Se reconoce personería para actuar al Dr. FELIPE ALBERTO GRANADOS PRECIADO como apoderado sustituto de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Patricia Restrepo Esguerra instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y la AFP OLD MUTUAL PENSIONES, solicitando se declare la nulidad de su afiliación al RAIS, y como consecuencia se ordene a Colpensiones recibir y afiliar de nuevo de manera inmediata y automática al RPMPD a la demandante; se condene a la AFP Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. Como pretensión subsidiaria pide que se declare la ineficacia de la afiliación realizada el 1 de mayo de 1999. (fols. 1 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que: que nació el 2 de abril de 1972; que desde el 1° de marzo 1999 cotizó de forma ininterrumpida al ISS hasta el 25 de mayo de 1999; que la AFP OLD MUTUAL la persuadió a través de engaños el día 25 de mayo de 1999 para que se vinculará al RAIS; que de acuerdo a la legislación colombiana vigente para la fecha del traslado no contaba con el tiempo mínimo de permanencia por lo que se presentó una multifiliación; que el 25 mayo 1999 los representantes comerciales de la AFP OLD MUTUAL PENSIONES presionaron para que se trasladará, bajo los argumentos que en ese fondo tendría una mesada pensional

superior a la que podría tener con el ISS; qué se podría pensionar anticipadamente aún sin cumplir la edad o el número de semanas mínimas exigidas por la ley; que el fondo privado no le suministró ningún tipo de información para realizar de manera consciente e ilustrada su traslado; que el fondo privada omitió suministrarle información completa suficiente y veraz para el traslado de régimen; que solicitó el traslado al RPMPD sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 40); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando en primer lugar que la demandante gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen y que la afiliada era consciente sobre el formulario que suscribió para cambio de régimen. En segundo lugar, que la elección del régimen se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones, por lo que no se ha probado nulidad alguna. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones (fols. 46 y s.s.).

4. Contestación de la AFP OLD MUTUAL. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones que fueron formuladas en su contra, argumentando que la afiliación de la demandante se realizó acorde los parámetros legales y normativos que contempla la ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que al no existir ninguna causa que active el traslado de la demandante del RAIS al RPMPD, no es posible pretender la devolución de los aportes, rendimientos, sumas adicionales de la aseguradora. Que en el evento que se declara la nulidad de la afiliación, únicamente estaría obligada a devolver las sumas que conforman la cuenta de ahorro individual y los rendimientos que se encuentran a nombre la señora Patricia Restrepo, en lo que se refiere a gastos de administración no es posible integrar las sumas descontadas por concepto de comisión de administración en los términos del artículo 20 de la ley 100 del 93. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica (fols. 67 y s.s.).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de junio del 2020 en la que el fallador de primera instancia, declaró la ineficacia del traslado al RAIS y declaró como afiliación válida la del RPMPD. Condenó a la AFP OLD MUTUAL S.A. a realizar el traslado del RAIS al de RPMPD, tanto la relación jurídica de afiliación, como del valor de saldos, aportes y rendimientos, que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Ordenó a Colpensiones a aceptar el traslado de la demandante y a recibir el monto de aportes, saldos pensionales y rendimientos, sin reconocimiento del derecho al régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular. Declaró no probadas las excepciones propuestas.

Como sustento de su decisión hizo referencia al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el artículo 17 del Decreto 692 del año de 1994, compilada en el artículo 2.2.2.3.1 del decreto único reglamentario 1833 del 2016, así como a las sentencias SL 1452 y SL 4360 del 2019. Indicó que la última vinculación válida efectuada en el término legal se debe respetar, qué es la derivada del RPMPD. Que quien tiene la carga probatoria es la AFP. Que a la demandante no se le dio la correspondiente información. Que no bastaba con la firma del formulario.

6. Alegatos Skandia. Indica que después de proferirse el fallo de primera instancia, ninguna de las entidades demandadas ni la parte actora, interpusieron recurso de apelación alguno, (llegó a segunda instancia por el grado jurisdiccional de Consulta), por lo que se debe tener en cuenta que el fallo proferido por esta instancia, debe continuar respetando el principio de la no reformatio in pejus, y no ocasionar un perjuicio económico o de ninguna otra índole para mi representada, específicamente en lo relacionado con la obligación de devolver sumas adicionales a COLPENSIONES de las mencionadas por el Juzgado 12 laboral del circuito de Bogotá D.C.

Alegatos Colpensiones. Afirma que la jurisprudencia del órgano natural de cierre del presente caso ha establecido en reiteradas ocasiones que la autonomía de la voluntad privada es "...la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación...Dentro de este cuadro, la autonomía permite a los particulares: i) celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues éstas reducen el ejercicio de la voluntad; ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres; iii) crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos respecto de otras personas, que no son partes del contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquel, por lo que la demandante gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen.

Alegatos demandante. Solicita se confirme en su integridad el fallo proferido en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de Colpensiones, el problema jurídico a resolver consiste en determinar ¿sí en virtud de la ineficacia del traslado de la actora, está Colpensiones obligada a activar la afiliación de la accionante en el régimen que aquella administra o sí esto representa un detrimento para dicha entidad?

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad** conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por cuanto resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Patricia Restrepo Esguerra cotizó al ISS entre el 1 de marzo 1999 y el 25 de mayo de 1999 conforme aparece en la historia laboral expedida por la AFP OLD MUTUAL (fl. 78 y s.s.); que el 15 de marzo de 1999 firmó formulario de afiliación a la AFP OLD Mutual (fol. 76); el cual se hizo efectivo desde mayo de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por dicha entidad (fl. 78 y s.s.).

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Sea lo primero advertir que el *a quo* declaró la ineficacia del traslado realizado por la señora Patricia Restrepo Esguerra, con destino al RAIS, por considerar que la AFP no acreditó que dicho acto estuvo precedido de la debida información, conforme lo exige la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, decisión que no mereció ningún reparo por la AFP, de suerte que la Sala no realizará ningún pronunciamiento al respecto.

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 23 de junio del 2020 por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar **ORDENAR** a la AFP OLD MUTUAL S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora Patricia Restrepo Esguerra de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir de sus propias utilidades.**

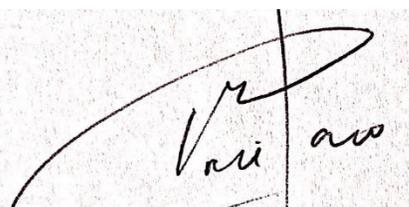
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARTHA CONSUELO QUIROGA
DEMANDADO: FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN
RADICACIÓN: 1100131050-34-2015-00995-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA (AMBAS PARTES)
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Martha Consuelo Quiroga instauró demanda ordinaria contra FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 1° de agosto de 1995 y el 17 de septiembre del 2015. Como consecuencia, solicita se ordene el pago de salarios adeudados y prestaciones sociales, vacaciones, horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos, aportes a seguridad social, indemnización por terminación del contrato sin justa causa, sanción por no consignación de cesantías, indemnización moratoria y lo que resulte probado extra y ultra petita. (fol. 2 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que prestó sus servicios personales en calidad de Auxiliar de Odontología de la Fundación San Martín entre el 1° de agosto de 1995 y el 17 de septiembre del 2015 (para lo cual tuvo en cuenta la fecha en que la demandante pasó la renuncia); que el último salario devengado fue de \$850.244; que la demandada incumplió con sus obligaciones patronales al no pagarle sus salarios desde octubre del 2014 y demás acreencias laborales que le adeuda.

2. Contestación de la demandada. Contestó la demanda aceptando la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la demandante desde el 1° de agosto de 1995, en el cual desempeñó el cargo de Auxiliar de Odontología. Indicó que el último salario que devengó la demandante fue de \$704.316 que corresponde al mes de septiembre del 2014. Se opuso que se le imparte condena por acreencias laborales señalando que siempre cumplió de manera diligente con el pago de las mismas. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido, compensación y prescripción. (fol. 35 y s.s. y 68 y s.s. subsanación)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de febrero del 2019, en la que la falladora de primera instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el 1º de agosto de 1995 al 17 de septiembre del 2015. Condenó a la Fundación San Martín a pagar las sumas correspondientes por concepto de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, sanción por no consignación de las cesantías, indemnización moratoria y los aportes a seguridad social. (CD fol. 124)

Su decisión se basó en lo que interesa al recurso de apelación en que no existe controversia entre la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido y el extremo inicial del mismo. Señaló como data de terminación el 17 de septiembre del 2015, para lo cual tomó la fecha en la que la demandante renunció. Declaró no probada la excepción de prescripción en relación con las cesantías. Declaró probada la excepción de prescripción en relación con las demás acreencias laborales causadas con anterioridad al 18 de diciembre del 2012 y las vacaciones con anterioridad al 18 de diciembre del 2011. Condenó a la demandada a pagar la indemnización por despido sin justa causa señalando que se trató de un despido indirecto y que se probó la causal alegada por la demandante en su renuncia, pues se encuentra probado el incumplimiento de sus obligaciones por parte de la demandada. Condenó al pago de la indemnización moratoria y la sanción por no consignación de cesantías al señalar que el actuar de la demandada no fue de buena fe.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que se debe tener como fecha de terminación del contrato el 26 de septiembre del 2016 y no el 17 de septiembre del 2015, pues si bien obra en el expediente carta de renuncia, no tiene fecha de recibido de la demandada, ni fecha de radicado. Que se debe tener en cuenta es la comunicación que le envió la demandada para dar por terminado el contrato de trabajo. Que al cambiar el extremo final debe revisarse nuevamente la prescripción y la condena impuesta por concepto de sanción por no consignación de las cesantías e indemnización moratoria.

5. Recurso de apelación parte demandada. Señaló que en la carta de renuncia que se tuvo en cuenta, ni siquiera se especificaron las causales que motivaron su decisión. En cuanto a la sanción por no consignación de cesantías y la indemnización moratoria señala que no se debe impartir condena por ese concepto como quiera que con la Resolución 1702 del 2015 la demandada se encuentra legalmente impedida para realizar pagos, por lo que no puede presumirse su mala fe. Que la demandante no prestó sus servicios hasta el 17 de septiembre del 2015, por lo que no puede condenarse a la demandada a que le pague salarios y prestaciones sociales por un tiempo en el cual no prestó sus servicios.

6. Alegatos demandante. Manifiesta que se ratifica en las pretensiones de la demanda y en los hechos y fundamentos de su defensa, así como con las pruebas que le son favorables.

Alegatos Fundación Universitaria San Martín. Reitera la imposibilidad de pago por motivo de la intervención que limita la sanción del art. 65 del CST y del art. 99 la Ley 50 de 1990.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por ambas partes se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Los **problemas jurídicos** que centra la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Cuál es el extremo final de la relación laboral que unió a las partes?; (ii) ¿Hay lugar liquidar nuevamente las acreencias laborales adeudadas?; (iii) ¿Acertó el A quo al condenar al pago de la indemnización por despido sin justa causa? y (iv) ¿El actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, bajo el argumento de que no podía hacer pagos de acuerdo a lo dispuesto en la Resolución 1702 del 2015, en caso positivo, se le debe exonerar del pago de la sanción por no consignación de cesantías y la indemnización moratoria?

Relación Laboral, su extremo inicial y el salario

No existe discusión en esta instancia, pues no fue tema de apelación, que entre la señora Martha Consuelo Quiroga y la Fundación Universitaria San Martín existió un contrato de trabajo desde el 1º de agosto de 1995 y que los salarios devengados fueron los siguientes:

Año	Salario
1995	\$129.600
1996 a 1999	SMMLV
2000	\$282.242
2001	\$400.000
2002	\$432.000
2003 a 2006	\$466.560
2007	\$495.908
2008	\$527.696
2009	\$568.160
2010	\$588.866
2011	\$612.240
2012	\$647.940
2013	\$673.988
2014	\$704.316

Extremo final de la relación laboral

La falladora de primera instancia señaló como extremo final del contrato de trabajo el 17 de septiembre del 2015, conclusión a la que arribó luego de analizar el documento contentivo de renuncia presentada por la demandante, sin embargo, ninguna de las partes se encuentra de acuerdo con dicha decisión.

De una parte, la activa manifiesta que no debe tenerse en cuenta el documento en el que consta su renuncia en tanto no cuenta con constancia de recibido por parte de la demandada. Por otra parte, la pasiva sostiene que no puede declararse el contrato de trabajo hasta fecha declarada, pues la demandante no prestó sus servicios hasta ese día.

Para resolver este problema jurídico, debemos recordar que el artículo 23 del CST, indica que para que exista contrato de trabajo se requiere la concurrencia de los tres elementos del contrato, estos son, la **prestación personal del servicio**, la subordinación y el salario.

Al escuchar el interrogatorio de parte rendido por la demandante, encuentra la Sala que confesó haber prestado sus servicios únicamente hasta noviembre del 2014, aclarando que después de esa fecha no volvió a laborar debido al cierre de la Universidad

demandada, por tanto, es claro, que se equivocó la falladora de primera instancia al declarar la existencia de un contrato de trabajo hasta el 17 de septiembre del 2015. Razón por la que, además, no resulta dable tomar como extremo final de la relación laboral el día 26 de septiembre del 2016, como pretende la activa en su alzada, pues el elemento denominado prestación del servicio es indispensable para configurar la existencia de un contrato de trabajo.

Conforme a lo anterior, se modificará la decisión proferida en primera instancia, para tener como extremo final del contrato de trabajo el **30 de noviembre del 2014**.

Excepción de prescripción

Teniendo en cuenta que el contrato de trabajo estuvo vigente entre el 1º de agosto de 1995 y el 30 de noviembre del 2014, y que no se presentó reclamación ante la demandada, es claro que la prescripción sólo se interrumpió con la radicación de la demanda el 18 de diciembre del 2015 (fol. 18), por lo que se debe declarar probada parcialmente la excepción de prescripción en relación a las acreencias laborales exigibles con anterioridad al **18 de diciembre del 2012**.

Lo anterior, con excepción de las **cesantías** cuyo término se cuenta desde la finalización del contrato por ser la fecha en que se hacen exigibles (Criterio expuesto por la CSJ entre otras en la sentencia SL 472-2020), debiéndose declarar **no probada la excepción de prescripción** frente a esta acreencia, y en relación con las vacaciones se declara probada parcialmente en relación a las exigibles antes del 18 de diciembre del 2011, en razón a que el empleador cuenta con un año para concederlas (art. 187 CST y sentencia CSJ SL 2149-2020).

Frente a los aportes a seguridad social debe señalarse que los mismos son imprescriptibles, como quiera que constituyen el capital indispensable para la consolidación y la financiación de la pensión de vejez del trabajador. (Criterio expuesto en la sentencia de la CSJ SL 5544-2019)

Acreencias laborales adeudadas

Una vez realizadas las operaciones aritméticas teniendo en cuenta como extremo final el 30 de noviembre del 2014, encuentra la Sala que es procedente modificar la condena de las siguientes acreencias, frente a las cuales no está en discusión que la demandante tiene derecho:

Salarios

La falladora de primera instancia condenó al pago de salarios correspondientes a los meses de octubre del 2014 al 17 de septiembre del 2015.

Sin embargo, en esta instancia se determinó que el contrato celebrado entre las partes tenía como extremo final el 30 de noviembre del 2014, por lo que sólo es procedente condenar al pago de salarios del mes de octubre y noviembre del 2014, cuyo valor corresponde a la suma de **\$1'408.632**, teniendo en cuenta que no existe discusión respecto al último salario devengado por la demandante, el cual ascendió a la suma de \$704.316. Por tanto, se modificará la condena impuesta por el fallador de primera instancia.

Auxilio de Cesantías

Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año. (Art. 249 CST)

Para liquidar el auxilio de cesantías debe tomarse como base el último salario mensual, siempre y cuando éste no haya tenido variación en los 3 meses anteriores. En el caso contrario, y en el de los salarios variables se tomará como base el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año. (Art. 253 CST)

El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar el auxilio de cesantías, sin embargo, para que sea tomado en cuenta deberá demostrarse que fue percibido o que se reúnen los presupuestos contenidos en el art. 2° de la Ley 15 de 1959, esto es, devengar hasta 2 SMLMV, sin residir en el mismo lugar de trabajo, que el traslado no le implique un mayor costo o esfuerzo y que no le sea suministrado de manera gratuita por su empleador, supuestos que ni siquiera se enunciaron en la presente Litis y en consecuencia, no fueron debatidos judicialmente.

Frente a la reclamada prestación, se declaró no probada la excepción de prescripción en relación con el auxilio de cesantías.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda la suma de **\$8'549.679** por concepto de auxilio de cesantías entre el 1° de agosto de 1995 y el 30 de noviembre del 2014, sin embargo, como el a quo estableció que su monto ascendía a la suma **\$2'063.179,75** se mantendrá la condena para no hacer más gravosa la situación de la accionada a quien se le está conociendo por vía de apelación éste punto, pues en la alzada el demandante solo persiguió la modificación del extremo final de la relación laboral para una data posterior, la cual no salió avante.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días laborados	Valor cesantías
1995	\$ 129.600	\$ 0	\$ 129.600	151	\$ 54.360,00
1996	\$ 142.125	\$ 0	\$ 142.125	360	\$ 142.125,00
1997	\$ 172.005	\$ 0	\$ 172.005	360	\$ 172.005,00
1998	\$ 203.826	\$ 0	\$ 203.826	360	\$ 203.826,00
1999	\$ 236.460	\$ 0	\$ 236.460	360	\$ 236.460,00
2000	\$ 282.242	\$ 0	\$ 282.242	360	\$ 282.242,00
2001	\$ 400.000	\$ 0	\$ 400.000	360	\$ 400.000,00
2002	\$ 432.000	\$ 0	\$ 432.000	360	\$ 432.000,00
2003	\$ 466.560	\$ 0	\$ 466.560	360	\$ 466.560,00
2004	\$ 466.560	\$ 0	\$ 466.560	360	\$ 466.560,00
2005	\$ 466.560	\$ 0	\$ 466.560	360	\$ 466.560,00
2006	\$ 466.560	\$ 0	\$ 466.560	360	\$ 466.560,00
2007	\$ 495.908	\$ 0	\$ 495.908	360	\$ 495.908,00
2008	\$ 527.696	\$ 0	\$ 527.696	360	\$ 527.696,00
2009	\$ 568.160	\$ 0	\$ 568.160	360	\$ 568.160,00
2010	\$ 588.866	\$ 0	\$ 588.866	360	\$ 588.866,00

2011	\$ 612.240	\$ 0	\$ 612.240	360	\$ 612.240,00
2012	\$ 647.940	\$ 0	\$ 647.940	360	\$ 647.940,00
2013	\$ 673.988	\$ 0	\$ 673.988	360	\$ 673.988,00
2014	\$ 704.316	\$ 0	\$ 704.316	330	\$ 645.623,00
Total Auxilio de cesantías					\$ 8.549.679,00

Intereses a las cesantías

Todo empleador que esté obligado al pago de cesantías deberá pagar a sus trabajadores intereses sobre las mismas, lo cual se encuentra vigente desde la Ley 52 de 1975, en la que se estipuló que:

"A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que, en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargable

Actualmente, se encuentran contenidos en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el que se señala *"El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."*

Conforme a lo anterior, los trabajadores que tengan derecho al pago de cesantías, tienen derecho a que se les pague un interés del 12% anual a más tardar el 31 de enero de cada año, sobre la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior.

El valor de los intereses será el resultado de multiplicar la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior, por la tasa de interés del 12% anual y se divide por 360 días.

Como se señaló precedentemente, los intereses a las cesantías causados con anterioridad al 18 de diciembre del 2012, se encuentran prescritos. Por tanto, se liquidarán los intereses a las cesantías a partir de los que se hicieron exigibles el 31 de enero del 2013. Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada adeuda la suma de **\$229.649,89** por este concepto.

Como este punto solo fue objeto de alza por parte de la demandada a quien no se le puede hacer más gravosa su situación, se mantiene el valor señalado por el fallador de primera instancia, que asciende a la suma de \$244.556.

Intereses a las cesantías						
Intereses a las cesantías exigibles	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días laborados	Valor cesantías 2014-2016	Valor intereses a las cesantías
31 enero 2013 (sobre cesantías 2012)	\$ 647.940,00	\$ 0,00	\$ 647.940,00	360	\$ 647.940,00	\$ 77.752,80
31 enero 2014 (sobre cesantías año 2013)	\$ 673.988,00	\$ 0,00	\$ 673.988,00	360	\$ 673.988,00	\$ 80.878,56
Terminación del contrato (sobre las cesantías año 2014)	\$ 704.316,00	\$ 0,00	\$ 704.316,00	330	\$ 645.623,00	\$ 71.018,53
Total Intereses a las cesantías						\$ 229.649,89

Prima de servicios

El empleador está obligado a pagar a su empleado la prima de servicios que corresponde a 30 días de salario por año, la cual deberá reconocerse en dos pagos, así: (i) 15 días de salario los cuales deberá pagar a más tardar el 30 de junio y (ii) los otros 15 días deberá cancelarlos los 20 primeros días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado. (Art. 306 CST)

El salario base de liquidación es el promedio de lo devengado en el respectivo semestre o en lapso trabajado. El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar la prima de servicios, con la advertencia que se efectuó en el acápite de cesantías.

Teniendo en cuenta que se encuentran prescritas las primas de servicio cuya exigibilidad se presentó con anterioridad al 18 de diciembre del 2012, es claro que la prima que debía pagarse el 20 de diciembre del 2012 y las subsiguientes no se encuentran prescritas.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda la suma de **\$1'643.581** por concepto de prima de servicios. Por tanto, como la suma obtenida es superior a la definida por el a quo, cuya liquidación no fue apelada, se confirma el valor impuesto por el fallador de primera instancia de \$1'425.800.

Prima de servicios				
Prima causada	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Valor prima
dic-12	\$ 647.940,00	\$ 0,00	\$ 647.940,00	\$ 323.970,00
jun-13	\$ 673.988,00	\$ 0,00	\$ 673.988,00	\$ 336.994,00
dic-13	\$ 673.988,00	\$ 0,00	\$ 673.988,00	\$ 336.994,00
jun-14	\$ 704.316,00	\$ 0,00	\$ 704.316,00	\$ 352.158,00
dic-14	\$ 704.316,00	\$ 0,00	\$ 704.316,00	\$ 293.465,00
Total Prima de servicio				\$ 1.643.581,00

Vacaciones

Todo empleador está obligado a conceder a sus trabajadores por cada año de servicios, quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año siguiente a aquel en que se causaron, y deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso. (Art. 186 y s.s. CST)

Los trabajadores que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se le reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado.

De conformidad con el art. 189 del CST para la compensación en dinero de las vacaciones se tomará como base el último salario devengado por el trabajador. Siendo necesario señalar que para el cálculo de esta acreencia no se tendrá en cuenta el auxilio de transporte.

Como quiera que, en el presente caso no fueron disfrutadas las vacaciones, una vez realizadas las operaciones aritméticas respecto de las exigibles con posterioridad al 18 de diciembre del 2011, encuentra la Sala que se adeuda a la demandante la suma de **\$1'423.962,78** por su compensación en dinero. Pese a lo anterior, no se modificará la condena impartida en primera instancia en razón a que la liquidación y valor establecido no fueron objeto de alzada.

Vacaciones -inició el contrato el 1° de agosto de 1995-				
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones (fecha en que se hacen exigibles)	Salario	Días laborados	Valor vacaciones
1-08-2010 a 31-07-2011	1/08/2012	\$ 588.866,00	360	\$ 294.433,00
1-08-2011 a 31-07-2012	1/08/2013	\$ 647.940,00	360	\$ 323.970,00
10-08-2012 a 31-07-2013	1/08/2014	\$ 673.988,00	360	\$ 336.994,00
1/08/2013 a 31/07/2014	30/11/2014 (fecha de terminación contrato)	\$ 704.316,00	360	\$ 352.158,00
1/08/2014 a 30/11/2014		\$ 704.316,00	119	\$ 116.407,78
Total Vacaciones				\$ 1.423.962,78

Indemnización por despido sin justa causa

De conformidad con lo establecido en el literal h) del artículo 61 del C.S. del T., el contrato de trabajo puede terminarse unilateralmente por una de las partes, siempre que medie una de las justas causas contempladas en el artículo 7 del Decreto Ley 2351 de 1965, que modificó los artículos 62 y 63 del estatuto del trabajo, so pena de tenerse por finalizado por incumplimiento de lo pactado, en virtud de la condición resolutoria en él contenida, lo que da lugar al pago de los perjuicios, previamente tarifados en el artículo 64 del C.T. del T., en el evento de que su culminación se dé por una decisión unilateral e injusta del empleador.

Frente a éste tema, debemos recordar que desde tiempo atrás nuestra Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, entre otras, en la sentencia SL 1166-2018 ha explicado que para el evento del despido y la procedencia de la indemnización en mención, al trabajador le

corresponde demostrar que la iniciativa de ponerle fin a la relación provino del empleador y, a éste le incumbe acreditar la justificación del hecho o hechos que lo originaron, recordándose que para ello, no es suficiente la mera enunciación que hacen las partes de tales hechos en la demanda, la contestación o sus alegaciones, sino que la ley les impone, traer al debate judicial los elementos probatorios destinados a verificar que éstos acontecieron, como lo prescribe el artículo 167 del CG del P. aplicable al asunto por analogía del artículo 145 del CPT y SS.

En el caso bajo examine a partir de las pruebas obrantes en el proceso encuentra la Sala, que no existe prueba de que la demandante haya sido despedida el 30 de noviembre del 2014, fecha hasta la cual prestó sus servicios para la demandada.

En este punto es necesario resaltar que si bien al absolver interrogatorio de parte, la demandante señaló que la Fundación demandada no le dejó seguir prestando sus servicios después del 30 de noviembre del 2014, lo cierto es que, la referida terminación del contrato por parte del ente educativo, no se confiesa en la contestación de la demanda, ni en el interrogatorio de parte practicado al Representante Legal de la demandada.

Virtud de lo dicho, no queda otro camino que revocar la condena impuesta por este concepto.

Indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías

Para resolver la inconformidad planteada por la parte demandante en su apelación, cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, 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, una indemnización moratoria. Por su parte, el art. 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el empleador que no consigne las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, deberá pagar a título de sanción un día de salario por cada día de retardo.

En relación con las indemnizaciones en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, las mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que la única razón que argumentó la parte demandada para ser exonerada del pago de la indemnización moratoria, es que se encontraba impedida para hacer pagos de conformidad con el contenido de la Resolución 1702 del 2015, lo cual no es de recibo, pues pese a que la accionada manifiesta que el no pago de los emolumentos objeto de condena devino por la intervención efectuada por el Ministerio de Educación, es claro que previo a esa vigilancia la Fundación venía sustrayéndose en el pago de las prestaciones sociales y acreencias a que tenía derecho

la actora; luego no es de recibo que se alegue su propia culpa en beneficio, cuando ese hecho aconteció por culpa de la institución dado el manejo de sus recursos y cuando el incumplimiento data de tiempo atrás sin que se evidencie justificación alguna al respecto, máxime cuando de plano sabía que la actora se encontraba regida bajo una relación de índole laboral, como lo acepta desde la contestación de la demanda.

Así las cosas, considera la Sala que le asiste razón a la falladora de primera instancia, pues de las actuaciones de la demandada no se observa que su actuar haya estado revestido de buena fe.

En consecuencia, no encuentra la Sala ninguna prueba que permita evidenciar la buena fe de la demandada y, por ende, exonerarla del pago de la indemnización moratoria.

Cuantificación sanción por no consignación de las cesantías

El numeral 3° del art. 99 de la Ley 50 de 1990 establece que 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 día de retardo.**

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda a la demandante la suma de **\$16'092.630** por sanción por no consignación de las cesantías, suma inferior a la reconocida por el fallador de primera instancia, por lo que se modifica este punto.

Sanción por no consignación de cesantías						
Cesantías causadas	Cesantías (Fecha en que se debían consignar)	Período liquidado	Salario	Día de salario	Días en mora	Valor Sanción
2011	15/02/2012	18-12-2012 (Antes está prescrito) a 31-12-2012	\$ 647.940,00	\$ 21.598,00	13	\$ 280.774,00
		01-01-2013 a 15-02-2013	\$ 673.988,00	\$ 22.466,27	45	\$ 1.010.982,15
2012	15/02/2013	16-02-2013 a 31-12-2013	\$ 673.988,00	\$ 22.466,27	315	\$ 7.076.875,05
		01-01-14 a 15-02-2014	\$ 704.316,00	\$ 23.477,20	45	\$ 1.056.474,00
2013	15/02/2014	16-02-2014 a 30-11-2014	\$ 704.316,00	\$ 23.477,20	284	\$ 6.667.524,80
Total sanción por no consignación de las cesantías						\$ 16.092.630,00

Cuantificación indemnización moratoria

En cuanto a la indemnización moratoria, como quiera que el contrato de trabajo finalizó el 30 de noviembre del 2014 y la demanda se presentó el 18 de diciembre del 2015 (fol. 18), es decir, dentro de los 24 meses siguientes a la culminación del vínculo laboral, la demandante tiene derecho a que se le reconozca a título de indemnización moratoria un día de salario por cada día de mora hasta que los salarios y prestaciones sociales sean cancelados en su totalidad.

Por tanto, se condena a la demandada a pagar la suma de \$23.477 diarios a partir del 1° de diciembre del 2015 y hasta que se haga efectivo el pago de salarios y prestaciones sociales adeudados.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 27 de febrero del 2019, por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, en el sentido de DECLARAR la existencia del contrato de trabajo que unió a la señora Martha Consuelo Quiroga con la Fundación Universitaria San Martín únicamente hasta el **30 de noviembre del 2014**.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia apelada en el sentido de condenar a la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN a pagar las siguientes sumas de dinero:

- Salarios **\$1'408.632**
- Sanción por no consignación de las cesantías **\$16'092.630**
- Indemnización moratoria a la suma de **\$23.477** diarios a partir del 1º de diciembre del 2015 y hasta que se haga efectivo el pago de salarios y prestaciones sociales adeudados.

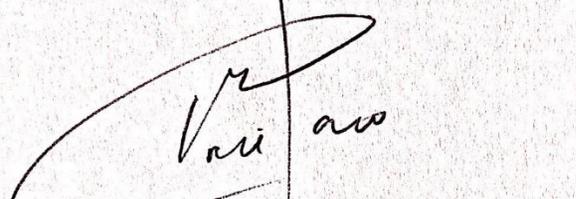
TERCERO: SE REVOCA PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia apelada para en su lugar ABSOLVER a la demandada del pago de la indemnización por despido sin justa causa.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia. La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
 Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
 Magistrado


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
 MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 3417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ANA YOLANDA DIAZ ZERDA
DEMANDADO: FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN
RADICACIÓN: 1100131050-20-2018-00066-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Ana Yolanda Díaz Zerda instauró demanda ordinaria contra FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 25 de julio de 1997 y el 26 de septiembre del 2016, el cual finalizó de manera unilateral y sin justa causa por el empleador. Como consecuencia, solicita se ordene el pago de salarios adeudados, prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, aportes a seguridad social, cuota monetaria del subsidio familiar, calzado y vestido de labor, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, sanción por el no pago de intereses a las cesantías, indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que prestó sus servicios de manera personal mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el día 25 de julio de 1997; que se desempeñó en el cargo de Auxiliar de Aseo; que el último salario devengado fue de \$855.520 mensuales; que desde el mes de septiembre del 2014 el empleador incumplió de manera sistemática e injustificada con sus obligaciones; que la Fundación demandada mediante carta del 19 de septiembre del 2016 la identificó como titular de derechos de carácter pecuniario; que mediante carta del 26 de septiembre del 2016 le dio por terminado su contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa; que la demandada le adeuda las acreencias laborales que pretende con esta demanda.

2. Contestación de la demandada. Contestó la demanda aceptando la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la demandante desde el 25 de julio de 1997 en el cual desempeñó el cargo de Auxiliar de Aseo. Se opuso a las demás pretensiones de la demanda argumentando que los incumplimientos se debieron a las medidas de salvamento adoptadas por el Ministerio de Educación. Propuso como excepciones de fondo las de buena fe, cobro de lo no debido, compensación y prescripción. (fol. 89 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 31 de julio del 2019, en la que el fallador de primera instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el 25 de julio de 1997 y el 31 de diciembre del 2014 y condenó a las sumas correspondientes por concepto de salarios, auxilios de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicio, compensación de vacaciones y cálculo actuarial por la no afiliación al Sistema de Seguridad Social. Absolvió a la demandada de las demás pretensiones de la demanda. (CD fol. 148)

Su decisión se basó en lo que interesa al recurso de apelación en que no existe discusión en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo y el extremo inicial del mismo. Que en cuanto al extremo final no puede declararse la existencia del contrato como lo pretende en la demanda, pues la demandante al absolver el interrogatorio de parte confesó que únicamente había prestado sus servicios hasta el 31 de diciembre del 2014; por lo que hasta esa fecha se declara el contrato de trabajo. Que se condena al pago de salarios desde el 15 de octubre al 31 de diciembre del 2014. Que teniendo en cuenta el documento visible a folio 30 el cual dice que fue radicado el 15 de febrero del 2016, se entiende interrumpido el término prescriptivo y se declara probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con las acreencias causadas con anterioridad al 15 de febrero del 2013 y del 15 de febrero del 2012 para las vacaciones. En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa señaló que la demandante no probó el despido por lo que no hay lugar a impartir condena por ese concepto. Frente a la indemnización moratoria señaló que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, pues el Ministerio de Educación le impuso suspender todos los pagos, por lo que su actuar no fue caprichoso.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que, si se probó el despido, pues se encuentra demostrado que la demandante tuvo que dejar de prestar sus servicios de manera abrupta. Indica que es injusto ponerle la carga probatoria a la demandante. Solicita se condene al pago de la indemnización moratoria señalando que el actuar de la demandada no estuvo revestido de buena fe y que no puede escudarse en las Resoluciones del Ministerio.

5. Recurso de apelación parte demandada. Señaló que el fallador de primera instancia condenó al pago de salarios en períodos en que no se había prestado el servicio. Que se debe declarar probada la excepción de prescripción, pues el documento tenido en cuenta por el fallador de primera instancia es una reclamación genérica con la cual no se logra interrumpir la prescripción.

6. Alegatos Fundación San Martín. Indica que se ratifica frente a todos y cada uno de los puntos y argumentos expuestos dentro del recurso de apelación que se interpuso, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se condenó a LA FUNDACIÓN

UNIVERSITARIA SAN MARTÍN, por lo que solicita muy respetuosamente al Honorable Tribunal, se modifique la sentencia proferida en los puntos que fueron objeto de apelación, conforme los argumentos que ya fueron expresados en primera instancia, reiterando que dentro proceso se encuentra acreditados los pagos que fueron objeto de apelación.

Alegatos demandante. Señala que debe revocarse parcialmente la sentencia en lo solicitado toda vez que, como bien lo expresó al momento de sustentar el recurso de apelación, debió declararse por parte del A quo que, la demandante tenía derecho al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, al igual que a la indemnización moratoria, pues no puede tenerse como buena fe de la demandada, el hecho de haber cerrado abrupta e intempestivamente, dejando a los trabajadores sin explicación alguna del por qué no podían continuar desarrollando las funciones propias de su relación laboral con la demandada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por ambas partes se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Los **problemas jurídicos** que centra la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿La reclamación presentada por la demandante ante la Fundación demandada tiene la virtualidad de interrumpir la prescripción? y (ii) ¿Hay lugar a condenar al pago de salarios, prestaciones sociales, indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria?

De la relación Laboral, sus extremos y el salario

No existe discusión en esta instancia, pues no fue tema de apelación, que entre la señora Ana Yolanda Díaz Zerda y la Fundación Universitaria San Martín existió un contrato de trabajo durante el período comprendido entre el 25 de julio de 1997 y el 31 de diciembre del 2014, siendo el último salario devengado de \$627.510.

Del pago de salarios

La falladora de primera instancia condenó a la Fundación demandada al pago de salarios desde el 15 de octubre al 31 de diciembre del 2014.

La apoderada de la Fundación San Martín no atacó la existencia del contrato de trabajo que declaró el a quo hasta el 31 de diciembre de 1994, simplemente se limitó a decir que se había condenado al pago de salarios por unos períodos en los cuales la demandante no prestó sus servicios, sin señalar a que períodos se refiere.

Por tanto, al no controvertirse que la demandante prestó sus servicios hasta el 31 de diciembre del 2014 fecha hasta la cual se declaró el contrato de trabajo, es claro que en principio acertó el fallador de primera instancia al condenar a pagar los salarios dejados de cancelar hasta el 31 de diciembre del 2014, excepto que los

mismos se encuentren afectados por el fenómeno de la prescripción sobre la cual se pronunciará la sala con posterioridad.

De la indemnización por despido sin justa causa

De conformidad con lo establecido en el literal h) del artículo 61 del C.S. del T., el contrato de trabajo puede terminarse unilateralmente por una de las partes, siempre que medie una de las justas causas contempladas en el artículo 7 del Decreto Ley 2351 de 1965, que modificó los artículos 62 y 62 del estatuto del trabajo, so pena de tenerse por finalizado por incumplimiento de lo pactado, en virtud de la condición resolutoria en él contenida, lo que da lugar al pago de los perjuicios, previamente tarifados en el artículo 64 del C.T. del T., en el evento de que su culminación se dé por una decisión unilateral e injusta del empleador.

Frente a lo que hay que señalar que desde tiempo atrás, la jurisprudencia entre otras en la sentencia SL 1166-2018 ha explicado que para el evento del despido y la procedencia de la indemnización en mención, al trabajador le corresponde demostrar que la iniciativa de ponerle fin a la relación provino del empleador y, a éste le incumbe acreditar la justificación del hecho o hechos que lo originaron, recordándose que para ello, no es suficiente la mera enunciación que hacen las partes de tales hechos en la demanda, la contestación o sus alegaciones, sino que la ley les impone, traer al debate judicial los elementos probatorios destinados a verificar que éstos acontecieron, como lo prescribe el artículo 167 del CG del P. aplicable al asunto por analogía del artículo 145 del CPT y SS.

En el caso bajo examine a partir de las pruebas obrantes en el proceso encuentra la Sala, que le asiste razón al fallador de primera instancia, al señalar que dicha carga procesal no fue cumplida por el extremo actor. Lo anterior, por cuanto de la prueba recaudada, tanto de la documental, como la declarativa, no se logra demostrar la existencia de una decisión unilateral de la parte demandada, que diera lugar a la terminación del último contrato de trabajo a término fijo celebrado entre las partes, el día 31 de diciembre del 2014.

Y ello es así, por cuanto si bien en su apelación el apoderado de la parte demandante manifiesta que la Fundación demandada de manera abrupta no le dejó seguir prestando sus servicios después del 31 de diciembre del 2014, lo cierto es que no obra prueba alguna en el expediente de su dicho; a lo que hay que agregar que la referida terminación del contrato por parte del ente educativo, no se confiesa en la contestación de la demanda, ni en el interrogatorio de parte practicado al Representante Legal de la demandada.

Virtud de lo dicho, no queda otro camino que confirmar la sentencia de primera instancia, debido a que, si bien en el recurso se insiste en la existencia del despido, ello no se prueba.

De la excepción de prescripción

Para resolver este problema jurídico debemos remitirnos al art. 151 del CPT y de la SS el cual establece que las acciones laborales prescribirán en 3 años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y señala que el

simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador **sobre un derecho o prestación debidamente determinado** interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.

El fallador de primera instancia consideró que con la reclamación allegada a folio 30 se interrumpía la prescripción, decisión con la que no está de acuerdo el apoderado de la parte demandada quien manifiesta que al ser una reclamación genérica no tiene la virtualidad de interrumpir la prescripción.

Al revisar el documento visible a folio 30 se observa que tiene apartes parcialmente destruidos en los cuales no se puede leer claramente su información, por lo cual será apreciado de conformidad con lo establecido en el art. 252 del CGP, es decir, que se desecharan las partes que no son legibles.

El referido documento esta adiado 15 de febrero del 2016 y de su contenido se desprende que la demandante presentó solicitud de acreencias, sin especificar ni siquiera que tipo de acreencias si son laborales o no, sin determinar qué es exactamente lo que está reclamando, incumpliendo con el presupuesto contenido en el art. 151 del CPT, por lo que le asiste razón al apoderado de la parte demandada al señalar que dicha solicitud no tiene la capacidad para interrumpir el término prescriptivo, contrario a lo señalado por el fallador de primera instancia. En este punto se debe hacer notar que, aunque en la petición se indica que adjuntan 40 folios no existe certeza de cuáles fueron los documentos anexados.

Por tanto, es claro que la prescripción sólo fue interrumpida con la radicación de la demanda el día **7 de febrero del 2018**, es decir, que se encuentra prescritas todas las acreencias laborales causadas con anterioridad al **7 de febrero del 2015**, y teniendo en cuenta que el contrato de trabajo que unió a las partes finalizó el 31 de diciembre del 2014, es claro que se debe declarar probada la excepción de prescripción en relación con los salarios, intereses a las cesantías y prima de servicios.

En relación a las **cesantías**, a pesar de que el término se cuenta desde la finalización del contrato por ser la fecha en que se hacen exigibles (Criterio expuesto por la CSJ entre otras en la sentencia SL 472-2020), debe igualmente declararse **probada la excepción de prescripción** frente a esta acreencia, pues entre la terminación del contrato de trabajo -31 de diciembre del 2014- y la radicación de la demanda -7 de febrero del 2018 transcurrieron más de 3 años.

En cuanto a las vacaciones se declara probada parcialmente en relación a las exigibles antes del **7 de febrero del 2014**, en razón a que el empleador cuenta con un año para concederlas (art. 187 CST y sentencia CSJ SL 2149-2020).

Frente a los aportes a seguridad social debe señalarse que los mismos son imprescriptibles, como quiera que constituyen el capital indispensable para la consolidación y la financiación de la pensión de vejez del trabajador. (Criterio expuesto en la sentencia de la CSJ SL 5544-2019)

De las Vacaciones

Todo empleador está obligado a conceder a sus trabajadores por cada año de servicios, quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año siguiente a aquel en que se causaron, y deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso. (Art. 186 y s.s. CST)

Los trabajadores que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se le reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado.

De conformidad con el art. 189 del CST para la compensación en dinero de las vacaciones se tomará como base el último salario devengado por el trabajador. Siendo necesario señalar que para el cálculo de esta acreencia no se tendrá en cuenta el auxilio de transporte.

Como quiera que, en el presente caso no fueron disfrutadas las vacaciones, una vez realizadas las operaciones aritméticas respecto de las exigibles con posterioridad al 7 de febrero del 2014, encuentra la Sala que se adeuda a la demandante la suma de **\$762.424,65** por su compensación en dinero. Pese a lo anterior, no se modificará la condena impartida en primera instancia en razón a que se está conociendo este punto por la apelación presentada por la parte demandada y el fallador de primera instancia condenó a la demandada por concepto de compensación de vacaciones a la suma de \$312.755; suma inferior a la aquí liquidada.

Vacaciones -inició el contrato el 25 de julio de 1997-				
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones causación	Salario	Días laborados	Valor vacaciones
25-07-2012 al 24-07-2013	25/07/2014	\$ 627.510,00	360	\$ 313.755,00
25-07-2013 al 24-07-2014	31-12-2014 (terminación contrato)	\$ 627.510,00	360	\$ 313.755,00
25-07-2014 al 31-12-2014		\$ 627.510,00	155	\$ 134.914,65
Total Vacaciones				\$ 762.424,65

De la indemnización moratoria

Para resolver la inconformidad planteada por la parte demandante en su apelación, cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, 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, una indemnización moratoria.

En el presente caso, si bien el demandante apela señalando que el actuar de la demandada no estuvo revestido de buena fe y que, por ende, no se le debe exonerar del pago de la indemnización moratoria; lo cierto es que, al declararse probada la excepción de prescripción respecto de los salarios y prestaciones sociales

adeudados, esta sanción se torna inexistente, pues al absolverse por dichos conceptos, no hay suma sobre la cual se pueda aplicar la indemnización moratoria.

En consecuencia, se confirma la absolución impartida por este concepto, pero por lo aquí expuesto.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia proferida el 31 de julio del 2019, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, en el sentido de ABSOLVER a la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN de la condena impuesta por concepto de salarios, cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios frente a las cuales se declara probada la excepción de prescripción.

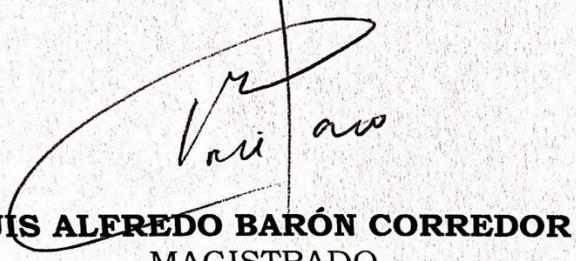
SEGUNDO: SE CONFIRMA en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
 Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
 Magistrado


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
 MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: CAROLINA RUBIO ORTÍZ
DEMANDADO: FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN
RADICACIÓN: 1100131050-26-2014-00640-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Carolina Rubio Ortíz instauró demanda ordinaria contra FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 16 de agosto del 2013 y el 30 de noviembre del 2013, el cual finalizó de manera unilateral y sin justa causa por el empleador. Solicita se declare que al momento de finalización del contrato de trabajo se encontraba embarazada. Como consecuencia, solicita se ordene su reintegro y se le cancelen las acreencias laborales que se generaron entre la fecha en que fue despedida y su reintegro. Igualmente pide se le pague como pretensión principal las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, auxilio de transporte, aportes a seguridad social, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, la indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso por el tiempo que duró la relación laboral. (fol. 2 y s.s. y 35 y s.s. subsanación).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 16 de agosto del 2013 al 30 de noviembre del 2013, el cual finalizó por decisión unilateral y sin justa causa por parte del empleador; que prestó sus servicios como asistente administrativa; que el salario devengado fue de \$1'200.000; que cumplía un horario de trabajo; que se entero que estaba en embarazo el 25 de septiembre del 2013 y lo notificó a la demandada el 26 de septiembre del 2013; que su hijo nació el 27 de diciembre del 2013; que su contrato de trabajo se terminó cuando estaba en embarazo; que se le adeudan las acreencias laborales que pretende con la presente demanda.

2. Contestación de la demandada. Teniendo en cuenta que a pesar de haber sido notificada en debida forma la demandada no se acercó a notificarse personalmente se le

designó curador ad litem (fol. 75), quien contestó la demanda señalando que no le constan los hechos de la demanda y que se atiende a lo que resulte probado dentro del proceso. Propuso como excepciones de fondo las de buena fe y la genérica. (fol. 77 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 30 de septiembre del 2019, en la que la falladora de primera instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el 16 de agosto del 2013 y el 30 de noviembre del 2013 y condenó a las sumas correspondientes por concepto de auxilio de transporte, compensación en dinero de las vacaciones, indemnización moratoria y al cálculo actuarial ante la omisión en la afiliación a seguridad social Absolvió a la demandada de las demás pretensiones de la demanda. (CD fol. 148)

Su decisión se basó en lo que interesa al recurso de apelación en que se encuentra probada la existencia de un contrato de trabajo y los extremos del mismo con la prueba documental allegada. Que no hay lugar a reintegro pues se evidencia que el vínculo laboral finalizó por renuncia de la trabajadora. Que no se evidencia que se le haya pagado a la demandante el auxilio de transporte, ni la vacaciones por lo que se condena por dicho concepto. Que no se evidencia ningún eximente de responsabilidad por lo que se condena al pago de la indemnización moratoria hasta la fecha en que pago los salarios y prestaciones sociales adeudadas.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandada** interpuso recurso de apelación argumentando que a folio 119 se allegó certificación del Director de Recursos Humanos en el que se evidencia que ya se pagó a la demandante el auxilio de transporte. Y solicita se absuelva de la condena por indemnización moratoria, pues considera se debe tener en cuenta la situación económica de la demandada desde el año 2013.

5. Alegatos Fundación San Martín. Indica que se ratifica en todos los argumentos expuestos en su recurso de apelación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Los **problemas jurídicos** que centra la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿La demandada pagó el auxilio de transporte al cual se le condenó en primera instancia? y (ii) ¿La demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST ante la falta de pago de prestaciones sociales al momento de la terminación del contrato de trabajo?

De la relación laboral y sus extremos

No existe discusión en esta instancia, pues no fue tema de apelación, que entre la señora Carolina Rubio Ortiz y Fundación Universitaria San Martín, existió un contrato de trabajo entre el 16 de agosto del 2013 al 30 de noviembre del 2013.

Del pago del auxilio de transporte

Para resolver este problema jurídico, debe señalarse que la falladora de primera instancia consideró que la demandante tenía derecho al pago del auxilio de transporte durante la

relación laboral que la unió a la Fundación Universitaria San Martín, por lo que condenó a la demandada a pagar la suma correspondiente por dicho concepto.

Por su parte, la Fundación demandada no controvierte que la demandante tenga derecho al pago del auxilio de transporte; simplemente indica que dicha acreencia ya le fue pagada conforme se observa en la certificación visible a folio 119.

A folio 119 se allegó certificación del Director de Recursos Humanos (E) de la Fundación Universitaria San Martín en el que señala que efectuada la consulta de los archivos magnéticos de dicha entidad se encontró que a la demandante se le había pagado en la nómina del año 2013 para los meses de agosto a noviembre la suma de \$70.500 mensuales por concepto de auxilio de transporte, documento que fue incorporado de oficio como prueba por la falladora de primera instancia en la audiencia del 3 de abril del 2018, los cuales fueron puestos en conocimiento de la parte demandante y se le otorgó el término de 5 días para que manifestara cualquier objeción o tacha frente a los mismos.

Una vez revisado el expediente se evidencia que la parte demandante no hizo manifestación alguna frente a los documentos incorporados, por lo que gozan de plena validez y pueden ser valorados en esta instancia.

De acuerdo a la anterior certificación encuentra la Sala que le asiste razón al apoderado de la Fundación Universitaria San Martín al señalar que se encuentra probado que dicha entidad canceló con la nómina de cada mes el valor correspondiente al auxilio de transporte del año 2013, por lo que no hay lugar a impartir condena por este concepto; razón por la cual se absolverá a la demandada de esta pretensión.

De la indemnización moratoria

Para resolver la inconformidad planteada por la parte demandada en su apelación, cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, 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, una indemnización moratoria.

En relación con la indemnización en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia entre otras en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado, que la misma no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T 459 del 2017 en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que el único argumento de la parte demandada para ser exonerada del pago de la indemnización moratoria, está basado la difícil situación económica que atravesaba la Fundación demandada desde el año 2013, la cual ni siquiera fue acreditada dentro del expediente.

Por el contrario, considera la Sala que le asiste razón a la falladora de primera instancia, pues de las actuaciones de la demandada no se observa que su actuar haya estado revestido de buena fe ya que no se aportó ninguna prueba que permita justificar porque razón la Fundación demandada no canceló las prestaciones sociales a la demandante una vez finalizada su relación laboral.

En consecuencia, no encuentra la Sala ninguna prueba que permita evidenciar la buena fe de la demandada y, por ende, exonerarla del pago de la indemnización moratoria; razón por la cual se confirma la condena impartida por este concepto.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia proferida el 30 de septiembre del 2019, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, en el sentido de ABSOLVER a la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN de la condena impuesta por concepto de auxilio de transporte.

SEGUNDO: SE CONFIRMA en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



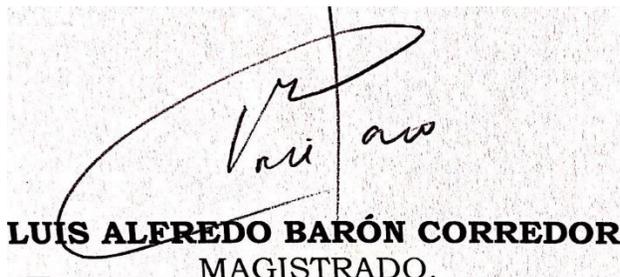
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: *ORDINARIO LABORAL*
DEMANDANTE: *JOSÉ MIGUEL ALBERTO BAQUERO*
DEMANDADO: *EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.*
RADICACIÓN: *1100131050-38-2017-00778-01*
ASUNTO: *CONSULTA SENTENCIA*
TEMA: *DESCUENTO DE ENERGÍA – BENEFICIO CONVENCIONAL*

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. José Miguel Alberto Baquero instauró demanda ordinaria en contra de la Empresa de Energía de Bogotá SA con el fin de que se declare que la empresa demandada se encuentra obligada a respetar los derechos adquiridos del actor, en virtud de los beneficios pensionales por extensión colectiva, en relación con el descuento del valor del consumo de energía; que está obligada al restablecimiento del derecho adquirido el cual le fue suspendido el 25 de agosto del 2020, el cual venía gozando cuando era empleado; que se ordene a la demandada a reembolsar las sumas que no le fueron descontadas de manera indexada junto con los intereses moratorios has que se reestablezca el derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que desde el 1° de marzo de 1997 le fue reconocida una pensión mensual vitalicia de jubilación como trabajador de la Empresa de Energía de Bogotá SA en su condición de trabajador; que al adquirir el status de pensionado siguió gozando de los beneficios convencionales contemplados en las diferentes convenciones colectivas entre ellos el descuento mensual al valor del consumo de energía equivalente a un 85% de descuento en cada facturación; que para seguir gozando de dicho beneficio únicamente se debían actualizar los datos anualmente; que mediante oficio S-CL-73-2010-005389 del 2 de agosto del 2010 le comunicaron que en virtud del AL 01 del 2005 que modificó el art. 48 de la Constitución Política a partir del 1° de agosto del 2010 no pueden haber beneficios pensionales diferentes a los establecidos en el Sistema General de Pensiones, por lo que no es posible extender a los pensionados el beneficio del descuento del valor del consumo de energía del que

venía disfrutando y le suspenden el beneficio a partir de esa fecha; que radicó petición el 25 de mayo del 2015 ante la demandada solicitando el restablecimiento de su derecho, sin obtener una respuesta favorable.

3. Contestación de la Empresa de Energía de Bogotá S.A. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no hay derechos adquiridos en relación con los beneficios adicionales a las mesadas pensionales. Que no es posible seguir pagando el beneficio convencional que reclama el actor, como quiera que fue prohibido por el AL 01 del 2005. Que por mutuo acuerdo la organización sindical y la empresa hicieron extensivo a los pensionados los beneficios del centro vacacional y del descuento del valor del consumo de energía mediante convención colectiva la cual se vio afectada por el AL 01 del 2005. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe e inexistencia de los derechos reclamados. (fol. 137 y s.s.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 30 de septiembre del 2019, en la que el fallador de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 308)

La decisión del Juez se basó en que no es objeto de controversia el status de pensionado, ni que se le otorgó el beneficio relacionado con el descuento de energía en los términos del art. 20 de la Convención Colectiva de 1996-1997. Que el AL señaló que los beneficios convencionales se mantendrían por el término inicialmente pactado y no se podrían estipular condiciones pensionales más favorables, pues perderían vigencia el 31 de julio del 2010. Que el derecho convencional que se reclama no regula condiciones pensionales, ni está relacionado con la pensión, simplemente es un beneficio consagrado para los pensionados. Que ese beneficio fue modificado por un Acuerdo extraconvencional en el que se acordó sustituir el beneficio aquí reclamado por un auxilio equivalente a 3 días de SMMLV señalando que el nuevo auxilio era únicamente para los trabajadores. Que en el Acuerdo extraconvencional no se derogó el descuento de energía para los pensionados por lo que sigue vigente. Que la convención dice que para adquirir el descuento del 85% en la facturación del consumo de energía se requiere que el pensionado demuestre que es la única persona que tiene a cargo el sostenimiento del hogar, lo cual no hizo el demandante, por lo que no tiene derecho. Indica además que el derecho a reclamar el beneficio convencional se encuentra prescrito, pues no reclamó dentro de los 3 años siguientes a la suspensión.

5. Alegatos demandante. Indica que la empresa demandada le desconoció los derechos adquiridos a su poderdante, tema que ya ha sido ampliamente debatido por la CSJ, por lo que solicita se acoja dicha postura.

Alegatos demandada. Afirma que tenía derecho a suspender el pago como lo hizo como quiera que el AL 01 del 2005, pues no se está afectando ni el derecho pensional, ni el valor de la mesada que es lo que protege el AL 01 del 2005.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se conoce en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante de conformidad con el art. 69 del CPT y de la S.S.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿El descuento de energía estipulado en la convención colectiva de trabajo perdió vigencia con el Acuerdo Extraconvencional N° 01 del 2011 o con el AL 01 del 2005?

Calidad de pensionado

No es motivo de controversia que al señor José Miguel Alberto Baquero Beltrán se le reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación por parte de la Empresa de Energía de Bogotá mediante la Decisión de Gerencia N° 0395 del 24 de abril de 1997 a partir del 1° de marzo de 1997. (fol. 11 y s.s.)

Convención Colectiva – Beneficio Extralegal Descuento en el consumo de energía

Tampoco se discute que el actor como pensionado era beneficiario de la convención colectiva y tenía derecho al beneficio extralegal consagrado en su art. 20, consistente en un descuento en el servicio de energía.

La norma extralegal señaló *“La empresa de Energía de Bogotá ESP concederá descuentos sobre el valor de los servicios domésticos de energía que se prestan bajo contador en casas de habitación ocupadas única y exclusivamente por los trabajadores de la Empresa con sus familiares y por los pensionados de la Empresa y sus familiares”*.

El anterior beneficio fue suspendido por decisión unilateral de la convocada, conforme aparece a folio 17, en el que se observa que la Empresa de Energía remitió escrito el 2 de agosto del 2010 al actor señalándole lo siguiente:

“El Acto Legislativo No. 1 de 2005, por medio del cual se modificó el artículo 48 de la Constitución Política, estableció que a partir del 1 de agosto del año 2010 no puede haber beneficios pensionales ni reglas de carácter pensional diferentes a las establecidas en el Sistema General de Pensiones.

Como el sistema General de Pensiones no establece la posibilidad de extender a pensionados el beneficio de “Descuento del valor del consumo de energía” ni el uso del centro vacacional Antonio Ricaurte, nos permitimos informarle que, en acatamiento de la Constitución Política, tales beneficios dejaran de regir a partir de la citada fecha, es decir, a partir del 1 de agosto de 2010.

Como igual efecto se establece respecto de la extensión a pensionados en mantención de beneficios de salud y educación que la empresa tenga establecidos convencionalmente para sus trabajadores, estaremos informando en próximos días los alcances de este efecto derivado del mandato constitucional”

Acuerdo Extraconvencional N° 01 del 2011

No es materia de debate que mediante el Acuerdo Extraconvencional N° 01 del 2011 del 12 de octubre del 2011 la Empresa de Energía de Bogotá y la organización sindical SINTRAELECOL decidieron sustituir el descuento del valor del consumo de

energía que había sido establecido en la convención colectiva de trabajo, por otros beneficios extralegales como el auxilio familiar, préstamo de calidad de vida y un auxilio para gastos generales del hogar.

Ahora, para resolver el problema jurídico planteado debemos remitirnos a la postura de la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1330-2020 reiterada por la SL 2656 del 2020 en donde nuestra Corte Suprema tuvo la oportunidad de estudiar el rol que desempeñan los acuerdos extra convencionales celebrados entre un sindicato y la empresa con posterioridad a la suscripción de una convención colectiva de trabajo, señalando lo siguiente:

"Al respecto, se estableció que, por una parte, existen aquellos que tienen la condición de ser aclaratorios, es decir, los que buscan remediar las confusiones o dicotomías que emanan del ejercicio hermenéutico de un instrumento convencional; por otro lado, están los modificatorios, que buscan principalmente cambiar aspectos sustanciales que ya fueron en su momento acordados o, según el caso, introducir unos nuevos (CSJ SL12575-2017).

En cualquiera de las dos categorías, lo cierto es que no son exigibles las formalidades consagradas en el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, para efectos de reputar, en principio, como válidos los acuerdos a los que hubieren arribado las partes.

No obstante, en lo que concierne a los acuerdos modificatorios, se ha definido con suficiencia que estos deben siempre propender a mejorar las condiciones que previamente fueron pactadas por las partes a través de la creación de una convención colectiva de trabajo, so pena de resultar inaplicables.

En otras palabras, serán ineficaces todos aquellos documentos que cambien los derechos contenidos en un acuerdo extralegal y que representen un desmedro para los trabajadores por él cobijados (CSJ SL2105-2015).

Así las cosas, en el caso bajo examen se tiene que quedó demostrado que el acta extraconvencional n.º 1 de 2011, suscrita el 12 de octubre del mismo año, dispuso la sustitución de los artículos 16 y 19 y la modificación de los artículos 21 y 33, todos ellos de la convención colectiva de trabajo pactada para el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2004 y el 31 de diciembre de 2007. Esas modificaciones, acordadas entre la EEB y Sintraelec resultaron regresivas para los recurrentes, pues se les impidió gozar de aquellos derechos extralegales que venían aparejados con su condición de pensionados, y que son objeto del reclamo de este proceso."

Conforme a lo anterior, encuentra la Sala que acertó el a quo cuando señaló que el Acuerdo Extraconvencional celebrado entre la empresa de energía de Bogotá y el sindicato resulta inaplicable al actor como quiera que desmejoró las condiciones que previamente fueron pactadas por las partes.

Acto Legislativo 01 del 2005

El Acto Legislativo 01 del 2005 en su párrafo 2º y 3º estipuló lo siguiente:

"Párrafo 2º. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto

jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las Leyes del Sistema General de Pensiones.

[...]

Parágrafo transitorio 3º. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010."

Conforme a lo anterior es claro que buscando unificar las condiciones pensionales establecidas en la Ley 100 de 1993, el AL 01 del 2005 restringió la negociación colectiva en materia pensional, tal y como lo entendió el a quo, por lo que prohibió establecer condiciones pensionales diferentes a las establecidas en el Sistema General de Pensiones, respetando siempre los derechos adquiridos y las expectativas legítimas.

Frente al tema de los derechos adquiridos y las expectativas legítimas nuestra Corte Suprema de Justicia señaló en la sentencia SL 9188 del 2014, lo siguiente:

"Antes de la expedición del Acto Legislativo número 1 de 2005, la Ley 100 de 1993 buscó la unificación de los diversos regímenes existentes en materia de pensiones, tanto en el sector privado como en el público, y consagró un sistema universal que brindara la protección de la seguridad social en igualdad de condiciones y bajo las mismas reglas a toda la población, salvo las excepciones en ella señaladas.

"La unidad normativa y de prestaciones que caracteriza el sistema general de pensiones, trajo consigo como regla general que no se puedan consagrar prestaciones ni beneficios pensionales legales por fuera de los previstos en el estatuto de seguridad social integral, porque esto generaría un desvertebramiento del sistema y socavaría su objetivo.

"Lo anterior no significa, dijo esta Sala, que se desconozca la concesión previa de prerrogativas convencionales en materia de derechos pensionales, pues los beneficios extralegales causados antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, no pueden ser desconocidos, por constituir derechos adquiridos. Mas el otorgamiento de los que se causen en el futuro, que excediesen las condiciones establecidas en la ley de seguridad social, deberán articularse o armonizarse con lo trazado en el nuevo sistema general de pensiones. Así se dejó sentado en la sentencia del 8 de noviembre de 1999 rad. 12915, reiterada en las decisiones del 28 de marzo de 2000 rad. 13338 y 16 de junio de 2010 Rad. 37931 En este último pronunciamiento se adoctrinó:

"(...) El cuestionamiento que surge y que se plantea por el censor, es si después de la vigencia del sistema general de pensiones, vía convención colectiva, los actores sociales tenían libertad o no para configurar derechos pensionales distintos o que excedieran los previstos en la ley de seguridad social.

"Este ha sido un problema jurídico que ha sido tratado por la jurisprudencia de la Corte, teniendo como punto de partida la consideración de que la Ley

100 de 1993, garantizó el respeto a los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, incluyendo aquellos cuya fuente normativa eran los pactos o convenciones colectivas de trabajo, sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes”.

[...]

“Posteriormente, con la expedición del Acto Legislativo No. 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, las reglas de carácter pensional de derechos extralegales y convencionales tomaron otro rumbo, en la medida que por voluntad del constituyente, a partir de su vigencia no es dable en ningún caso pactar beneficios o prerrogativas que desarticulen el sistema general de pensiones, o alteren la uniformidad de prestaciones respecto de un grupo particular de ciudadanos, pues tajantemente prohíbe convenir condiciones pensionales diferentes a las legalmente establecidas, aún, cuando sean más favorables a los trabajadores. Con todo, ello no significa la afectación del derecho constitucional a la negociación colectiva, ya que la reforma constitucional del 2005 –que aquí se refiere– focaliza a ésta exclusivamente en el ámbito de las condiciones generales de trabajo, dejando así constitucionalmente consagrado que en adelante las condiciones pensionales se definirán sólo en el marco de la ley de seguridad social (parágrafo 2º), cuando señala que “A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones”.

”

“Fluye de lo transcrito, que deben respetarse los beneficios o prerrogativas extralegales de tipo pensional, siempre y cuando las cláusulas que los consagren en una convención o pacto colectivos, laudo arbitral o acuerdo, hayan sido válidamente convenidas antes de la vigencia del Acto Legislativo y además estén en pleno vigor al momento de reconocerlas, así posteriormente desaparezcan, por no poderse renovar más allá del 31 de julio de 2010, según lo dispone la mencionada reforma a la Carta.

“Con respecto a los efectos del Acto Legislativo número 1 de 2005 sobre los derechos adquiridos antes de su vigencia, es pertinente traer a colación lo expuesto en decisión del 3 de abril de 2008 radicación 29907, reiterada entre otras muchas sentencias en la del 20 de octubre de 2009 y la del 11 de mayo de 2010, radicados 34044 y 38074, respectivamente, oportunidad en la cual se dijo:

““Lo que si queda claro es el celo del constituyente por salvaguardar los derechos adquiridos, esto es, aquellos que han entrado en el patrimonio de las personas y que no les pueden ser arrebatados o quebrantados por quien los creó o reconoció legítimamente.

[...]

““Son varios los pasajes del Acto Legislativo que evidencian su firme propósito de respetar los derechos adquiridos en materia pensional. En efecto, se lee: “El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley”. “En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos”. “Sin perjuicio de los derechos adquiridos”. (Subrayas y comillas tal como aparecen en el texto).”

Conforme a lo anterior, y tal y como lo dijo el fallador de primera instancia en su decisión, el Acto Legislativo 01 del 2005 no limitó el beneficio extralegal del descuento de energía, pues dicho beneficio no tiene ninguna connotación de

carácter pensional, sino que simplemente es un beneficio adicional que se le otorgó a los pensionados de la Empresa de Energía de Bogotá, por lo que se equivocó la demandada al suspender el beneficio que venía disfrutando el actor señalando como fundamento el AL 01 del 2005, pues las partes están en todo su derecho conforme lo permite el art. 467 del CST de establecer el mejoramiento de las condiciones laborales.

Adicionalmente, el actor tenía un derecho adquirido frente al beneficio extralegal que aquí reclama, pues al momento de pensionarse, se encontraba vigente dicho beneficio para los pensionados. Siendo claro que se pueden extender las reglas fijadas en la convención colectiva después de que finalizó el vínculo laboral, así lo explicó la CSJ en la sentencia SL 839-2018:

"En efecto, la jurisprudencia vigente ha sostenido que es ineludible a la hora de establecerse los beneficiarios de las prebendas convencionales la existencia y vigencia de la relación laboral que a éstos legitima, de tal suerte que, de no acreditarse tales conceptos, no se abrirá paso el respectivo reclamo, tal discernimiento por desprenderse del artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo que la convención colectiva de trabajo se celebra "para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia" y, obviamente, los contratos de trabajo durante la vigencia de la convención colectiva de trabajo son los que igualmente están vigentes, no los que no lo están o que nunca lo han estado. De esa suerte, cualquier beneficio convencional en favor de quien no está ligado por un contrato de trabajo con la empresa suscribiente de la correspondiente convención colectiva de trabajo debe estar expresamente previsto por los convencionistas, por constituir según lo visto una estipulación para otro, para un tercero, tal es el caso de las prebendas extendidas en favor de los hijos de los trabajadores, o de los ex trabajadores, o de los pensionados e, incluso, de terceros totalmente ajenos a las relaciones contractuales de la empresa pero por cuya actividad pueden verse afectados en alguno de sus intereses, verbi gracia, la comunidad circundante de la misma."

Por tanto, se equivocó la Empresa de Energía de Bogotá al haber suspendido el beneficio extralegal que venía percibiendo el actor, sin embargo, teniendo en cuenta que el fallador de primera instancia absolvió señalando que el actor no había probado que cumplía los requisitos establecidos en la convención colectiva de trabajo, se modificará su decisión, para condenar a la demandada a cancelar el monto de los descuentos de energía que acredite el actor ante dicha entidad con el cumplimiento de los requisitos establecidos en la convención colectiva de trabajo, suma que deberá pagarse de manera indexada al momento en que se efectúe el pago.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 30 de septiembre del 2019, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar **CONDENAR** a la Empresa de Energía de Bogotá

que pague al señor José Alberto Baquero el monto de los descuentos de energía que acredite el actor ante dicha entidad con el cumplimiento de los requisitos establecidos en la convención colectiva de trabajo, suma que deberá pagarse de manera indexada al momento en que se efectúe el pago.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de la empresa demandada.

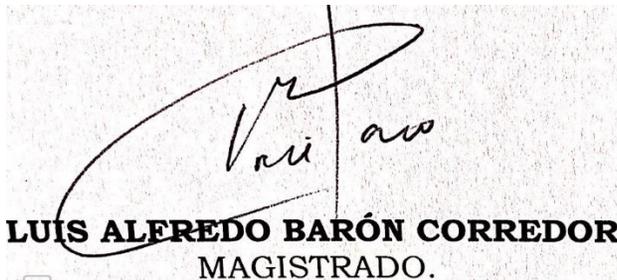
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: GUILLERMO SAYAGO SANTAFE
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 1100131050-06-2017-00714-01
ASUNTO: APELACIÓN COLPENSIONES
TEMA: INTERESES MORATORIOS

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Guillermo Sayago Santafe instauró demanda ordinaria en contra de Colpensiones con el fin de que se declare que la demandada no le reconoció oportunamente la pensión de vejez, por lo que debe pagarle los intereses moratorios establecidos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del cuarto mes en que se elevó la solicitud junto con las costas del proceso. (fol. 3 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 9 de febrero de 1953; que se vinculó a la AFP PROTECCIÓN S.A. desde el 11 de febrero del 2004 al 27 de agosto del 2015; que solicitó el traslado de régimen a Colpensiones el 16 de septiembre del 2015; que el 29 de octubre del 2015 Colpensiones le autorizó el traslado; que el 17 de noviembre del 2015 solicitó a la demandada el reconocimiento de su pensión; que por medio de la Resolución GNR 46008 del 11 de febrero del 2016 Colpensiones le reconoció una pensión de vejez a partir del 1° de febrero del 2016; que presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra dicha resolución; que Colpensiones resolvió el recurso de reposición y el de apelación confirmando su decisión; que mediante la Resolución DIR 14943 del 6 de septiembre del 2017 Colpensiones le reconoció el retroactivo pensional a partir del 1° de febrero del 2015; que Colpensiones le adeuda intereses moratorios desde el 1° de mayo del 2016.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 56), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no son procedentes los

intereses moratorios reclamados como quiera que estos proceden por la mora en el pago de las mesadas pensionales, lo cual no sucede en el presente caso. Propuso como excepciones de fondo las de buena fe de Colpensiones, prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación y la genérica. (fol. 57 y s.s.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de octubre del 2018, en la que el fallador de primera instancia **condenó** a COLPENSIONES a pagar al demandante la suma de \$33.302.217,70 por concepto de intereses moratorios, mes a mes desde el 18 de marzo de 2016 hasta el mes de octubre de 2017, fecha de pago de la obligación, **declaró** no probada la excepción de prescripción y **condenó** en costas a la demandada, fijando como agencias en derecho la suma de \$2.500.000. (CD fol. 86)

Fundamentó su decisión, indicando que según lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, los intereses moratorios proceden para las pensiones otorgadas bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, como en el caso del demandante a quien la entidad le concedió la pensión bajo esa normatividad, por lo que sostiene, debe condenarse a COLPENSIONES al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 en cuantía de \$33.302.217,70, que van mes a mes desde el 18 de marzo de 2016, que corresponde al vencimiento del periodo de gracia de 4 meses regulado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, contado desde la reclamación del 17 de noviembre de 2015 hasta el mes de octubre de 2017, fecha de pago de la obligación. Finalmente, sobre la excepción de prescripción, señala que la misma se declara no probada, por cuanto el retroactivo pensional se reconoció en noviembre de 2017 y la demanda se presentó el 27 de octubre de 2017, es decir, dentro del término trienal contenido en el artículo 151 del CPL.

5. Impugnación y límites del ad quem. COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, manifestando que al actor se le otorgó la prestación conforme el Decreto 758 de 1990, el cual no estipula el pago de intereses moratorios, los cuales son aplicables exclusivamente a las pensiones otorgadas con base en la Ley 100 de 1993, al igual que el pago de estos aplican desde la expedición del acto administrativo y no para el pago de retroactivos pensionales.

6. Alegatos Colpensiones. Señaló que el pago de intereses moratorios es procedente cuando existe mora o retardo en el pago de las mesadas pensionales ya reconocidas según lo establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por lo que no son procedentes en el presente caso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente. Y se conocerá en consulta en su favor respecto de lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

El **problema jurídico principal** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: (i) ¿El actor tiene derecho a que se le paguen los intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993, en caso positivo, a partir de qué fecha? y (ii) ¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción?

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor GUILLERMO SAYAGO SANTAFE, conforme se infiere de la copia de la Resolución GNR 46008 del 11 de febrero de 2016 (fls. 16 a 18), mediante la cual COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en cuantía de \$10.343.949, a partir del 1º de febrero de 2016.

Prestación que fue modificada con la Resolución DIR 14943 del 6 de septiembre de 2017 (fls. 48 a 53), en el sentido de reconocer la pensión a partir del 1º de febrero de 2015, en la suma de \$9.688.067, cancelando un retroactivo por valor de \$111.304.553.

Intereses moratorios art. 141 de la Ley 100 de 1993

De conformidad con el art. 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales la entidad correspondiente deberá reconocer y pagar 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 efectúe el pago.

Siendo necesario precisar, que contrario a lo señalado por la apoderada de Colpensiones, los intereses moratorios aplican a todo tipo de pensiones legales, reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, tal y como lo dispuso nuestra Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 1681-2020, en la que se indicó:

"En otras palabras, las pensiones obtenidas después de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, sea en virtud del régimen de transición o según las reglas de la pensión ordinaria de vejez, se entienden incluidas en este sistema, con todo lo que ello implica en materia de convalidación de tiempos, instrumentos de financiación (cálculos actuariales, los bonos pensionales o las cuotas partes pensionales), topes pensionales, reajustes, ingreso base de liquidación, causación de intereses moratorios, entre otras materias.

Así las cosas, es incorrecto afirmar que cuando el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 alude a la mora en el pago de las mesadas pensionales «de que trata esta Ley (sic)», entender por tal únicamente a la pensión de vejez ordinaria, de sobrevivientes y de invalidez. También son de «esta Ley (sic)» prestaciones tales como la pensión especial de vejez por hijo inválido, la pensión de las personas con discapacidad física, síquica o sensorial del 50% (par. 4.º art. 33 L. 100/1993), las pensiones especiales por el desarrollo de actividades de alto riesgo (art. 17 L. 797/2003, D. 2090/2003) o las pensiones adquiridas con fundamento en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Todas estas prestaciones que fijan condiciones especiales para pensionarse tienen su fuente en la Ley 100 de 1993 o, para decirlo de otro modo, son de «esta Ley (sic)»."

Ahora, tampoco es cierto que los intereses moratorios procedan únicamente en caso de mora respecto de las mesadas ya reconocidas, pues también proceden en caso de que Colpensiones se demore en reconocerle la pensión a la que tiene derecho el afiliado.

En cuanto al término que tiene Colpensiones para reconocer la pensión de vejez, la Sala Mayoritaria tiene sentado que conforme al art. 9º de la Ley 797 de 2003, debe ser en un tiempo no superior a 4 meses después de radicada la solicitud

En el presente caso, aparece probado que al señor Guillermo Sayago Santafé se le reconoció una pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición a partir del 1º de febrero del 2015, en cuantía inicial de \$9'688.067.

Al revisar el expediente, encuentra la Sala que el demandante le solicitó a Colpensiones el reconocimiento de su pensión de vejez el **17 de noviembre del 2015**, fecha a partir de la cual se contabiliza el término de 4 meses que tenía para resolver la solicitud, es decir, que tenía hasta el 17 de marzo del 2016 y como no lo hizo, comienzan a correr los intereses moratorios desde el **18 de marzo del 2016**, como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia.

Y se condena al pago de dichos intereses hasta el 30 de septiembre del 2017, como quiera que en la Resolución DIR 14943 del 6 de septiembre del 2017, aparece que fue incluida en nómina en el ciclo de septiembre del 2017, y si bien es cierto, en dicha Resolución se señala que el retroactivo incluido en la nómina de septiembre del 2017, sería pagado en octubre del 2017, lo cierto es que la demandante en quien tenía la carga probatoria de demostrar exactamente qué día le habían pagado el retroactivo, no probó, se tomará pagado el **1º día del mes de octubre del 2017**.

Ahora, teniendo en cuenta que el fallador de primera instancia señaló que condenaba al pago de intereses moratorios hasta el 30 de septiembre del 2017 y que en el presente proceso se está conociendo el recurso de apelación presentado por Colpensiones y en consulta en su favor, es claro que no puede hacerse más gravosa la situación del único apelante, por lo que no se modifica la decisión proferida en primera instancia.

En consecuencia, se confirma la condena al pago de **intereses moratorios desde el 18 de marzo del 2016 al 30 de septiembre del 2017**.

Prescripción

Teniendo en cuenta que Colpensiones reconoció al actor la pensión de vejez mediante la Resolución GNR 46008 del 11 de febrero del 2016 y que presentó la reclamación el 2 de marzo del 2016 (fol. 25) y que radicó la demanda el 27 de octubre del 2017, es claro que no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en el art. 151 del CPT y de la SS, por lo que acertó el a quo al declarar no probada la excepción de prescripción.

Cuantificación del retroactivo

Una vez realizadas las operaciones aritméticas de conformidad con el art. 283 del CGP encuentra la Sala que Colpensiones adeuda al actor la suma de \$51'027.600 por concepto de intereses moratorios; sin embargo, teniendo en cuenta que el fallador de primera instancia calculó los intereses moratorios en la suma de **\$33'302.217,70** suma inferior a la aquí establecida y que se está conociendo el proceso en consulta en favor de Colpensiones a quien no se le puede hacer más gravosa su situación, se deja incólume la suma señalada en primera instancia.

Es necesario especificar que el error del a quo estuvo en el interés moratorio anual que utilizó de 31.73%, pues conforme a la Resolución 0907 del 30 de junio del 2017 expedida por la Superintendencia Financiera el interés moratorio para el trimestre de julio a septiembre del 2017 es de 32.97%. Adicionalmente, se equivocó en el valor del capital sobre el cual aplicó el interés moratorio, pues señaló que el retroactivo de las mesadas

causadas entre el 1° de febrero del 2015 y el 31 de enero del 2016 ascendía a la suma de \$111'304.900 cuando lo correcto era de \$126'600.753 conforme lo plasmó Colpensiones en la Resolución DIR 14943 del 6 de septiembre del 2017.

Tabla Liquidación de Intereses Moratorios con					Fecha de Corte		30/09/2017
Mesada Causada	Fecha Inicial	Fecha Final	Número de días en mora	Interés moratorio anual	Tasa de interés de mora diario	Capital	Subtotal Interés
desde 1-2-2015 a 31-1-2016	18/03/16	30/09/17	562	32,97%	0,0781%	\$ 126.600.753	\$ 55.567.780,00
Total intereses moratorios							\$ 55.567.780,00

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de octubre del 2018 por el Juzgado 6° Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.
(Salva voto)

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: CLEMENTE LITAURIEL CASANOVA ROSERO
DEMANDADO: TRANSPORTES DE CRUDO DEL LLANO S.A. -
TRANSCRUDOLLANOS S.A.-
RADICACIÓN: 1100131050-18-2017-00533-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO – DESCUENTOS SALARIALES

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir el siguiente,

AUTO

En cuanto a la solicitud presentada por el apoderado de la parte demandada, visible a folio 476 y s.s., concerniente a la apelación adhesiva formulada en los términos del art. 322 del C. G. del P., debe señalarse que la misma no resulta de recibo como quiera que dicha disposición no es aplicable en materia laboral.

El código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social cuenta con norma expresa en relación con la oportunidad, trámite y sustentación del recurso de apelación, en cuyo art. 65 del CPT y de la SS no contempla la figura de la apelación adhesiva.

Por tanto, conforme lo dispone de manera expresa el art. 145 ibídem, sólo es posible remitimos al CGP, en caso de existir un vacío en el estatuto laboral, lo cual no ocurre en lo que tiene que ver con el recurso de apelación y así ha tenido la oportunidad de pronunciarse nuestra CSJ en la providencia AL2852-2019 dentro del proceso No 69040.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Clemente Litauriel Casanova Rosero instauró demanda ordinaria contra la empresa TRANSPORTES DE CRUDO DEL LLANO S.A. -TRANSCRUDOLLANOS S.A.- con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las partes a término fijo entre el 16 de octubre del 2003 y el 3 de mayo del 2017, fecha en la cual fue despedido sin justa causa. Como consecuencia, solicita se condene a la empresa demandada al reconocimiento y pago de salarios del 1° de diciembre del 2015 al 3 de

mayo del 2017, comisiones, salarios del 1º de mayo del 2006 al 30 de septiembre del 2006 período durante el cual estuvo incapacitado, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, dotaciones, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 3 y s.s.)

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que empezó a prestar sus servicios para la demandada mediante contrato a término fijo desde el 16 de octubre del 2003; que el contrato se fue prorrogando; que el cargo que desempeñó fue el de conductor de tractocamión; que las funciones asignadas eran la de transportar hidrocarburos y crudos para Ecopetrol; que el salario devengado era un básico más comisiones por viajes; que el salario promedio mensual era de \$1'500.000, lo cual le fue certificado por la demandada; que la empresa le realizó la liquidación final de prestaciones sociales con un salario de \$737.147 más la suma de \$83.140 por auxilio de transporte; que para la liquidación final de prestaciones sociales no se le tuvieron en cuenta las comisiones devengadas; que al demandante estando laborando para la demandada, se le efectuaron mes a mes descuentos de su salario, sin adeudarlos ni autorizarlos, que el 3 de mayo del 2017 recibió carta de despido sin ninguna explicación, sin ningún motivo, y sin efectuar el procedimiento disciplinario; que la demandada olvidó que tenían un contrato a término fijo el cual finalizaba el 15 de octubre del 2017; que le pagaron por la liquidación final la suma de \$4'728.915; que no le pagaron la totalidad de sus prestaciones sociales con el salario realmente devengado; que no se le pagaron los salarios que hacían falta para finalizar el contrato; que solicitó lo aquí pretendido a la demandada, sin obtener una respuesta favorable; que la demandada le descontaba de su salario varias sumas de dinero sin adeudarlas y sin autorizarlas; que no le consignaron en un fondo el valor de sus cesantías; que no le entregaron las dotaciones de ley; que a pesar de que le hacía descuentos a título de aportes a pensión, no paga dichos aportes al fondo de seguridad social; que por el no pago de aportes, no ha podido acceder a una pensión de vejez; que tuvo que solicitar el pago de una indemnización sustitutiva.

2. Contestación demandada. Contestó la demanda aceptando lo siguiente: (i) la existencia de una relación laboral entre las partes mediante contrato a término fijo la cual inició el 16 de octubre del 2003; (ii) que la última prórroga finalizaba el 15 de octubre del 2017, señalando que despidió al trabajador antes de dicha fecha pero le pagó la correspondiente indemnización por despido sin justa causa; (iii) que desempeñó el cargo de conductor de tractomula y (iv) que el contrato finalizó por decisión unilateral del empleador. Se opuso a las pretensiones señalando que el contrato únicamente estuvo vigente hasta el 3 de mayo del 2017; que le pago la totalidad de salarios, prestaciones e indemnizaciones a las que tuvo lugar durante la relación laboral. Propuso como excepciones de fondo las de pago y cumplimiento de la obligación de aportar. (fol. 231 y s.s.)

3. Audiencia de que trata el art. 77 del CPT y de la SS. El fallador de primera instancia fijó el litigio en *“establecer si entre el demandante y la demandada existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 16 de octubre del 2003 al 3 de mayo del 2017, si el mismo fue terminado sin justa causa y como consecuencia de ello, se condene a la demandada a pagar el (sic) los salarios dejados de pagar del 01 de Mayo del 2006 al 30 de septiembre de 2006 por estar incapacitado por una cirugía de cataratas; al pago de los salarios dejados de pagar por haberse renovado el contrato de trabajo del demandante por un período el inicialmente pactado y así sucesivamente, de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones con el salario realmente devengado, dotaciones, indemnización moratoria, sanción por no*

consignación de las cesantías, aportes a seguridad social en pensiones y costas del proceso." (CD fol. 436)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 4 de diciembre del 2018 en la cual el fallador de primera instancia declaró la existencia de dos contratos de trabajo entre las partes (i) del 3 de octubre del 2003 al 28 de febrero del 2004 y (ii) del 1° de noviembre del 2016 al 3 de mayo del 2017. Se condenó a la demandada a pagar la totalidad de los aportes a pensión por el período comprendido entre el 1° de noviembre del 2016 al 3 de mayo del 2017, previo calculo actuarial que realice el fondo de pensiones al que se encuentra afiliado el demandante, esto es, Colpensiones, con base en el salario de cada año, esto es, de \$700.000 pesos por los meses de noviembre y diciembre de 2016 y \$737.717 pesos por los meses de enero a mayo de 2017. Absolver a la demandada de todas las demás pretensiones de la demanda. declaró probada parcialmente la excepción de pago y de cumplimiento de la obligación. (CD fol. 469)

Su decisión se basó en lo que interesa al recurso de apelación en que se logró probar la existencia de una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término fijo entre el 16 de octubre del 2003 y el 3 de mayo del 2013. Que, si bien el mismo empleador reconoce que las comisiones de viaje deben entenderse como factor salarial, lo cierto es, que el actor tuvo que ser reubicado desde diciembre del 2015, por lo que dejó de desempeñar las funciones de conductor de tractocamión y pasó a desempeñar funciones de "auxiliar de taller" por lo que no tenía derecho a las comisiones por viaje, por tanto, no hay lugar a reliquidar las acreencias laborales que le fueron pagadas.

Señaló que no hay lugar a pagar los salarios causados entre mayo y septiembre del 2006, como quiera que no se probó que estuvo incapacitado.

Que no hay lugar al pago de dotaciones, como quiera que no tienen sentido otorgarse cuando ya finalizó el contrato de trabajo y que la CSJ ha sido clara al señalar que lo que procede es el pago de perjuicios, pero en este proceso, no se probó la ocurrencia de ningún perjuicio ocasionado por la omisión del empleador de entregar las dotaciones.

Que no es procedente condenar al pago de salarios entre la fecha en que el empleador dio por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral y la fecha en que finalizaba la prórroga, pues lo que procede en este caso es la indemnización por despido sin justa causa la cual ya le fue pagada.

Ordenó pagar los aportes a seguridad social que no fueron cancelados por la demandada y la condenó a las costas del proceso.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que

"está demostrado en el expediente que la parte demandada no le pago al demandante la totalidad de los aportes a la seguridad social y que la mayoría de los pagos que le efectuaba al demandante, le hacía unos descuentos exagerados que por aportes a Seguridad Social y son los siguientes, en el folio 249 aparece un formato de legalización de anticipos a conductores y aparece que le está descontando la empresa al demandante aportes a la Seguridad Social por \$235.760, al folio 250 le está descontando \$566.400 que por aportes seguridad, no se sabe que seguridad sea.

Al folio 256 le está descontando la suma de \$610.269 donde dice abono saldo a cargo, pero ninguna autorización al respecto. En el folio 258 le aparece un descuento dice saldo a cargo \$1.149.909 menos aportes a Seguridad Social \$145.400. En el folio 268 aparece otro descuento por la suma de \$278.775 pesos en ninguno de estos descuentos que he relacionado veo la autorización respectiva.

En el folio 270 le aparece un descuento al demandante de \$72.220 que no dice a qué se debe ese descuento. En el folio 284 dice menos aporte a Seguridad Social \$697.600, en el folio 285 menos aportes Seguridad Social de enero a marzo 31 de 2012 \$544.000 mil pesos.

En el folio 288 aparece otro descuento a Seguridad Social por la suma de \$1.038.015 pesos, en el folio 295 le aparece otro descuento en contra del demandante dice menos \$543.136 mil pesos.

En el folio 400 y 401 aparece una autorización especial en la cual se dice que el señor Clemente Casanova autoriza que le descuenten de su salario y prestaciones sociales, las sumas que salga deber, pero estas autorizaciones ni tienen fecha de autorización ni el valor, por lo tanto son documentos que no tienen los requisitos de ley porque las autorizaciones de descuento deben ser autorizaciones expresas, claras con fechas y las cuantías exactas porque caso contrario no tiene la validez correspondiente para estos casos de descuentos.

En ese orden de ideas, de acuerdo a la cantidad de descuentos que se le efectuaban al demandante sin la debida, digamos autorización, cuantía legal, liquidación correcta, se le efectuaron al demandante muchos descuentos de salarios sin adeudados ni autorizados expresamente aunque yo sé que la Seguridad Social no necesita autorización pero unas cuantías de millón y pico no es correcto que se le hayan efectuado a una persona que se le están liquidando salarios con un salario mínimo, entonces en ese orden de ideas, los descuentos son supremamente exagerados e injustos, temerarios de mala fe, por lo tanto al no encontrarse justificación alguna para que se le efectuaran al demandante todos esos descuentos son los motivos por los cuales se demuestra una mala fe patronal en el cual no se demuestra el pago total de las prestaciones sociales que por ley y salario le correspondían al demandante entonces no están pagadas en forma total las prestaciones sociales, no están consignadas el valor total de las cesantías que le correspondían al demandante por todo el tiempo laborado, no están pagados todos los aportes a la seguridad social, pero si están los descuentos efectuados, por lo cual con todo respeto solicito al superior que se revoque el fallo y se le condene la parte demandada **pagarle al demandante todos los salarios correspondientes y las indemnizaciones pedidas en la demanda por haber obrado la empresa demandada de mala fe con el demandante."**

6. Alegatos demandante. Afirma que consta en el proceso que la empresa demandada no interpuso excepción de prescripción con su contestación de la demanda; razón por la cual se solicita el reajuste de todas las prestaciones sociales durante todo el tiempo laborado, porque están afectadas con muchos descuentos que se le efectuaban al demandante sin adeudarlos no autorizarlos como lo ordena el art. 149 del CST.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

El problema jurídico que centra la atención de la Sala consisten en establecer: ¿Es procedente estudiar si la empresa demandada realizó descuentos del salario del actor sin su autorización y ordenar su devolución a pesar de no haber sido solicitado entre las pretensiones de la demanda?

Descuentos del salario sin autorización del trabajador

Es necesario precisar, que la única inconformidad del actor radica en que la empresa demandada durante toda la relación laboral realizó descuentos por sumas exorbitantes sin ninguna autorización por parte del trabajador, algunas veces señalando que eran los descuentos por aportes a seguridad social.

Teniendo en cuenta la inconformidad presentada por la parte actora, es necesario remitirnos a las pretensiones de la demanda, las cuales fueron:

"PRIMERA: Que entre el demandante y la parte demandada existió un contrato de trabajo a término fijo desde el día: 16 de OCTUBRE de 2.003 al 3 de MAYO de 2.017 fecha en la cual el demandante fue despedido injustamente.

SEGUNDA: Que el contrato de trabajo que vinculaba a las partes de este proceso, vencía el 15 de octubre de 2.017.

TERCERA: Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la parte demandada a pagarle al demandante, lo siguiente:

A.- El pago total de los salarios Y desde el 1 del mes de diciembre de 2015 al 3 de mayo del 2017.

B.- El pago total de las comisiones desde el 1 mes de Diciembre de 2.015 al 3 de mayo del 2.017.

C.-El pago de los salarios dejados de pagar durante cuatro meses y desde el 1 del mes de mayo de 2.006 al 30 de septiembre de 2.006 por estar incapacitado por una cirugía de cataratas.

D.- El pago de los salarios dejados de par por estar RENOVADO el contrato de trabajo del demandante; y desde la fecha del despido o sea desde el: 3 de mayo del 2.017 y hasta el día 17 de octubre del 2.017 fecha en la cual el contrato del demandante con la demandada tuvo su última renovación legal.

E.- El pago total de las cesantías por el tiempo laborado y con el verdadero salario devengado.

F.-El pago total de los intereses a las cesantías por el tiempo laborado.

G.- El pago total de la prima de servicios por el tiempo laborado y con el verdadero salario devengado.

H.- El pago total de las vacaciones por el tiempo laborado y con el verdadero salario devengado.

I.- El pago total de las dotaciones por el tiempo laborado y por un valor de \$4'500.000.

J.- El pago de la indemnización moratoria por el no pago total de la liquidación final de prestaciones sociales.

K.- El pago de la indemnización moratoria por la no consignación total de las cesantías en el fondo de cesantías como lo ordena la Ley 50 de 1.990 art. 99.

L.- El pago total de los aportes al FONDO DE PENSIONES COLPENSIONES dejados de pagar por la demandada y a favor del demandante y descontados de sus pagos de salarios, y por todo el tiempo laborado.

M.- EL pago de las Costas del proceso.

N) Extra y ultra petita."

Adicionalmente, en la audiencia celebrada el día 12 de julio del 2018 (fl. 436) se fijó el litigio de la siguiente manera: "establecer si entre el demandante y la demandada existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 16 de octubre del 2003 al 3 de mayo del 2017, si el mismo fue terminado sin justa causa y como consecuencia de ello, se condene a la demandada a pagar el (sic) los salarios dejados de pagar del 01 de Mayo del 2006 al 30 de septiembre de 2006 por estar incapacitado por una cirugía de cataratas; al pago de los salarios dejados de pagar por haberse renovado el contrato de trabajo del demandante por un período el inicialmente pactado y así sucesivamente, de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones con el salario realmente devengado, dotaciones, indemnización moratoria, sanción por no consignación de las cesantías, aportes a seguridad social en pensiones y costas del proceso."

De lo anterior, es claro que el demandante no solicitó entre las pretensiones de la demanda se declarará que la empresa demandada realizó descuentos de su salario sin su autorización y se le hiciera la devolución de los mismos, como lo pretende ahora en su recurso de apelación, ni tampoco quedó establecido dentro de la fijación del litigio, lo cual no mereció ningún reparo de la parte demandante, no siendo posible en esta etapa procesal incluir nuevas pretensiones, pues lo contrario sería vulnerar el derecho fundamental al debido proceso de la demandada.

Es necesario precisar, que las facultades extra y ultra petita de conformidad con el art. 50 del CPT y de la SS y conforme lo ha explicado nuestra CSJ, entre otras, en la sentencia SL 3790-2019 reiterada en la SL 3376-2020, son únicamente potestad de los jueces de primera y única instancia. Así lo dijo la Corte:

"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.”

Por tanto, al no poder hacer uso de las facultades ultra y extra petita y teniendo en cuenta que el actor no solicitó entre las pretensiones se declarara que se le realizaron descuentos de su salario sin su autorización y la devolución de los mismos, esta Sala no puede hacer ningún pronunciamiento al respecto. Siendo claro que al no declararse que la demandada adeuda salarios o prestaciones sociales no hay lugar a condenar al pago de la indemnización moratoria.

Teniendo en cuenta que no existe otro punto de apelación, no queda otro camino que confirmar la decisión proferida en primera instancia en su integridad.

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

RESUELVE

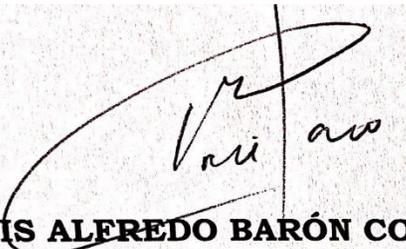
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de diciembre del 2018, por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, en su integridad.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARÍA DEL CARMEN LAVERDE PEÑA
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 1100131050-28-2017-00782-01
ASUNTO: CONSULTA COLPENSIONES
TEMA: PENSIÓN DE VEJEZ

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MARÍA DEL CARMEN LAVERDE PEÑA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se declare que tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez, conforme a la Ley 100 de 1993, junto con los intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 27 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: nació el 20 de agosto de 1959; que durante toda su vida laboró en forma simultánea con entidades privadas y en el Magisterio en el sector oficial; que para Colpensiones alcanzó a cotizar 1396 semanas; que mediante la Resolución N° 8840 del 22 de noviembre del 2016 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó pagarle una pensión de jubilación; que una vez cumplidos los requisitos de edad y semanas cotizadas solicitó a Colpensiones el reconocimiento de su pensión de vejez, sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 45); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la actora no tiene derecho a la pensión de vejez deprecada. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, no

configuración del derecho al pago de intereses moratorios, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido y buena fe. (fol. 47 y s.s.)

4. Fallo De Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 24 de febrero del 2020 en la que la falladora de primera instancia **condenó** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante una pensión de vejez a partir del 1° de agosto del 2017, en cuantía inicial de \$2'760.172, la cual deberá reajustarse anualmente y pagarse en 13 mesadas al año. Condenó a la demandada a pagar la suma de \$95'412.820 al 31 de enero del 2020. Condenó a pagar intereses moratorios a partir del 19 de febrero del 2018 y hasta el momento en que se efectúe el pago.

Su decisión se basó en que la pensión de vejez que aquí reclama y la del Magisterio son compatibles. Que la demandante probó que cumple con los requisitos para acceder a una pensión bajo los parámetros del art. 33 de la Ley 100 de 1993. Que la pensión se liquida conforme al art. 21 de la Ley 100 de 1993, encontrando que el IBL que más le beneficia es el de los últimos 10 años. Que tiene derecho a la pensión a partir del 1° de agosto del 2017, día siguiente a la última cotización. Que los intereses moratorios corren desde el 6° mes de haberse elevado la solicitud. Que se debe declarar no probada la excepción de prescripción, pues no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en la norma.

5. Alegatos Colpensiones. Afirma que la demandante ostenta una pensión, pagadera por la FIDUPREVISORA la cual cubre el riesgo de vejez, por lo que existe una prestación generada con recursos públicos. Que el derecho pensional de la demandante se consolidó en el Magisterio para el año 2016, por lo que, tal y como lo indica la Ley 4ª de 1992, existe expresa incompatibilidad entre dicha prestación y la que llegue a otorgar esta Administradora, siendo necesario decir, entonces, que los aportes aquí efectuados deberán servir para financiar la jubilación ya reconocida, según voces de la Ley 549 de 1993.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se conoce en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, en lo que le haya sido desfavorable de conformidad con el art. 69 del CPT y de la SS.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) si la pensión de vejez reconocida por Colpensiones y la pensión de jubilación reconocida por el Magisterio son compatibles?; (ii) ¿En caso afirmativo, si tiene derecho a la pensión de vejez establecida en el art. 33 de la Ley 100 de 1993?; (iii) si se debe condenar al pago de intereses moratorios y a partir de cuándo? y (iv) si acertó el a quo al declarar no probada la excepción de prescripción?

De la compatibilidad pensional entre la pensión de vejez a cargo de Colpensiones y la reconocida por el Magisterio

Sea lo primero indicar, que no existe discusión en cuanto a que la señora María del Carmen Laverde Peña se encuentra pensionada por parte de la Secretaría de Educación del Distrito mediante la Resolución N° 8440 del 22 de noviembre del 2016 a partir del 29 de julio del 2016, en cuantía inicial de \$2'390.309, en la cual se estableció que se le otorgaba la pensión por el tiempo que ha venido laborando como docente desde el 29 de julio de 1996 y que adquirió su status pensional el 28 de julio del 2016, fecha en la que se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fol. 26).

Asimismo, dentro del expediente administrativo se allegó la Resolución SUB 136725 del 26 de julio del 2016, por medio de la cual Colpensiones niega a la demandante la pensión de vejez deprecada argumentando que dicha pensión es incompatible con la reconocida por parte de la FIDUPREVISORA y el Magisterio.

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala comienza por señalar que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, establece a quienes no se les aplica el sistema integral de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993, y respecto de los docentes señaló: *"Así mismo, se exceptúan a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración"*.

De lo anterior se extrae que, los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en vigencia del sistema general de pensiones, mantienen su régimen pensional especial, y pueden adquirir simultáneamente otra pensión, y prestaciones derivadas de la pensión, o cualquier clase de remuneración.

Por su parte el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, dispuso que, *"Las personas actualmente afiliadas o que se deban afiliar en el futuro, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado Fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes en el régimen seleccionado."*

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que los empleadores de carácter privado estaban en la obligación legal de afiliar a la demandante al sistema general de pensiones y realizar las cotizaciones a su favor, aportes respecto de los cuales la actora pretende se le otorgue una pensión de vejez, bajo los parámetros del art. 33 de la Ley 100 de 1993.

Respecto a este tema, se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras oportunidades, en la sentencia con radicación No. 41001 de 17 de julio de 2013, con ponencia del Magistrado Rigoberto Echeverry Bueno, en la que señaló:

"En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional."

"En sentencias como la del 6 de diciembre de 2011, Rad. 40848, la Sala ha dicho que no existen razones jurídicamente válidas para concluir que la pensión de jubilación oficial que se reconoce a un docente, resulta incompatible con la pensión de vejez que puede obtener el Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados a instituciones de naturaleza privada".

Conforme a lo expuesto, no queda ninguna duda respecto al derecho que le asiste a la demandante a percibir una pensión de jubilación reconocida por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y otra de vejez a cargo de la demandada Colpensiones, en el entendido que fue el mismo legislador quien previó esta situación de compatibilidad dada la posibilidad que tienen los docentes de prestar sus servicios en el sector público como en el privado.

De la pensión de vejez

El art. 33 de la Ley 100 de 1993, establece que tendrán derecho a la pensión de vejez los afiliados que siendo mujer a partir del 1º de enero del 2014 cuenten con 57 años; edad que alcanzó la demandante el 20 de agosto del 2016, como quiera que nació el mismo día y mes del año 1959, como da cuenta la fotocopia de su cédula (fl. 3).

Para dicho año la norma exigía el cumplimiento de 1300 semanas, requisito que también cumple la demandante, pues al revisar la historia laboral (fl.52 y s.s.), se evidencia que logró cotizar 1393.29 semanas en toda su vida laboral; por lo que acertó la falladora de primera instancia al señalar que la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez a partir del 1° de agosto del 2017, día siguiente a la última cotización, fecha en la cual se entiende desafiliada del sistema.

La pensión de la demandante debe liquidarse conforme lo dispone el art. 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con lo cotizado en los últimos 10 años y en toda la vida laboral, por contar con más de 1250 semanas y se le debe aplicar la tasa de reemplazo dispuesta en el art. 34 de dicha normatividad. Una vez revisadas las operaciones aritméticas efectuadas por la falladora de primera instancia (fl. 71 y s.s.) se evidencia que le resulta más favorable a la demandante la liquidación de su pensión con los últimos 10 años, siendo su mesada inicial de \$2'760.172, la cual deberá reajustarse anualmente y pagarse en 13 mesadas.

- **Retroactivo**

De conformidad con el art. 283 del CGP se extiende la condena a la fecha de la sentencia, encontrando que Colpensiones le adeuda a la demandante la suma de **\$123'219.141,56** por las mesadas causadas entre el 1° de agosto del 2017 y el 30 de octubre del 2020. Y deberá continuar pagando las demás mesadas que se sigan causando.

Retroactivo mesadas causadas entre el 1° de agosto del 2017 y el 30 de octubre del 2020				
Año	% aumento	valor mesada	N° mesada	Subtotal
<i>m2017</i>	5,75%	\$2.760.172,00	6	\$ 16.561.032,00
<i>2018</i>	4,09%	\$2.873.063,03	13	\$ 37.349.819,45
<i>2019</i>	3,18%	\$2.964.426,44	13	\$ 38.537.543,71
<i>2020</i>	3,80%	\$3.077.074,64	10	\$ 30'770.746,4
Total adeudado				\$ 123'219.141,56

Intereses moratorios art. 141 de la Ley 100 de 1993

De conformidad con el art. 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1° de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales la entidad correspondiente deberá reconocer y pagar 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 efectúe el pago.

En cuanto al término que tiene Colpensiones para reconocer la pensión de vejez, la Sala Mayoritaria tiene sentado que conforme al art. 9° de la Ley 797 de 2003, debe ser en un tiempo no superior a 4 meses después de radicada la solicitud. Sin embargo, como a quo señaló que el término era de 6 meses, sin que sea posible hacerse más gravosa la situación de Colpensiones, en razón a que el proceso se está conociendo en consulta en su favor, no se modifica dicho término, dejándose incólume los intereses moratorios a partir del 19 de febrero del 2018 y hasta el momento en que se efectúe el pago.

Excepción de prescripción

Le asiste razón a la Juez primigenia al señalar que no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en el art. 151 del CPT y de la SS, como quiera que la pensión debe ser reconocida a partir del 1° de agosto del 2017 y la demanda fue radicada el 8 de noviembre del 2017, como da cuenta el acta individual de reparto (fl. 41), por lo que acertó al declarar no probada la excepción de prescripción.

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

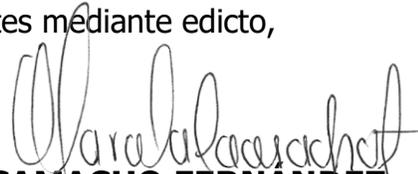
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 24 de febrero del 2020, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, en el sentido de **CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar a la señora MARÍA DEL CARMEN LAVERDE, la suma de **\$123'219.141,56** por las mesadas causadas entre el 1° de agosto del 2017 y el 30 de octubre del 2020. Y deberá continuar pagando las demás mesadas que se sigan causando.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

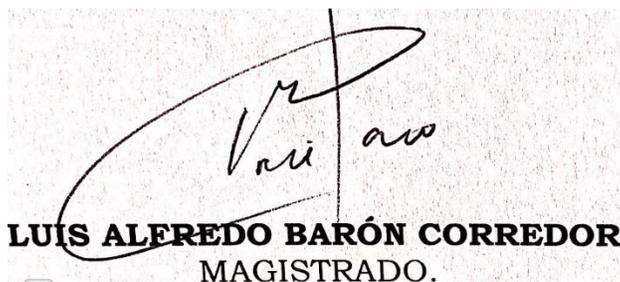
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ROSALBA QUINTERO DE HERNÁNDEZ (COMPAÑERA
DEMANDADO: PERMANENTE SUPÉRSTITE)
COLPENSIONES Y PASTORA VERÓNICA RODRÍGUEZ
(PROGENITORA)
RADICACIÓN: 1100131050-31-2015-00155-01
ASUNTO: APELACIÓN DEMANDANTE
TEMA: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. ROSALBA QUINTERO DE HERNÁNDEZ en calidad de compañera permanente instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PASTORA VERÓNICA RODRÍGUEZ con el fin de que se le reconozca como beneficiaria de la sustitución pensional por el fallecimiento del señor Marco Eduardo Rodríguez Rodríguez; que se paguen las mesadas adeudadas de manera indexada, junto con los intereses moratorios, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: conformó una unión marital de hecho con el señor Marco Eduardo Rodríguez Rodríguez, quien falleció el 27 de abril del 2012; que al momento del fallecimiento el señor Rodríguez se encontraba pensionado por el ISS; que no procrearon hijos; que Colpensiones le negó el reconocimiento de la sustitución pretendida; que el 15 de noviembre de 1996 el causante radicó comunicación ante el ISS en el que señalaba expresamente como su beneficiaria a la demandante, manifestando que era su compañera permanente; que la demandante estaba como beneficiaria en salud del causante; que el causante en declaración extrajuicio manifestó que vivía en unión marital de hecho con la demandante; que radicó ante Colpensiones la documentación necesaria para que se le sustituya la pensión aquí deprecada; que convivió con el causante por más de 20 años; que nunca se separó del causante, de quien dependía económicamente de él y que fue ella quien lo atendió en su enfermedad.

2. Auto admisorio de la demanda

Mediante auto del 10 de marzo del 2015, el fallador de primera instancia admitió la demanda en contra de COLPENSIONES y la señora PASTORA VERÓNICA RODRÍGUEZ. (fol. 37)

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 47); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

4. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no se encuentra acreditado que la demandante y el señor Marco Eduardo Rodríguez Rodríguez (q.e.p.d) hayan convivido hasta el momento del fallecimiento. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria y buena fe. (fol. 48 y s.s.)

5. Contestación de PASTORA VERÓNICA RODRÍGUEZ. Contestó la demanda señalando que se opone a todas y cada una de las pretensiones replicando que es el Juez quien debe definir de conformidad a derecho y a lo que resulte probado. Propuso como excepción de fondo la de inexistencia del derecho o falta de título para reclamarla. (fol. 78 y s.s.)

6. Fallo De Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de mayo del 2019, en la que el fallador de primera instancia absolvió a la demandada Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 103 mit. 10:44)

Su decisión se basó en que la normatividad aplicable es la Ley 797 del 2003 y que de las pruebas allegadas no existe certeza de la convivencia en los 5 años anteriores al fallecimiento. Aduce que las declaraciones extrajudiciales y las fotos no son suficientes para demostrar la convivencia exigida. Señala que fue tanta la inactividad probatoria y el desinterés de la parte demandante, que no fue posible recepcionar los testimonios que habían sido decretados.

7. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la demandante interpuso recurso de apelación argumentando que, el formulario de vinculación visible a folio 29 y las declaraciones extrajuicio, respecto de las cuales no se solicitó su ratificación, son suficientes para probar la convivencia exigida.

8. Alegatos Colpensiones. Solicita se confirme la decisión proferida en primera instancia, pues no es viable que la demandante sea declarada como beneficiaria de la pensión de sobreviviente a causa del fallecimiento del señor **MARCO EDUARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ**, toda vez que no cumple con el requisito de ley.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de

consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala, consiste en establecer: ¿Si las documentales allegadas, son suficientes para probar la convivencia exigida en la normatividad vigente?

Previo a resolver el problema jurídico planteado, se advierte el cumplimiento de los siguientes presupuestos:

De la calidad de pensionado

Se encuentra demostrado el estatus de pensionado del señor **MARCO EDUARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** (q.e.p.d.), según da cuenta la Resolución N° 018186 de 2002, allegada en el expediente administrativo(fl.73), hecho que además fue aceptado en la contestación de la demanda (fl. 48 y s.s.).

Del fallecimiento

No existe discusión respecto al hecho del fallecimiento del señor **MARCO EDUARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** (q.e.p.d.), sin embargo, se encuentra acreditado con el registro defunción que milita a folio 15, de cuyo contenido se extrae que la fecha del deceso tuvo lugar el 27 de abril del 2012, como se indicó en el libelo incoatorio.

De la normatividad aplicable

La normatividad aplicable para decidir el objeto de la Litis, son los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003, por ser las normas vigentes al momento del óbito ocurrido en octubre del 2017. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020)

De los requisitos para la sustitución pensional

La norma precitada, establece los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes de manera vitalicia, que en el caso de la compañera permanente son fundamentalmente dos: (i) La edad, esto es, acreditar 30 o más años de edad al momento del fallecimiento, y (ii) **Acreditar vida marital y convivencia no menos de 5 años continuos con anterioridad a la muerte del pensionado.**

(i) Edad

La señora ROSALBA QUINTERO DE HERNÁNDEZ, nació el 28 de agosto de 1946, según da fe el registro civil de nacimiento visible a folio 17, luego para la muerte del señor **MARCO EDUARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** (q.e.p.d.), contaba con 65 años cumplidos, acreditándose el requisito; punto no fue objeto de controversia por la pasiva.

(ii) Convivencia

Este requisito constituye el objeto de la Litis, por ser el punto de distanciamiento entre la accionante y la falladora de primera instancia, pues mientras la primera refiere que, las declaraciones extrajuicio y el formulario visible a folio 29, resultan suficiente para su demostración, la segunda concluyó en la sentencia objeto de recurso, no haberse probado con el material recaudado.

Para verificar si en efecto se logró acreditarla convivencia exigida en los últimos 5 años antes del fallecimiento, esto es, entre el 27 de abril del 2009 al 27 de abril del 2012, se procede a revisar el caudal probatorio.

Se aportaron declaraciones extrajuicio rendidas ante el Notario Tercero de Villavicencio (fls.18 y s.s. y 73), documentos a los cuales se les debe dar pleno valor probatorio, debiéndose apreciar sin necesidad de ratificar su contenido, ya que la parte contraria no la solicitó, pues así se desprende del contenido del art. 262 del CGP, como acertadamente lo señaló el apoderado de la parte demandante.

A través de éste tipo de declaración, los señores Carlos Arturo Sánchez Jiménez y Dora Arias de Sánchez, fueron contestes en señalar que conocen a la accionante desde hace 28 años; indican que la pareja convivió en unión libre y bajo el mismo techo por espacio de 24 años, desde el 5 de septiembre de 1987 hasta la data del fallecimiento del Señor Rodríguez, sin mediar separación alguna.

También reposan en el expediente las declaraciones de las señoras Josefina Céspedes y Mariela Ricaranda Cruz de Salgado, recaudadas en el trámite administrativo (fl. 73), - documentos que tampoco fueron objeto de tacha de falsedad-, quienes por el contrario manifestaron que el causante al momento del fallecimiento no convivía con ninguna persona; que era divorciado hace 20 años y que vivía únicamente con su progenitora.

Al ser abiertamente contradictorias las declaraciones, no puede tenerse por acreditada la convivencia entre la señora ROSALBA QUINTERO y el señor EDUARDO RODRIGUEZ, máxime porque de las mismas no se extraen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió cada hecho y la forma como llegaron a su conocimiento, lo que impide establecer con certeza la razón de su dicho; inconsistencias que precisamente llevaron a Colpensiones a negar a la demandante el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, como lo expresó en las Resoluciones GNR 203739 del 12 de agosto del 2013 y GNR 32814 del 6 de febrero del 2014. (fls 22 y s.s.).

Adicionalmente, dentro del expediente administrativo aparece certificación del 16 de mayo del 2012, expedida por la Fundación Social Humanos (fl. 73), documento que no fue objeto de tacha de falsedad por la parte demandante y mediante el cual se certificó que el causante estuvo en dicha Institución del 7 de octubre del 2011 al 1° de marzo del 2012, cuya custodia estaba en cabeza de la señora Flor Alba Rodríguez Rodríguez. Se señala que el señor Mario Rodríguez fue retirado de dicho establecimiento por la señora Rosalba Quintero con autorización de la señora Flor Rodríguez, bajo el argumento de cumplir una cita de control con psiquiatría, hecho éste con el que se desvirtúa la declaración rendida por el señor Carlos Sánchez y la señora Dora Arias de Sánchez, quienes manifestaron que la pareja nunca se había separado.

Finalmente, debe señalarse que el formulario de solicitud de vinculación al Instituto de Seguro Social, fechado 15 de noviembre de 1996, en el que se señaló como beneficiaria del causante a la demandante (fl 29), no conduce a demostrar la convivencia en los 5 años anteriores al fallecimiento, pues dicho documento data del año 1996. Para tal efecto tampoco resultan suficientes las declaraciones extrajuicio rendidas por el causante en fechas 16 de abril del 2003 y 2 de junio del 2010, en las que indica que la señora Rosalba Quintero era su compañera permanente, pues con ellas no se acredita la convivencia hasta el momento de su fallecimiento, como lo exige la norma.

Y si bien se allegó certificación expedida por la NUEVA EPS en la que se indica que el señor Rodríguez se afilió el 1° de agosto del 2008 (fl 82), registrándose como su beneficiaria la señora Rosalba Quintero, esto tampoco prueba la convivencia en los 5 años

anteriores al fallecimiento, porque la certificación de la Fundación Social Humanos refiere que el causante estuvo allí desde el 7 de octubre del 2011 al 1º de marzo del 2012 y que quien estuvo pendiente de su cuidado fue la señora Flor Alba Rodríguez, no la demandante.

Virtud de lo dicho acertó el Juez primigenio en la valoración probatoria, por tanto, no queda otro camino que confirmar la absolución impartida en la sentencia recurrida, pues no se logró acreditar la convivencia en los 5 años anteriores al fallecimiento.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de mayo del 2019, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$350.000, las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad al art. 366 CGP.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: GLADYS GALLEGO GIRALDO
DEMANDADO: EDIFICIO RESIDENCIAS EL PASAJE P.H.
RADICACIÓN: 14-2017-00567-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Gladys Gallego Giraldo instauró demanda ordinaria contra EDIFICIO RESIDENCIAS EL PASAJE P.H. con el fin de que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo entre el 4 de agosto del 2012 al 4 de septiembre del 2017 y que la terminación del contrato es ineficaz, pues no se solicitó permiso al Ministerio de Trabajo, a pesar de estar protegida por fuero de estabilidad laboral reforzada. Como consecuencia solicita el reintegro y el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria, horas extras, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 73 y s.s. y 93 y s.s. subsanación).

Interpuso como pretensiones subsidiarias se condene a la demandada a pagar la indemnización por despido sin justa causa, los salarios, prestaciones sociales y vacaciones adeudadas, la indemnización moratorios, los daños y perjuicios, horas extras, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que trabajó al servicio de la demandada entre el 4 de agosto del 2012 y el 4 de septiembre del 2017, desempeñando el cargo de conserje; que se vinculó mediante un contrato de prestación de servicios; que su contratación estuvo precedida de la aprobación de la asamblea de copropietarios; que debía cumplir un horario de trabajo; que el último salario devengado fue de \$737.716 correspondiente a un SMMLV; que nunca se le pagaron prestaciones sociales, ni fue afiliada a seguridad social; que el 12 de febrero del 2016 sufrió un accidente de trabajo, el cual no fue reportado formalmente, lo cual le ocasionó un esguince y torcedura de rodilla; que padece patologías de origen

laboral diagnosticadas como consecuencia de estrés y ansiedad laboral por acoso; que se encontraba en tratamiento médico y en valoración de psicología y psiquiatría; que de dichas patologías tenía pleno conocimiento la demandada; que cuenta con 67 años de edad; que el 4 de septiembre del 2017, se le dio por terminado su contrato de trabajo de manera unilateral, sin justa causa y sin permiso del Ministerio y finalmente, indican que se le adeudan las acreencias laborales que pretende con la presente demanda.

2. Contestación de la demandada. Teniendo en cuenta que presentó el escrito de contestación de la demanda por fuera del término legal, la falladora de primera instancia la tuvo por no contestada mediante auto del 8 de febrero del 2018. (fol. 132 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 31 de enero del 2019, en la que la falladora de primera instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el 3 de septiembre del 2012 y el 4 de septiembre del 2017 y condenó a las sumas correspondientes por concepto de salarios adeudados, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria. Y absolvió de las demás pretensiones de la demanda. (CD fol. 159)

Su decisión se basó en lo que interesa al recurso de apelación en que para establecer que nos encontramos frente a un contrato de trabajo se deben encontrar demostrados 3 elementos: prestación del servicio, salario y subordinación.

Señaló que a la demandante le basta con probar la prestación personal del servicio, para que de inmediato opere la presunción del art. 24 del CST, quedando a cargo de la demandada, probar que no se encontraba subordinada. Que la demanda no se tuvo por no contestada. Que la prestación del servicio se prueba con lo confesado por la administradora de la PH demandada, el contrato de prestación de servicios y los comprobantes de pago. Por tanto, nació la presunción, que no fue desvirtuada por la demandada, por lo que se debe declarar la existencia de un contrato de trabajo.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandada** interpuso recurso de apelación argumentando que la subordinación debe ser demostrada. Que el testimonio del señor Víctor Hugo si bien no da luces, sirve para verificar que no había subordinación, pues él manifiesta que la administradora vivía fuera de Bogotá, que sólo iba al edificio cada 8 días, por tanto, no es posible pensar que le daba órdenes a la demandante y que se encontraba subordinada. Que no se demostró que se le hayan impartido órdenes a la demandante. Que se tuvo en cuenta una carta del año 2017, en el que el administrador de esa época le indica que se da por terminado el contrato que existía entre las partes y que van a ir al Ministerio, sin embargo, el ánimo de conciliar no es confesión. Que en el contrato de prestación de servicios se estipuló la independencia del contratista y que la demandante no estaba sometida a subordinación laboral. Que la demandante tenía plena autonomía en sus funciones. Que el testigo tiene un interés por ser compañero de arriendo de la demandante. Que la coordinación de actividades no significa subordinación.

5. Alegatos demandada. Señala que las partes acordaron celebrar un contrato de prestación de servicios y que la labor desarrollada por el actor se hizo de manera

autónoma e independiente. Que la carga probatoria está en cabeza de la parte demandante. Que la parte actora no presentó pruebas para demostrar lo pretendido en la demanda. Que nunca recibió órdenes sino instrucciones.

6. Alegatos demandante. Solicita se confirme la decisión proferida en primera instancia y se le condene a la demandada a pagar la indemnización por despido sin justa causa y la indemnización moratoria. Que debe tenerse en cuenta que la demandada no contestó la demanda por lo que perdió la oportunidad de defenderse a través de las excepciones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de proceso? y (ii) ¿Se logra desvirtuar la presunción de existencia de un contrato de trabajo que nació al probarse la prestación del servicio?

Prestación personal del servicio

No existe discusión, pues no fue tema de apelación, que la demandante Gladys Gallego Giraldo prestó sus servicios personales al Edificio Residencias el Pasaje P.H. desempeñando el cargo de conserje entre el 3 de septiembre del 2012 al 4 de septiembre del 2017, devengando un salario mínimo, lo cual además se corrobora con la confesión que hizo la administradora de la PH demandada, con el contrato de prestación de servicios (fol. 60), la carta de terminación del contrato (fol. 8) y los comprobantes de pago (fol. 63 y s.s.).

Carga probatoria

Como lo señaló la falladora de primera instancia, probada la prestación del servicio se debe dar aplicación a la presunción consagrada en art. 24 del CST, subrogado por el art. 2º de la Ley 50 de 1990, según la cual toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo; presunción amparada igualmente por el art. 53 de la Constitución Política que consagra la primacía de la realidad sobre formalidades, cuyos efectos no son otros que relevar al demandante de toda actividad probatoria en torno a la existencia del vínculo contractual, trasladándole la carga probatoria al demandado quien deberá acreditar que entre las partes se verificó un contrato de prestación de servicios, como lo señala nuestra Corte Suprema de Justicia en sentencias de rad. 40270 de 2011, 39259 de 2013 y SL 1545-2019.

Subordinación

Para el fallador de primera instancia, la parte demandada no logró desvirtuar la presunción de existencia de un contrato de trabajo, pues no demostró que la demandante no se encontrara subordinada.

El descontento de la parte recurrente gravita en la inadecuada valoración del testimonio del señor Víctor Hugo Luna Barragán y del documento contentivo del contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes, pruebas con las que a su juicio se logra desvirtuar la enunciada presunción, demostrando que la demandante ejerció sus funciones de manera autónoma e independiente.

Una vez escuchada la declaración del señor Víctor Hugo Luna Barragán encuentra la Sala, tal y como lo adujo la falladora de primera instancia, que el testigo en ningún momento refiere que la accionante hubiese prestado sus servicios de manera autónoma e independiente, por el contrario, indica que cumplía un horario de trabajo, que para ausentarse debía solicitar permiso y que recibía órdenes de la administradora, actos que no resultan acordes con la autonomía que debe reinar en los contratos de prestación de servicios y que por el contrario, acreditan aún más la existencia de subordinación de la trabajadora.

Y si bien la parte demandada, manifiesta que el testigo tenía un interés en las resultas del proceso, pues era compañero de vivienda de la demandante, lo cierto es que su dicho genera credibilidad a la Sala pues no sólo vivía con ella, sino que también trabajaba para la demandada, por lo que tiene un conocimiento directo de los hechos que aquí se discuten.

No sobra mencionar que, si bien el testigo refirió que la administradora no vivía en el conjunto sino en la Calera y que iba cada 8 días a la PH demandada, ello no es óbice para ejercer subordinación frente a una trabajadora que desarrolló la labor de administradora.

La presunción tampoco se desvirtúa con la sola exhibición del contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes, a pesar de que allí se consigne que la labor desempeñada es autónoma e independiente, como quiera que precisamente lo perseguido en este proceso es la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo en virtud de la primacía de la realidad, debiéndose en apreciar lo que realmente sucede en el plano de la realidad, no en el formal, pues solo así el funcionario judicial adquiere convicción respecto a la naturaleza de los servicios prestados por una persona natural. Lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan dado las partes, sino las circunstancias que rodean la prestación de los servicios convenidos, tal y como lo ha enseñado en reiteradas oportunidades nuestra la H. Corte Suprema de Justicia.

En consecuencia, teniendo en cuenta que no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita desvirtuar la presunción que nació al probarse la prestación personal del servicio, es claro que no queda otro camino que confirmar la decisión proferida en primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de enero del 2019, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$750.000, las cuales deberán ser liquidadas por el fallador de primera instancia de conformidad con el art. 366 del CGP y de la SS.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: GERARDO EMILIO CALA MARIN Y OTROS
DEMANDADO: CENTRO INTERNACIONAL DE BIOTECNOLOGIA
REPRODUCTIVA CIBRE Y OTRO
RADICACIÓN: 1100131050-23-2016-00492-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO

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

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Gerardo Emilio Cala Marín, Sandra Bibiana Mendieta, Julieth Andrea Hernández Ríos, Sandra Lorena Ledesma, John Oswaldo Piñeros, José Fernando Ledesma, Lina María Londoño Holguín, Alejandra Cárdenas Sánchez, **Pablo Cesar Hernández Lambertino, Néstor Raúl Rico** y Yeisy Bibiana Cifuentes Mahecha instauraron demanda ordinaria contra el CENTRO INTERNACIONAL DE BIOTECNOLOGIA REPRODUCTIVA CIBRE y la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido y se condene a las demandadas a pagar las sumas correspondientes por concepto de indemnización por despido sin justa causa, prestaciones sociales, aportes a seguridad social, sanciones por no consignación de cesantías dotación, indemnización moratoria, indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 17 y s.s. y 147 y s.s. subsanación).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones en lo que interesa al recurso de apelación señalaron:

En relación con **Pablo César Hernández Lambertino** manifestó que con el CENTRO INTERNACIONAL DE BIOTECNOLOGIA REPRODUCTIVA CIBRE existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 19 de enero del 2013 al 2 de diciembre del 2014; que desempeñó el cargo de "DEPOSTADOR CATEGORIA MASTER"; que devengó un salario de \$1'700.000; que cumplía un horario de trabajo; que realizó sus funciones de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador; que ante la falta de pago de salarios se vio en la obligación de renunciar a su cargo; que se le adeudan las

acreencias laborales que pretende en la presente demanda; que el CENTRO INTERNACIONAL DE BIOTECNOLOGIA REPRODUCTIVA CIBRE es de la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN.

En cuanto al señor **Néstor Raúl Rico Rincón** señaló que ingresó a laborar el 15 de agosto del 2009 en el CENTRO INTERNACIONAL DE BIOTECNOLOGIA REPRODUCTIVA CIBRE mediante contrato de trabajo a término indefinido; que desempeñó el cargo de "ASESOR COMERCIAL"; que devengó un salario de \$1'232.000; que cumplía un horario de trabajo; que realizó sus funciones de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador; que ante la falta de pago de salarios se vio en la obligación de renunciar a su cargo; que se le adeudan las acreencias laborales que pretende en la presente demanda; que el CENTRO INTERNACIONAL DE BIOTECNOLOGIA REPRODUCTIVA CIBRE es de la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN.

2. Contestación de la Fundación Universitaria San Martín. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que entre los demandantes y dicha entidad nunca ha existido un contrato de trabajo, ni directa, ni indirectamente. Propuso como excepciones de fondo los de buena fe, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación por pasiva, compensación y prescripción. (fol. 235 y s.s.)

3. Contestación del CENTRO INTERNACIONAL DE BIOTECNOLOGIA REPRODUCTIVA EN LIQUIDACIÓN – CIBRE- señaló que se atenía a lo que resulte probado y a que además ha operado el fenómeno prescriptivo en relación con las acreencias laborales adeudadas. Propuso como excepción de fondo la de prescripción.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de septiembre del 2019, en la que la falladora de primera instancia en lo que interesa al recurso de apelación absolvió de todas y cada una de las pretensiones instauradas por los señores Pablo César Hernández Lambertino y Néstor Raúl Rico Rincón. (CD fol. 148)

Su decisión se basó en lo que interesa al recurso de apelación, en que no se logró demostrar el extremo final de la relación laboral, por lo que no es posible impartir ninguna condena.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación *"para que sea revisado sobre los demandantes Pablo César Fernández Lambertino y Néstor Raúl Rico ya que si bien es cierto en las documentales están las copias de los contratos a término indefinido suscritos por la demandada y los demandantes, se debe revisar y así mismo ellos declararon que tuvieron una relación laboral y ratificaron el día que terminó la relación laboral entre ellos entonces es necesario que se revoque en esos términos la presente decisión."*

6. Alegatos Fundación Universitaria San Martín. Indicó que tal y como quedó debidamente demostrado en primera instancia, así como se indicó dentro del escrito de contestación, se debe reiterar que los demandantes nunca sostuvieron ninguna relación laboral con la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN**, tal y como lo manifestaron en los respectivos interrogatorios, pues el empleador fue una persona jurídica completamente ajena a dicha Fundación, por lo que solicita se confirme la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se absolvió a la Fundación San Martín frente a todas y cada una de

las pretensiones de la demanda, debido a que los argumentos y elementos sobre los cuales se basó el recurso de apelación de la contraparte, carecen de fundamento legal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por los demandados Pablo César Hernández Lambertino y Néstor Raúl Rico se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Los **problemas jurídicos** que centra la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Los demandantes Pablo César Hernández Lambertino y Néstor Raúl Rico lograron probar el extremo final de la relación laboral que los unió al CENTRO INTERNACIONAL DE BIOTECNOLOGIA REPRODUCTIVA CIBRE?, en caso afirmativo, ¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción? y ¿Hay lugar a impartir condena por las acreencias laborales reclamadas en la presente demanda?

De la existencia de una relación laboral

No existe controversia en esta instancia en lo siguiente:

Que entre el CENTRO INTERNACIONAL DE BIOTECNOLOGIA REPRODUCTIVA CIBRE y el señor PABLO CÉSAR HERNÁNDEZ LAMBERTINO, existió un contrato de trabajo a término indefinido el cual tuvo como extremo inicial el **19 de enero del 2013**, lo cual se corrobora con el contrato de trabajo celebrado entre las partes visible a folio 110 y s.s.

Tampoco se controvierte, que entre el señor NÉSTOR RAÚL RICO RINCÓN y el CENTRO INTERNACIONAL DE BIOTECNOLOGIA REPRODUCTIVA CIBRE, existió un contrato de trabajo a término indefinido el cual tuvo como extremo inicial el **15 de agosto del 2009**, lo cual se corrobora con el contrato de trabajo celebrado entre las partes visible a folio 110 y s.s.

Extremo final del contrato de trabajo del señor Pablo César Hernández Lambertino

El demandante manifiesta que su relación laboral finalizó el **2 de diciembre del 2014**, lo cual no fue aceptado por la demandada al contestar la demanda.

Para el fallador de primera instancia, no se logró probar el extremo final señalado en la demanda, ni ningún otro; decisión con la que no está de acuerdo el apoderado de parte demandante, quien en su apelación manifestó que el accionante ratificó en su declaración la fecha final de la relación laboral.

Sea lo primero recalcar, conforme lo tiene sentado nuestra CSJ, entre otras, en la sentencia SL 194-2019, que nadie puede derivar un beneficio de su propia declaración, porque a nadie le está dado crear su propia prueba. Por tanto, la simple mención del demandante en diligencia de interrogatorio de parte, oportunidad en la señaló que su contrato finalizó el 2 de diciembre del 2014, no constituye prueba de esa circunstancia.

En el presente caso, la única prueba documental que se allegó fue el contrato de trabajo celebrado entre las partes (fl. 110) el cual sólo da fe de la existencia de la relación laboral y el extremo inicial de la misma, pero nada dice frente al extremo final.

Al revisar el expediente se observa que no existe ninguna prueba, ni documental, ni testimonial que permita inferir cuál fue el extremo final de la relación laboral que unió a las partes, siendo necesario recordar, que tal y como lo ha indicado de manera reiterada la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 2700-2019, el hecho de probar la existencia de una relación laboral, no exige al demandante de cumplir con otras cargas probatorias, como lo son los extremos temporales, el monto del salario, la jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario y el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por despido sin justa causa.

Siendo claro que contrario a lo señalado por la parte demandante en su apelación no es suficiente con el dicho del demandante, sino que debía probarlo conforme lo exige el art. 167 del C.G. del P. al cual nos remitimos por disposición expresa del art. 145 del CPT y de la SS, el cual indica que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Por tanto, al no existir ninguna prueba que permita establecer hasta cuándo presto sus servicios el señor **Pablo César Hernández Lambertino** no es posible establecer el extremo final de la relación laboral, ni cuantificar las acreencias laborales pretendidas, por lo que no queda otro camino que confirmar la absolución impartida en primera instancia.

Extremo final del contrato de trabajo del señor Néstor Raúl Rico Rincón

El demandante manifiesta que su relación laboral finalizó el **20 de julio del 2014**, lo cual no fue aceptado por la demandada al contestar la demanda.

Para el fallador de primera instancia, no se logró probar el extremo final señalado en la demanda, ni ningún otro, decisión con la que no está de acuerdo la parte demandante, quien en su apelación manifestó que el accionante ratificó en su declaración la fecha final de la relación laboral.

Es necesario señalar que el fallador de primera instancia consideró que el contrato laboral del demandante fue con el CENTRO INTERNACIONAL DE BIOTECNOLOGIA CIBRE lo cual no mereció ningún reparo de la parte demandante.

Al igual que ocurre con el señor Hernández Lambertino, tampoco es dable que el señor Rico Rincón fabrique su propia prueba, por lo que no basta con la manifestación efectuada al absolver el interrogatorio de parte, oportunidad en la que adujo que su contrato finalizó el 20 de julio del 2014.

En el presente caso, la única prueba documental que se allegó relacionada con el CENTRO INTERNACIONAL DE BIOTECNOLOGIA CIBRE fue el contrato de trabajo celebrado entre las partes (fl. 116) el cual sólo da fe de la existencia de la relación laboral y el extremo inicial de la misma, pero nada dice frente al extremo final.

Al igual que ocurre con el anterior demandante, no existe ninguna prueba ni documental, ni testimonial, ni de ninguna otra índole que permita establecer cuál fue el extremo final de la relación laboral que unió a las partes, no siendo suficiente, como

se explicó anteriormente con la manifestación que hizo el señor Rico Rincón al absolver su interrogatorio de parte, pues es claro que él no puede fabricar su propia prueba.

Por tanto, al no probarse el extremo final de la relación laboral, no es posible impartir ninguna condena, por lo que acertó el fallador de primera instancia, al absolver a la demandada de las pretensiones invocadas por el señor Néstor Raúl Rico Rincón.

Siendo necesario aclarar que no se tuvieron en cuenta las documentales allegadas a fl. 119 y 120 las cuales hacen relación al "FONDO DE EMPLEADOS GRUPO SAN MARTÍN" como quiera que nada tienen que ver con el CENTRO INTERNACIONAL DE BIOTECNOLOGIA CIBRE con quien se declaró la existencia de la relación laboral.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de septiembre del 2019, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

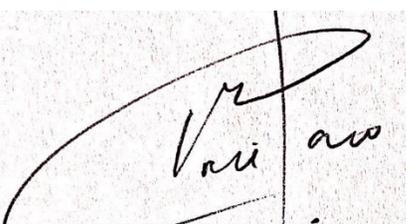
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.
(Salvo voto)

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: LUZ EMERITA MORALES LOZANO
DEMANDADO: CUPISA COMERCIALIZADORA S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-14- 2018-00181-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Luz Emérita Morales Lozano instauró demanda ordinaria contra Cupisa Comercializadora S.A. con el fin de que se DECLARE que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 9 de julio de 2015 y el 1º de julio de 2017, el cual fue terminado sin justa causa por la parte pasiva, y en consecuencia, se condene a reconocer y pagar a su favor las sumas correspondientes por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, sanción por falta de consignación de cesantías, indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa, los aportes al Sistema General de Pensiones, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso.

(fols. 26 y s.s.; subsanación 33 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que ingresó a trabajar a la demandada el 15 de agosto de 2015, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios para desempeñar el cargo de empacadora; que cumplió un horario de trabajo de lunes a viernes de 6:00 a.m. a 2:00 p.m., más dos horas extras; que durante el último año de prestación de servicios recibió una remuneración mensual de \$1.200.000, pagaderos de manera quincenal; que recibía órdenes e indicaciones directas de la Directora Administrativa de la demandada y de sus subalternos; que la accionada no la afilió al Sistema de Seguridad Social Integral; que la demandada no ha reconocido a su favor las prestaciones sociales y las vacaciones causadas durante la vigencia de la relación laboral; que su contrato de trabajo fue terminado de manera verbal por la Directora Administrativa de la accionada.

2. Contestación de CUPISA COMERCIALIZADORA S.A. Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas por la

parte actora, argumentando que en el presente caso no concurren los 3 elementos del contrato de trabajo, sumado a que de las pruebas obrantes en el proceso se advierte la existencia de una relación de carácter privado no laboral. Señaló que en la certificación obrante en el proceso no se acepta la existencia de un contrato de trabajo y fue proferida como favor por un trámite personal requerido por la actora.

Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del contrato de trabajo y relación laboral, inexistencia de los derechos pretendidos, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, violación por configuración del principio *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* y la genérica. (fols. 40 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 26 de agosto del 2019, en la que el Juzgado declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 12 de agosto de 2015 y el 15 de febrero de 2017; condenó a la convocada a reconocer y pagar a favor del actor las prestaciones sociales y las vacaciones, así como el valor de \$28.000.000 a título de indemnización moratoria liquidada sobre un salario diario de \$40.000 desde el 17 de febrero de 2017, junto con los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación hasta cuando se verifique el pago de las prestaciones; igualmente condenó a la accionada a pagar a favor del demandante la suma de \$12.000.000 por concepto de sanción moratoria por falta de consignación de cesantías a un fondo y a trasladar al fondo de pensiones que elija la actora, los aportes a pensión causados durante la vigencia de la relación laboral, a partir del respectivo cálculo actuarial que realice la administradora de pensiones; absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la encartada. (CD fol. 75).

Su decisión se basó en que se encuentra demostrada la prestación personal del servicio, de lo manifestado por la demandada en la etapa de fijación del litigio, así como del contrato de prestación de servicios y la certificación allegada al proceso, la cual tiene valor probatorio conforme a lo que al respecto ha definido la CSJ, pues la demandada no acreditó que esta última documental fue expedida para hacerle un favor a la parte actora.

Agregó que una vez analizada la prueba testimonial, se evidencia un sometimiento de la actora a las órdenes y requerimientos de la empresa, pues tal como dio cuenta la testigo Nelly Ortíz, la convocante debía ejecutar las laborales asignadas por la supervisora Betty Pompeyo y por el Jefe de Producción Francisco Lozano; además, éste último indicó igualmente en su declaración, que se asignaban tareas a través de hojas de ruta para pulir, empacar o revisar prendas, lo cual estaba bajo la supervisión y dirección de quienes tenían a su cargo la planeación y ejecución de la producción de la empresa, amén que la actividad personal desarrollada en la planta de producción estaba sometida a un control de calidad.

Dijo que si bien en el contrato de prestación de servicios se indicó que la labor desempeñada lo era de empacadora, lo cierto es que de la prueba testimonial se puede establecer que la demandante ejercía cualquier otra función que le fuera asignada, debiendo además, cumplir con un horario de trabajo de 6 a.m. a 2.p.m, el cual en algunas ocasiones iba más allá de dicha hora, cuyo acatamiento se verificaba a través de un sistema biométrico, sobre el personal de planta o contratado por prestación de servicios, quienes no tenían ninguna distinción.

Adujo que en caso de aceptarse que la labor era remunerada por tareas o a destajo, ello no desvirtúa la existencia del contrato de trabajo, en la medida que la ley también ha previsto esa modalidad como una forma de prestación de servicios subordinada, precisando que en todo caso no se acreditó que en el *examine* esa era la forma de retribuir los servicios de la convocante.

Conforme a lo anterior, concluyó que es procedente declarar la relación laboral alegada, pero teniendo como inicio el 12 de agosto de 2015, fecha en la que se suscribió el contrato de prestación de servicio y como extremo final el 15 de febrero de 2017, data de la última factura expedida por la demandada; además, dijo que debe impartirse condena por prestaciones sociales y vacaciones teniendo en cuenta como salarios probados los valores de \$1.000.000 para el año 2015 y \$1.200.000 para los años 2016 y 2017, así como por los aportes a pensión con base a la mencionada remuneración.

Adujo que debe reconocerse la indemnización moratoria y la sanción por falta de consignación de cesantías, dado que en el caso no se encuentra acreditada la buena fe de la encartada, pues aunque su defensa estuvo encaminada a indicar que el contrato que ató a las partes lo fue bajo la modalidad de prestación de servicios, resulta claro que se aprovechó de dicha figura para no reconocer los emolumentos que le correspondían a la actora; así en la certificación se trata de desdibujar el contrato de trabajo, a pesar de que la subordinación jurídica fue una constante en el desarrollo del vínculo contractual.

Finalmente, dijo que no es procedente acceder a la indemnización por despido injusto, dado que no se encuentra acreditado el hecho del despido.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandada** interpuso recurso de apelación argumentando que no se comparte la posición asumida por el despacho de declarar la existencia de un contrato de trabajo, pues aunque se habló de un sistema biométrico para el control de ingreso y salida a la empresa, ello en la realidad no sería relevante en la medida que la remuneración lo era por unidades producidas y no por unidad de tiempo, además la CSJ ha definido que la prestación de servicios dentro de un horario determinado no deriva necesariamente en la subordinación laboral.

Agregó que históricamente se ha establecido que al contratista se le puede dirigir y exigir el cumplimiento de unos compromisos, sin que por ello se vea involucrado el elemento de la subordinación, lo cual fue lo que en realidad ocurrió en el presente caso, como lo refirieron los testigos y la demandada en su interrogatorio.

Dijo que conforme al dicho de los testigos es claro que las partes tenían la convicción de que se encontraban atadas por un contrato de prestación de servicios, lo cual se confirma con la certificación aportada al proceso, documental que no tiene la intención de burlar una norma, por manera que no es tampoco procedente concluir que la encartada en el presente caso actuó de mala fe.

Adujo que, si se analiza la declaración de la demandante, es posible advertir que fue evasiva en relación con las preguntas que se le formularon respecto de la suscripción del contrato de prestación de servicios, situación que claramente implica su conocimiento y aquiescencia en relación con el mismo, lo cual genera un resultado distinto sobre la presunción de que trata el artículo 24 del CST.

Señaló que se tachó por sospecha a la testigo Nelly Ortiz, dado que ella aceptó que tiene en curso un proceso contra la encartada por las mismas pretensiones formuladas en el presente caso, respecto de lo cual no existió pronunciamiento por parte del Despacho, amén que sus manifestaciones se relacionan con el personal de la empresa en general, pero no precisa conocimiento directo de los hechos relacionados directamente con la actora.

Indicó que en las sentencias SL256-2019 y SL012-2019, se hace referencia a la indemnización moratoria y a la sanción por falta de consignación de cesantías, y se indica que debe hacerse un análisis profundo de la actitud y la actividad desarrollada en vigencia de la relación existente entre la demandante y la demandada, pues no puede darse efecto a las normas que consagran dichas sanciones por el incumplimiento de la ley laboral ante la convicción legítima de la existencia de un vínculo privado no regido por un contrato de trabajo, respecto del cual la demandante tenía plena conciencia y consentimiento.

5. Alegatos de conclusión segunda instancia. La partes se abstuvieron de presentar sus alegaciones dentro del término otorgado para ello en auto del 10 de agosto del 2020, notificado en estado del 11 de agosto de la misma anualidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente .

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: (i) ¿Logró la demandada desvirtuar la presunción de que trata el artículo 24 del CST que operó a favor de la demandante? y (ii) ¿El actuar de la demandada debe reputarse de buena fe y por ende la indemnización moratoria y la sanción por falta de consignación de cesantías carecen de visos de prosperidad?

De la existencia de la relación laboral

Para resolver el problema jurídico encaminado a establecer si entre las partes existió una relación de trabajo, debe precisar la Sala que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL9801-2015, ha sido insistente en destacar que la característica principal que diferencia el contrato de trabajo con otros de disímil naturaleza jurídica, es la condición subordinante a la cual se encuentra expuesta la persona que presta su fuerza de trabajo a cambio de una contraprestación, entendiéndose que los demás elementos normal o regularmente concurren en cualquier contrato, bien sea de naturaleza laboral, civil, comercial e incluso del sector solidario.

El artículo 23 del C.S. del T, indica que para que exista contrato de trabajo se requiere la concurrencia de los tres elementos del contrato, estos son, la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario.

Por su parte, el artículo 24 del C.S. del T. subrogado por el artículo 2º de la ley 50 de 1990, establece que "*Se presume que toda relación personal de trabajo está regida por un contrato de trabajo*"

Frente a lo cual, la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 1657-2019, dejó sentado que la demostración de la prestación personal del servicio por parte del demandante desencadena la consecuencia jurídica contemplada en el artículo 24 del CST, esto es, la de presumirse la subordinación jurídica propia del contrato de trabajo, y en consecuencia, se deben examinar las pruebas para determinar si ellas tienen la capacidad de desvirtuar la presunción legal, demostrando que el trabajo lo ejecutó el promotor de la litis de forma independiente, es decir, sin estar sujeto al cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo, lugar y cantidad de trabajo, o sometido a reglamentos.

En el presente caso, no existe discusión respecto de la prestación personal del servicio por parte de la demandante a favor de la empresa demandada, pues así lo estableció el *a quo* y ello no se debate en el recurso de apelación formulado por Cupisa Comercializadora S.A.; además, a folios 11 y s.s. obra contrato de prestación de servicios, de cuyo contenido se advierte que la demandante fue vinculada para desempeñarse como "*empacadaora*", lo cual también se ratifica con la certificación expedida por la encartada el 29 de noviembre de 2016 obrante a folio 13 y en la que se indica que la parte actora "*presta sus servicios en el área de Producción*".

En ese orden, es claro que ha operado a favor de la demandante la presunción de que trata el artículo 24 del CST, la cual, en los términos planteados en el recurso de apelación, fue desvirtuada a través del interrogatorio de parte rendido por la convocante y de las testimoniales recaudadas, de las cuales, además debe ser descartada la declaración de la señora Blanca Nelly Ortíz, por cuanto pesa sobre ella una tacha por sospecha que no fue resuelta por el Juzgado.

En ese orden, procede la Sala a verificar las pruebas recaudadas, para lo cual se tiene el interrogatorio rendido por la actora, en el cual afirmó que ingresó a trabajar a la empresa con contrato de prestación de servicios, pero dando cumplimiento a un horario de trabajo de 6:00 a.m. a 2:00 p.m., jornada que en algunas ocasiones se extendió más allá del mismo; que al llegar a las instalaciones de la demandada debía marcar los últimos 4 dígitos de su cédula e imponer su mano en un sistema biométrico; aceptó que firmó el contrato de prestación de servicios y afirmó que su remuneración le era pagada de manera quincenal, debiendo suscribir un recibo que le entregaba la encartada. Agregó que no hizo ningún reclamo durante la vigencia de la relación; que no tenía libertad para cumplir otro horario y que sus labores consistían en pulir o revisar prendas para luego pasarlas a despacho; que en todo caso le eran asignadas otras actividades. Finalmente, dijo que su remuneración no variaba, excepto en las ocasiones que trabajó horas extras. (CD fol. 70).

De otro lado, rindió declaración la señora Blanca Nelly Ortíz, en calidad de costurera de la encartada entre 2014 y 2016, quien fue tachada por sospecha, en tanto indicó que promovió un proceso contra la demandada, por cuanto no le reconocieron su liquidación. En relación con el proceso que nos ocupa, dijo que conoce a la actora porque fue compañera de trabajo en Cupisa; que la actora remataba, ayudaba a empacar y entregaba los pedidos; que el horario de trabajo era impuesto por la empresa a través de la Supervisora Betty Pompeyo, el cual se extendía de las 6:00 a.m. a las 2:00 p.m.; que a todo el personal vinculado por prestación de servicios,

en el que se encontraba la demandante, le pagaban \$1.200.000; que a la actora le daban órdenes y directrices por conducto de la Supervisora, lo cual conoce porque ella estaba cerca de su puesto de trabajo y toda la planta escuchaba; que la demandante le dijo que su contrato fue cancelado por la empresa; que para ingresar a la empresa a las 6:00 a.m. debían digitar los últimos 4 dígitos de la cédula, además debían diligenciar una hoja de asistencia con la hora de ingreso y salida; que el pago era a través de cheque, para lo cual debían firmar un papel de recibido; que no existe ninguna diferencia entre el personal de planta y las personas contratadas por prestación de servicios. (CD fol. 70).

También rindió su declaración la señora Maricela Rueda Rojas, quien labora para la demandada desde el 2005 como Directora Administrativa y Contable; indicó que no le consta nada en relación con la forma en como la actora ejecutó la labor, dado que solo se dedica al área administrativa; dijo que solo sabe que la demandante suscribió un contrato de prestación de servicios y que para el pago de la labor desempeñada se generaba un documento con fines contables, el cual además, dependía de las tareas que ella desarrollara; que la remuneración se reconocía de manera quincenal, los días 5 y 20 de cada mes; que el salario era variable, en tanto cada tarea tenía un precio diferente. (CD fol. 70).

Finalmente, declaró el señor Francisco Lozano Rodríguez, en calidad de Director de Planeación y Producción de la demandada. Dijo que la demandante trabajó por tareas desde agosto de 2015; que la compañía tiene un horario de trabajo de 6 a.m. a 2 p.m. y no le consta que la demandante lo hubiere cumplido, aunque la veía trabajando a las 6 de la mañana; que el testigo asignó tareas a la demandante, pues se trabajaba con base en unas instrucciones que ellos impartían en unas hojas de ruta de trabajo; que en esas hojas se especificaban las actividades a desarrollar, como limpiar, coser, tejer, empacar, las cuales estaban establecidas dependiendo del área de trabajo; que la convocada tenía un Departamento de Calidad que se encargaba puntualmente de revisar las prendas y que las personas cumplieran las tareas, precisando que lo realizado por la demandante estaba sujeto a revisión. Finalmente, dijo que la supervisora era la persona encargada de verificar que la demandante hiciera su trabajo.

De las declaraciones reseñadas se tiene que, contrario a afirmado por el recurrente, la encartada no logró derruir la presunción de que trata el artículo 24 del CST; así nótese que la demandante nunca confiesa en su declaración que prestó sus servicios de manera autónoma e independiente, por el contrario, indicó que cumplió el horario de trabajo que le fue impuesto y que siempre desempeñó las distintas actividades que le fueron asignadas. Y si bien, aceptó que suscribió con la encartada un contrato de prestación de servicios, ello por sí solo no desvirtúa la presunción de la que se viene hablando, en la medida que dicha prueba documental no tiene la virtud de dar cuenta de la manera en como la relación laboral se ejecutó en la realidad.

En ese punto, resulta conveniente recordarle al apoderado de la parte demandada, que las formas convenidas por las partes de una relación contractual deben ser dejadas de lado para darle prevalencia a lo que en verdad acreditan las condiciones bajo las cuales se desarrolla el contrato, con lo cual si se evidencia el elemento de la subordinación característico de un contrato de trabajo, se impone derivar de ello, las consecuencias jurídicas que prevé la ley; lo anterior, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

En ese orden, y una vez analizados los testimonios ya referenciados, es claro que no se encuentra desvirtuada la presunción que operó a favor de la parte demandante, pues el testigo Francisco Lozano Rodríguez allegado por la propia accionada, indicó que a la demandante se le asignaban tareas que tenían una hoja de ruta para su ejecución, las cuales además estaban sujetas a supervisión por parte del Departamento de Calidad, sumado a que la actora contaba con una Supervisora que se encargaba de vigilar el cumplimiento de las funciones.

De esta manera, la declaración aludida, antes que dar cuenta de una prestación del servicio autónoma e independiente, reafirma que la misma en realidad lo fue bajo la continuada subordinación y dependencia de la encartada, que no puede interpretarse como una simple instrucción o requerimiento efectuado al contratista independiente, pues de lo dicho por el Director de Producción y Planeación de Cupisa, se evidencia con claridad que la demandante no gozaba de ninguna libertad y autonomía para ejecutar su labor, ya que estaba sometida de manera absoluta a las órdenes de la encartada, amén que las mismas no se corresponden con las actividades que requieren conocimientos técnicos y especializados, que sí permiten su contratación a través de la figura de contratos de prestación de servicios.

A lo anterior, se suma que si bien la testigo Blanca Nelly Ortíz fue tachada por sospecha, no se considera que la misma deba ser desechada, en la medida que después de una rigurosa valoración de su dicho, se advierte que ésta fue espontánea y conteste, amén que no se observa parcialidad en las respuestas que brindó al Juzgado, por manera que al tener en consideración sus manifestaciones, se ratifica el elemento de la subordinación, en la medida que ésta no solo dio cuenta de la exigencia de un horario de trabajo en relación con ella y la demandante, sino también del desempeño de las actividades de la señora Luz Emérita, acatando órdenes e instrucciones de la Supervisora Betty Pompeyo y del Director de Producción y Planeación de la encartada.

Conforme a lo expuesto, no le cabe duda a la Sala sobre la existencia del contrato de trabajo reconocido por el Juzgado, lo cual no tiene sustento únicamente en el cumplimiento de un horario de trabajo, como lo pretende hacer ver el recurrente, sino también en las instrucciones que le eran impartidas a la trabajadora y en la supervisión de su trabajo.

Por lo tanto, habrá de confirmarse la decisión de primera instancia sobre este aspecto, y como quiera que no existe debate en relación con los extremos laborales, el salario y el valor de las prestaciones y las vacaciones debidas, la Sala no emitirá ningún pronunciamiento al respecto.

De la indemnización moratoria y la sanción por falta de consignación de cesantías

En relación con la indemnización moratoria y la sanción por falta de consignación de cesantías, cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, 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, la indemnización de que trata el artículo en mención.

En lo que tiene que ver con la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se destaca que ésta procede cuando el empleador no consigna el auxilio a la

cesantía antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual del fondo seleccionado por el trabajador.

Sobre dichas indemnizaciones, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia entre otras en la sentencia SL5220-2019 ha explicado, que las mismas por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador.

En ese orden, la aplicación de la indemnización moratoria para cualquiera de los dos eventos aquí analizados, no es automática ni inexorable, y por ende en cada asunto el sentenciador debe determinar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada con argumentos que pese a no resultar viables o jurídicamente acertados, sí puedan considerarse atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubiese llevado al convencimiento de que nada adeudaba por salarios o derechos sociales, lo cual de acreditarse conlleva a ubicar su actuar en el terreno de la buena fe, caso en el que no procederían las sanciones mencionadas.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional entre otras en la sentencia T-459 del 2017 en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Ahora bien, echando mano de una de las sentencias referenciadas por la parte demandada en su recurso de apelación, esto es, la SL256-2019 se tiene que la CSJ estableció que la buena o mala fe no depende de la existencia formal de los convenios o contratos de prestación de servicios, ni de la simple afirmación del demandado de creer que actuó con apego a la ley, pues en cualquier caso es indispensable la verificación de otros aspectos que giraron en torno a la conducta que asumió en su condición de deudor obligado, pecisando además, que el fallador debe verificar el haz probatorio para verificar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos que sirvan para abstenerse de imponer la sanción.

En el presente caso, la demandada aduce que actuó de buena fe en la medida que ambas partes actuaron bajo la convicción de que el vínculo que las unió lo fue un contrato de prestación de servicios, el cual fue aportado con la demanda y como se corrobora de la certificación obrante a folio 13.

Frente a ello ha de decirse que la jurisprudencia citada en el recurso y a la que se hizo referencia con anterioridad, en verdad no le favorece a la encartada, pues de ella se extrae que no es suficiente aducir esa creencia para tener por acreditada la buena fe de la parte empleadora, que impida el reconocimiento de la indemnización moratoria y de la sanción por falta de consignación de cesantías.

A lo anterior se suma que, la Sala comparte la posición del *a quo* en relación con que no puede concluirse cosa distinta a que la demandada actuó de mala fe en el presente caso, en la medida que la actividad desempeñada por la demandante consistente en pulir, revisar y empacar prendas de vestir, como lo dijo el testigo Francisco Lozano Rodríguez, es claramente subordinada y no requiere de

conocimientos técnicos, especiales y ajenos a la encartada, que pudieren ser contratados a través de dicha figura contractual, por lo que es claro para la Sala que Cupisa Comercializadora S.A., al echar mano de la misma para vincular a la demandante, sí pretendió disfrazar la relación laboral y evadir las obligaciones que de ella se derivan.

Así las cosas, no encuentra la Corporación razones atendibles para exonerar a la demandada de las sanciones de las que se viene hablando.

Virtud de lo dicho, no queda otro camino que confirmar la decisión proferida en primera instancia.

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

RESUELVE

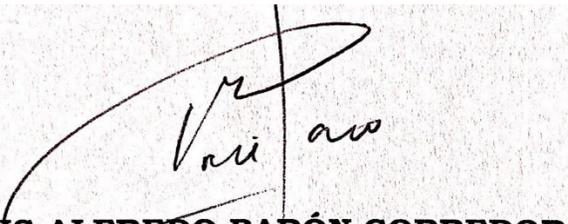
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de agosto del 2019, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$877.803 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con el art. 366 del CGP.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: BLANCA ELSY BUSTOS SIERRA
DEMANDADO: COOPERATIVA MULTIACTIVA DE PROFESORES Y EMPLEADOS DE LA FUNDACIÓN DEL GIMNASIO CAMPESTRE
RADICACIÓN: 1100131050-34-2017-00435-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: REINTEGRO PRE-PENSIONADO

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Blanca Elsy Bustos Sierra instauró demanda ordinaria contra la Cooperativa Multiactiva de Profesores y Empleados de la Fundación del Gimnasio Campestre, con el fin de que se DECLARE que entre las partes existió una relación laboral entre el 4 de diciembre de 2014 y el 31 de octubre de 2016, en el cargo de Gerente Representante Legal, que fue terminado sin justa causa por la demandada, lo cual se torna ineficaz por faltarle 10 meses y 21 días para acceder a la pensión de vejez; en consecuencia, se ordene su reintegro al cargo que venía desempeñando o a uno de igual categoría y se condene al pago de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones al Sistema de Seguridad Social Integral, desde el 31 de octubre de 2016 hasta la fecha en que se haga efectivo el reintegro, junto con la indexación, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fols. 48 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que fue contratada por la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido entre el 4 de diciembre de 2014 y el 31 de octubre de 2016 como Gerente Representante Legal; que en la última fecha en mención la convocada dio por terminado el vínculo laboral por decisión sin justa causa, pagando el valor de la respectiva indemnización, data para la cual le faltaban 10 meses y 21 días para acceder a una pensión de vejez, ya que nació el 21 de septiembre de 1960, por manera que el 31 de octubre de 2016 contaba con 56 años, 40 días; que su último salario ascendía a la suma de \$4.000.000 más \$200.000 de gastos de representación.

2. Contestación de la COOPERATIVA MULTIACTIVA DE PROFESORES Y EMPLEADOS DE LA FUNDACIÓN GIMNASIO CAMPESTRE. Dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que suscribió contrato de trabajo con la demandante, el cual se ejecutó entre el 5 de diciembre de 2014 y el 31 de octubre de 2016, fecha esta en la que se dio por terminado sin justa

causa con el reconocimiento de la respectiva indemnización, precisando que para ese momento la actora contaba con 1.340,71 semanas de cotización y pese a que le faltaban algunos meses para completar la edad de 57 años, no estaba cobijada por la protección especial que invoca, dado que ya había reunido la densidad de semanas exigidas por la ley para acceder a la pensión, amén que presentaba otra vinculación laboral con la Corporación Unificada Nacional CUN, empleador con el que continuó cotizando con posterioridad a su desvinculación. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho a la estabilidad laboral reforzada, inexistencia de los derechos reclamados, inexistencia de reintegro, buena fe, cobro de lo no debido y la genérica. (fols. 74 y s.s.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de julio de 2019, mediante la cual el Juzgado absolvió a la demandada de todas las pretensiones invocadas en su contra y condenó en costas a la actora. (CD fol. 219)

Su decisión se basó en que conforme a la sentencia SU 003 de 2018, la Corte Constitucional estableció que la figura de pre pensionado es diferente a la figura de reten social, pues esta última opera en el contexto de renovación, restructuración o liquidación de entidades públicas, mientras que aquella tiene lugar en relación con los trabajadores que cumplan los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los 3 años siguientes, ya sea que se trate de personas vinculadas al sector público o al sector privado.

Agregó que dicha Corporación precisó que cuando el único requisito para acceder a la pensión de vejez es el de la edad al acreditarse el número mínimo de semanas de cotización exigidas por la ley, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria de una estabilidad laboral reforzada, en la medida que la edad puede ser cumplida de manera posterior con o sin vinculación laboral vigente, siendo claro que no se frustra el acceso a la pensión de vejez, tesis que puede verificarse igualmente en la sentencia T-972 del 2014.

Conforme a lo anterior, destacó que la demandante nació el 21 de septiembre de 1960, motivo por el cual a la fecha en que fue despedida le faltaban 10 meses y 21 días para alcanzar los 57 años de edad conforme a lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003; no obstante, al momento del finiquito contaba con 1.341,57 semanas de cotización, como se encuentra probado con la documental recaudada, siendo claro que ya había superado el mínimo de 1.300 semanas para acceder a la pensión de vejez.

Así las cosas, concluyó que la demandante no puede beneficiarse de la garantía reclamada, pues si bien dentro de los 3 años siguientes al despido cumpliría los requisitos para acceder a la prestación de vejez, lo cierto es que solamente le faltaba llegar a la edad mínima para el efecto, evento en el cual no le es extensiva la estabilidad laboral.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que *"no es de recibo que este Despacho haya considerado que la Cooperativa COOPEC no sea responsable del despido sin justa causa a la señora Blanca Elsy Busto estando en calidad de pre pensionada, pues al ser despedida afecta a su ingreso base de liquidación y en segundo momento esta realidad violenta el derecho a la Seguridad Social pues existen pronunciamientos tanto de la Corte Suprema de Justicia Sala laboral como la Corte Constitucional, cuyo fin primordial es garantizar a este tipo de personas su expectativa a una pensión de vejez y gozar de una mesada en recompensa por el esfuerzo realizado por más de 30 años de labores y que lo mínimo que se merece es ver reflejado su esfuerzo en cada una de esas semanas que mejoran el ingreso base de liquidación de su pensión..."* (C.D. fol. 219).

6. Alegatos demandante. Indicó que el fallo de primera Instancia emitido por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá no está acorde con ordenamiento jurídico en lo que

respecta a la protección de pre-pensionado, y específicamente en lo que respecta al ingreso Base de liquidación, por lo que se debe revocar en fallo y otorgar la protección deprecada.

7. Alegatos demandada. Manifestó que para la fecha de terminación del vínculo laboral de la demandante, ya contaba con 1340 semanas, tal y como lo estableció la juzgadora de instancia, por tanto no tiene derecho a la protección especial que invoca en su carácter de prepensionada, pues pese a que le faltaban tan sólo unos meses para completar los 57 años de edad, ya contaba con el número de semanas requerido para tal efecto y adicionalmente se le canceló una suma de dinero por concepto de indemnización.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿Es ineficaz el despido de la demandante por encontrarse amparada por el fuero de estabilidad de pre pensionada?

De la existencia de la relación laboral

No existe discusión en el presente asunto en cuanto a que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 5 de diciembre de 2014 y el 31 de octubre del 2016, en virtud del que la demandante se desempeñó como Gerente-Representante Legal, el cual terminó por decisión unilateral y sin justa causa de la demandada con el reconocimiento a favor de la trabajadora de la respectiva indemnización, pues así fue aceptado por la encartada, y se corrobora del contrato de trabajo (fol. 13), de la carta de despido (fol. 14) y de la liquidación del vínculo laboral (fol. 15).

De la estabilidad laboral reforzada de los denominados prepensionados

Analizado el recurso de apelación formulado por la parte demandante, observa la Sala que ésta insiste en aducir que es beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada por ostentar la calidad de prepensionada, precisando que su despido afectó directamente el Ingreso Base de Liquidación que influye en el valor de su mesada pensional.

Para efectos de resolver la cuestión planteada por la demandante, considera la Sala pertinente recordar lo que al respecto ha indicado la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-186 de 2013, decisión en la cual dicha Corporación precisó el alcance de la figura a la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados e hizo una diferenciación respecto a la figura del retén social.

Así, indicó la Corte que *"...debe hacerse una distinción conceptual de especial importancia para la solución de los problemas jurídicos materia de esta decisión. El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público. Por ende, la Corte desestima lo expresado por los jueces de instancia, en el sentido de confundir la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en los casos que el retiro del*

cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad y en el marco de los procesos de restructuración de la Administración Pública.

En contrario, el retén social es apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales concernidos por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse. En otras palabras, el fundamento de la estabilidad laboral de los prepensionados tiene origen constitucional y, por ende, resulta aplicable en cada uno de los escenarios en que entren en tensión los derechos al mínimo vital y la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo, entre ellas el concurso público de méritos, como se explica enseguida..."

Igualmente, en la sentencia T-357 de 2016, la Alta Corporación manifestó que *"la condición de prepensionado, como sujeto de especial protección, no necesita que la persona que alega pertenecer a dicho grupo poblacional se encuentre en el supuesto de hecho propio de la liquidación de una entidad estatal y cubija incluso a los trabajadores del sector privado que se encuentren próximos a cumplir los requisitos para acceder a una pensión por lo que puede decirse que tiene la condición de prepensionable toda persona con contrato de trabajo que le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez."*

En ese orden, en la sentencia T-595 de 2016 se estableció que *"En síntesis, la Sala colige que la estabilidad laboral reforzada de la que gozan los prepensionados no es solo aquella que se desprende del retén social, sino que es una garantía susceptible de exigirse (i) ante la existencia de un vínculo laboral administrativo de funcionarios nombrados en propiedad[130] o en provisionalidad y (ii) en los eventos en los que al solicitante desvinculado de su lugar de trabajo le falten 3 años o menos para cumplir los requisitos, edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas, para adquirir el derecho pensional. No obstante, dicha estabilidad laboral reforzada para los prepensionados no constituye un derecho absoluto, pues en caso de existir una justa causa el empleador podrá desvincular al trabajador de su lugar de trabajo. Contrario a ello, si el empleado es apartado de su cargo debido a su condición de persona próxima a pensionarse o sin tomar en cuenta tales condiciones y sin existir justa causa que lo amerite, se activa la protección laboral."*

Ahora bien, en la sentencia SU 003 de 2018, la Corte Constitucional reitera que acreditan la condición de prepensionables la personas vinculadas laboralmente tanto al sector público como privado, que están próxima a acreditar los requisitos establecidos para acceder a la pensión de vejez dentro del término de los 3 años siguientes; además, puntualiza que cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada por la condición de prepensionado, al concluir que ese requisito faltante no frustra el acceso a la pensión, ya que puede ser cumplido de manera posterior con o sin vinculación laboral vigente.

Lo anterior por cuanto que, en palabras de la Corte, la estabilidad de la que se viene hablando, protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez ante la pérdida intempestiva del empleo, es decir, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General en Pensiones, en tanto que la realización de su derecho pensional está sujeto a efectuar los aportes mínimos requeridos para el efecto.

Conforme a los anteriores derroteros, advierte la Sala que en el presente caso, tal y como lo indicó el Juzgado de primera instancia, la demandante a la fecha en que fue despedida sin justa causa por la Cooperativa convocada, que lo fue el 31 de octubre de 2016, no estaba cobijada por el fuero de estabilidad de prepensionada, ya que si bien a dicha data le faltaban 10 meses y 29 días para consolidar el estatus de pensionada por vejez, lo cierto es que el requisito faltante para el efecto lo era la edad, esto es, 57 años en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, ya que a la fecha del finiquito contaba con 56 años, dado que nació el 30 de septiembre de

1960 (fol. 18) y con más de 1.300 semanas, específicamente 1.341,57 según da cuenta el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones (fols. 19 y s.s.).

Así las cosas, acertó el Juzgado de primera instancia al considerar imprósperas las pretensiones de la demanda, pues a la luz de la jurisprudencia en cita, la demandante ciertamente no tiene derecho a la protección que reclama, siendo importante advertir que sobre ello, no tiene ninguna incidencia la afectación que el despido pueda tener sobre el Ingreso Base de Cotización de la actora, en tanto que el mismo no hace parte de la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados en los términos definidos por la Corte Constitucional.

Virtud de lo dicho no queda otro camino que confirmar la decisión impugnada.

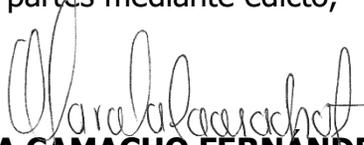
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de julio de 2019, por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$877.803, las cuales deberán ser liquidadas por el fallador de primera instancia de conformidad con el art. 366 del CGP y de la SS.

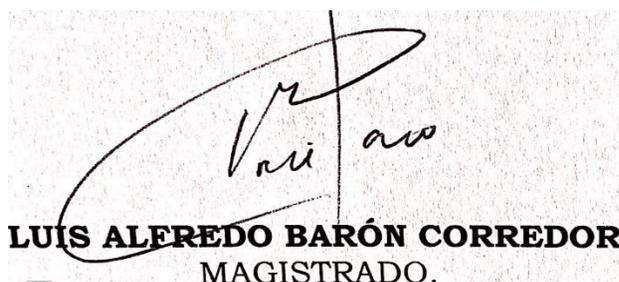
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ANGELA MARIA FONTECHA HERNÁNDEZ
DEMANDADO: EPS ´ S CONVIDA
RADICACIÓN: 1100131050-29-2017-00255-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO Y PRESTACIONES

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Ángela María Fontecha Hernández instauró demanda ordinaria contra EPS S Convida, con el fin de que se DECLARE que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 1º de noviembre de 2014 y el 18 de marzo de 2016, el cual fue terminado de manera unilateral y sin justa causa; en consecuencia, se condene a la demandada a reintegrarla al cargo que venía desempeñando al momento de su desvinculación u otro de igual o de mayor categoría junto con el pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir entre la fecha del despido y la data del reintegro efectivo. Asimismo, se condene al pago de la diferencia salarial generada en relación con los empleados de planta de la demandada por el tiempo de vigencia de la relación laboral, junto con los aportes a salud y pensión, las cesantías, los intereses a las cesantías, las primas legales y extralegales, las vacaciones y horas extras desde el 1º de noviembre de 2014, al igual que los daños morales, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso.

De manera subsidiaria, solicitó se condene a la encartada al pago de la diferencia salarial generada en relación con los empleados de planta de la demandada por el tiempo de vigencia de la relación laboral, junto con los aportes a salud y pensión, las cesantías, los intereses a las cesantías, las primas legales y extralegales, las vacaciones y horas extras desde el 1º de noviembre de 2014, al igual que la indemnización moratoria, los daños morales, la indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 5 y s.s.; subsanación 167 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que prestó sus servicios de manera personal y subordinada a favor de la encartada entre el 1º de noviembre de 2014 y el 18 de marzo de 2016; que fue vinculada a través de diferentes contratos de prestación de servicios como Tecnóloga en las áreas Financiera, Comercial

Administrativa e Informática; que sus funciones eran misionales y permanentes y fueron desempeñadas igualmente por personal de planta; que desde el 7 de abril de 2017 fue vinculada mediante contrato de trabajo, en virtud del cual su última remuneración ascendió a la suma de \$2.561.225; que mediante carta del 18 de "febrero" de 2016, la demandada dio por terminado su contrato de trabajo; que cumplió un horario de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., además en algunas ocasiones laboró horas extras de lunes a domingo; que el 22 de marzo de 2016 pudo constatar mediante examen clínico que se encontraba en estado de gravidez, lo cual le fue informado al Gerente General de la demandada el 28 de marzo de la misma anualidad; que su primer hijo nació el 9 de noviembre de 2016; que presentó síntomas de parálisis facial, la cual fue diagnosticada el 25 de enero de 2017 como afección relacionada con el trabajo.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fols. 185 a 186); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de EPS S CONVIDA. Mediante auto del 26 de junio de 2018 el Juzgado tuvo por no contestada la demanda por parte de la convocada. (fol. 190)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 5 de julio de 2019, mediante la cual el Juzgado declaró que entre la actora y la demandada existió un contrato de trabajo, siendo la demandante trabajadora oficial, que se ejecutó entre el 1º de noviembre de 2014 y el 18 de marzo de 2016; condenó a la demandada a pagar las sumas correspondientes por concepto de cesantías, vacaciones indexadas, prima de vacaciones, así como la suma diaria de \$92.000 desde el 4 de agosto de 2016 hasta el pago de los salarios y prestaciones adeudadas a la demandante, la cual a la fecha asciende a la suma de \$96.792.416; también condenó a la accionada a reintegrar a favor de la actora la suma de \$717.439 debidamente indexada, a título de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensión en la cuota que debía reconocer; absolvió de la demás pretensiones y condenó en costas a la encartada. (CD fol. 259)

Su decisión se basó en que de acuerdo con la Ordenanza 274 del 15 de octubre de 2008 la empresa promotora de salud del régimen subsidiado de EPS Convida es una empresa industrial y comercial del Estado del sector descentralizado del orden departamental, con personalidad jurídica, autonomía administrativa, financiera y patrimonio independiente, vinculada a la Secretaría de Hacienda, razón por la cual sus funcionarios son trabajadores oficiales por regla general, como lo establece el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968.

Dijo que de las pruebas documentales y testimoniales arrimadas al proceso se encuentra acreditado que la demandante prestó sus servicios a favor de la accionada y que estaba sujeta a unas ordenes, además, no podía desempeñar su labor desde su casa, dado que debía cumplir sus labores con documentación que proporcionaban empleados de Convida, amén que cumplía horario de 8 a.m. a 5 p.m. por disposición de la demandada y porque sus actividades estaban relacionadas con recolección de información de todas sus áreas y con el sistema de gestión de calidad; agregó que la demandante realizó actividades propias y permanentes de la encartada, con las herramientas suministradas por ésta, al punto que fue contratada posteriormente por contrato de trabajo sin modificación de sus funciones, lo cual tuvo lugar por una

directriz de la Superintendencia de Salud, en relación con el manejo del Sistema de Gestión de Calidad.

En ese orden, concluyó que en el presente caso entre las partes en realidad existió un solo contrato de trabajo desde el 1º de noviembre de 2014, precisando que, si bien entre uno y otro contrato de prestación de servicios existió interrupción, ello no fue superior a 7 días, y en todo caso, de la testimonial recaudada se tiene que la actora nunca se separó de su cargo, pues siempre prestó el servicio de manera permanente.

En cuanto a la solicitud de reintegro elevada por la parte accionante, dijo que ésta fue despedida el 18 de marzo del 2016 e informó su estado de gravidez solo hasta el 28 de marzo de la misma, de lo cual es clara la improcedencia de la ineficacia de la terminación del vínculo, dado que la entidad no conocía del estado de embarazo a la fecha del finiquito.

Frente a la nivelación salarial deprecada adujo que a folios 67 a 72 se allegaron certificaciones de los salarios devengados por personas que desempeñaban el cargo de Tecnólogo Código 441006, no obstante, dichas documentales no dan cuenta de la remuneración establecida para dicho cargo para la mitad del año 2014 e inicio del año 2015, motivo por el cual absolvió de dicha pretensión.

Dijo que la demandante no acreditó que trabajó horas extras, dominicales y festivos a favor de la encartada, por lo que no es procedente acceder al reconocimiento del trabajo suplementario; también precisó que conforme a lo establecido por la CSJ en la sentencia 26605 del 18 de octubre de 20006, los trabajadores oficiales no tienen derecho a los intereses a las cesantías, al igual que respecto de la prima de servicios, en los términos del Decreto 1042 de 1978, cuando se trata de trabajadores oficiales de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Señaló que la indemnización por despido sin justa causa, debió ser liquidada teniendo en cuenta el tiempo laborado desde el año 2014 y no desde que la demandante fue vinculada por contrato de trabajo, no obstante, al realizar un nuevo cálculo de la misma aplicando los parámetros establecido en el numeral 2º del artículo 26 de la Convención colectiva de Trabajo, se obtuvo el mismo valor que ya fue reconocido a la trabajadora, de suerte que no existe diferencia a su favor por dicho concepto.

Indicó que la labor para la cual fue contratada la demandante tenía la condición de permanente y fue subordinada por parte de la convocada, motivo por el cual no es posible advertir la buena fe en el actuar de la encartada, pues la suscripción de diferentes contratos de prestación de servicios evidencian una intención de ocultar la verdadera relación que ató a las partes, de manera que es procedente imponer condena a título de indemnización moratoria, a razón de un día de salario por cada día de retardo, hasta tanto sean pagados los salarios y prestaciones debidas.

Señaló que respecto de los aportes a pensión y salud corresponde al empleador realizar los mismos durante la vigencia de la relación laboral por virtud de la C.P. y la ley, no obstante, la actora demostró sufragarlos en la proporción que le correspondía como trabajadora independiente, de suerte que se condenará a la accionada a reintegrarle los aportes realizados al Sistema General de Pensiones en

la cuota parte que le concierne, esto es, en una proporción del 75%, los cuales deberá pagar debidamente indexados.

Negó el reconocimiento de los daños morales reclamados, por cuanto consideró que no se allegó ninguna prueba de su causación y finalmente, accedió a la indexación, pero única y exclusivamente sobre las vacaciones por no encontrarse cobijadas por la indemnización moratoria.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que la documental allegada al proceso, en particular aquella que data del diciembre de 2015, da cuenta del salario establecido para su cargo durante toda esa anualidad, por manera que debe accederse a la nivelación salarial deprecada. Agregó que la documental igualmente informa que la demandada al realizar la liquidación de su contrato, le reconoció intereses a las cesantías y prima de servicios, por manera que deben reconocerse dichas prestaciones durante la vigencia de toda la relación laboral.

Por su parte, la **demandada** formuló recurso de apelación indicando que conforme a la sentencia 08012331200166801 proferida por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda de fecha 14 de abril de 2016, el hecho de recibir instrucciones sobre la correcta prestación del servicio, cumplir con determinados horarios y rendir informes, no constituyen elementos de una relación de subordinación continua, sino que se enmarcan en una relación de coordinación que debe existir entre los contratistas vinculados mediante contrato de prestación de servicios y la administración, para la correcta ejecución de los recursos públicos.

Igualmente, dijo que prestar los servicios en las instalaciones de la entidad, por sí solo no tiene la virtud de dar paso a la declaración de un contrato de trabajo, destacando que por disposición legal, los contratos de prestación de servicios están sujetos a la supervisión, por cuanto de ésta depende el pago de los honorarios, de manera que la coordinación de las actividades a desarrollar y presentación de informes periódicos sobre la ejecución de todo contrato, comporta una serie de obligaciones mutuas cuyo imperioso cumplimiento no significa una continua dependencia o subordinación de una parte a la otra, y si bien es cierto dentro de los contratos se estipulan las obligaciones a cargo del contratista, estas son meramente enunciativas para que dicho contratista haciendo uso de su propia autonomía, las desarrolle y ejecute.

Finalmente, sostuvo que se deben revisar las pruebas obrantes en el expediente, a fin de determinar la conducta de la demandada, ya que de la correcta hermenéutica de las normas que consagran la indemnización moratoria se tiene que su imposición no es automática, sino que debe estar precedida del análisis del acervo probatorio que de cuenta de la mala fe del empleador, precisando que en el presente caso, no hay lugar a acceder a ella, dado que las partes inicialmente estuvieron atadas por un contrato de prestación de servicios, el cual fue entendido y acatado por la entidad, quien siempre cumplió con el pago de los honorarios pactados, siendo claro que su conducta lo fue de buena fe. (C.D. fol. 150).

6. Alegatos demandante. Solicitó revocar la sentencia de primera instancia, solo en cuanto a los aspectos apelados, para que se de paso a la prosperidad de las pretensiones de intereses a las cesantías, primas de servicios y nivelación salarial

completa, manteniendo incólume las demás decisiones de la sentencia recurrida por estar ajustadas a la ley.

7. Alegatos demandada. Sostuvo que no puede predicarse la existencia de un contrato de trabajo, puesto que no existe una continuidad que determina la esencia de la realidad de los hechos, además de la ausencia del elemento esencial de la subordinación, en tanto que la demandante siempre actuó con la suficiente independencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 1º de noviembre de 2014 tal y como lo determinó el Juzgado de primera instancia? (ii) ¿Debe imponerse condena a título de nivelación salarial por el período comprendido entre el 1º de enero y el 31 de marzo del 2015? (iii) ¿ Se debe impartir condena por concepto de prima semestral e intereses a las cesantías? (iv) ¿Se equivocó el Juzgado de primera instancia al imponer condena por concepto de indemnización moratoria?

Existencia del contrato de trabajo-primacía de la realidad

En presente proceso se encuentra probado que la demandante prestó sus servicios de manera personal a la EPS S CONVIDA inicialmente como Tecnóloga Industrial para documentar y soportar adecuadamente la implementación de los procesos financieros, administrativos, comerciales y técnicos, derivados del desarrollo del proyecto de Tecnología Informática de la demandada, encaminados a garantizar la salud de la población afiliada, tal y como se evidencia en los contratos de prestación de servicios celebrados por las partes (fols. 30 a 40 y 44 a 47) la certificación expedida por el Subgerente Técnico de la convocada (fol. 50) y la declaración judicial de los señores Jorge Iván Lozano Peláez, Nidia Susana Bejarano, Edgar Eduardo Daniel Ramírez y Oscar Antonio Aznate Puello (CD fol. 259) compañeros de trabajo de la demandante.

Esa prestación personal del servicio entre el 1º de noviembre de 2014 y el 31 de marzo de 2015, lo fue a través de contratos de prestación de servicios, pues desde el 7 de abril de 2015, la demandante fue vinculada a través de contrato de trabajo a término indefinido para desempeñarse como Tecnólogo Código 4410 Grado 6 de la Oficina Asesora Informática, el cual fue terminado por la decisión sin justa causa de la demandada, mediante carta del 18 de marzo de 2016, según se constata de las documentales obrantes a folios 60 a 61 y 63.

Demostrada la prestación personal del servicio, especialmente en el período comprendido entre el 1º de noviembre de 2014 y el 31 de marzo de 2015, opera la **presunción de existencia de un contrato de trabajo**, conforme lo dispone el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, la cual no fue desvirtuada por la demandada, pues si bien existen documentos que ponen de presente que las partes suscribieron sendos contratos de prestación de servicios, lo cierto es que no son suficientes para derruir la presunción, teniendo en cuenta que lo perseguido en la

presente Litis es demostrar la existencia de un contrato de trabajo, en virtud de la primacía de la realidad.

Fuera de la enunciada presunción, el elemento denominado **subordinación**, característico del contrato del trabajo, no fue derribado por la encartada quien no allegó ningún elemento de prueba para tal fin, dado que no dio contestación a la demanda promovida por la señora Fontecha Hernández; además, de las declaraciones traídas por la parte demandante, rendidas por los señores Jorge Iván Lozano Peláez, Nidia Susana Bejarano, Edgar Eduardo Daniel Ramírez y Oscar Antonio Aznate Puello, se tiene que la convocante trabajaba con los elementos que le propiciaba la demandada, en un puesto de trabajo dispuesto por ésta, en funciones que eran permanentes, en tanto se dedicaba a la actualización del Sistema de Gestión de calidad de la encartada, para lo cual se apoyaba en los jefes de las distintas áreas de trabajo de la entidad.

Ahora bien, aunque los testigos indicaron que la demandante no debía cumplir horario de trabajo y podía realizar algunas labores en su casa, lo cierto es que ninguno de ellos dio cuenta de que la actora en efecto desarrollara actividades en su hogar y que no prestara sus servicios entre las 8:00 a.m. a 5:00 p.m.; antes bien, el testigo Jorge Iván Lozano Peláez sostuvo que la señora Ángela Fontecha constantemente se encontraba en la entidad dentro del horario en mención, porque debía apoyarse en el personal de planta para realizar sus actividades, lo cual fue reiterado por el testigo Edgar Eduardo Daniel Ramírez, quien afirmó que cuando él llegaba a la entidad siempre la vio desempeñando su labor dentro del horario en mención; estos últimos declarantes, también manifestaron que el rol asignado a la demandante, era de carácter permanente, dado que la actualización del Sistema de Gestión de Calidad de la convocada es una tarea que continúa en el tiempo, dados los requerimientos legales y de organismos de vigilancia como la Superintendencia de Salud.

En ese orden, de lo dicho por los testigos, no se tiene desvirtuada la subordinación que ha operado a favor de la actora, pues ninguno da cuenta que esta hubiere desempeñado las actividades que le fueron encomendadas de manera autónoma e independiente como característica esencial de los contratos de prestación de servicios; a lo cual debe agregarse que, la demandante a partir del 7 de abril de 2015, fue vinculada por la convocada a través de un contrato de trabajo desempeñando las mismas funciones asignadas como contratista, según afirmó el testigo Oscar Antonio Aznate Puello; además el testigo Edgar Eduardo Daniel Ramírez precisó que la actora tuvo el mismo puesto de trabajo cuando fue vinculada por contrato laboral.

En este punto, resulta importante advertir que aun cuando los declarantes Jorge Iván Lozano Peláez y Nidia Susana Bejarano sostuvieron que la convocante como trabajadora oficial se encargó de otras actividades adicionales, lo cierto es que ello no puede tenerse como acreditado, pues en todo caso no indicaron en qué consistían esas nuevas funciones. Asimismo, el testigo Edgar Eduardo Daniel Ramírez dijo que la actora adicionalmente, debió realizar unos mapas de riesgo y unos indicadores, no obstante, no fue contundente en su respuesta, por cuanto advirtió que debían verificarse las funciones que le fueron asignadas cuando la actora suscribió el contrato de trabajo.

Igualmente se advierte que, si bien el contrato de trabajo tiene una relación de funciones que no se encuentran consignadas en los contratos de prestación de servicios, como se observa a folios 36 a 47 y 60 al 61, lo cierto es que del dicho de los señores Oscar Antonio Aznate Puello, la Sala entiende que la demandante siempre se dedicó a las mismas actividades.

Se configuraron entonces, los elementos del artículo 1 de la Ley 6 de 1945 y de su reglamentario, el artículo 2 del Decreto 2127 de 1945, como son:

a) **Prestación personal del servicio**, por cuanto la trabajadora fue Tecnóloga Industrial para las labores de apoyo de los procesos de mejoramiento continuo y de soporte adecuado en la implementación de los procesos financieros, administrativos, comerciales y técnicos. En este punto es importante destacar que sólo están exentos de la relación laboral, aquellos servicios que el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, califica como aquellos que "requieran de conocimientos especializados", sin que pueda decirse que las labores relacionadas con la actualización del Sistema de Gestión de Calidad requirieran de este tipo de conocimiento, entendiéndose por éste, aquellos que no se limitan a la formación universitaria, sino que van más allá de la educación formal que imparten estos centros educativos, es decir, aquellos que requieren altos estudios y experiencia particularísima. En el presente caso, forzoso es concluir que la prestación personal de servicio atendida por la demandante no es especializada, pues nótese que, en los contratos de prestación de servicios, se estableció que la demandante prestaría sus servicios como "*Tecnóloga Industrial*", por demás está que la demandada no demostró los títulos de idoneidad o especialidad exigidos a la demandante para acceder al cargo. Por lo que no queda duda, ni ambigüedad alguna, que estamos frente a una relación laboral.

b) La **subordinación**, la cual no fue desvirtuada por la parte accionada, como era su carga en el presente proceso, quien como se dijo no desplegó ninguna actividad probatoria para el efecto; además, de las declaraciones recaudadas, se tiene que la demandante desempeñó sus actividades en cumplimiento de un horario de trabajo, en las instalaciones de la entidad, con los elementos proporcionados por ésta, y fue vinculada posteriormente, mediante contrato de trabajo teniendo a cargo las mismas funciones inicialmente ejecutadas, lo cual resulta de la mayor importancia en el presente caso, pues el simple cambio formal del vínculo sin ninguna modificación clara de la forma en como en la realidad se ejecutó el mismo, denota que la actora siempre estuvo bajo la continuada subordinación y dependencia de la EPS S Convida, por manera que no le asiste razón a la parte recurrente, en la medida que la señora Fontecha Hernández mientras fue vinculada formalmente mediante contratos de prestación de servicios, entre el 1º de noviembre de 2014 y el 31 de marzo de 2015, no ejerció su labor de manera autónoma e independiente.

c) Una **remuneración**, cualquiera que sea la denominación que se le dé, la forma o requisitos de cobro y de pago, sólo que en el derecho laboral se le denomina salario. Lo que en realidad interesa es que constituya la contraprestación a una prestación de servicio, relación de causa a efecto, que no se desconfigura porque esté pactado globalmente o por períodos de pago o por su forma o moneda en que se pague; la cual se encuentra acreditada en el presente caso con los contratos de prestación de servicios, que dan cuenta que la accionante percibió una suma mensual entre el noviembre de 2014 y marzo de 2015 de \$1.500.000.

Reunidos los elementos del artículo 2 del Decreto 2127 de 1945, no hay duda que la prestación de servicios personales de la actora se dio en el contexto de una relación laboral, que de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, sobrepasa las **formalidades** de los documentos que la demandada hizo firmar a la señora ANGELA MARÍA FONTECHA HERNÁNDEZ, quien sólo por asegurar el ingreso personal y familiar, se vio sometida a suscribir textos que no se avienen con la realidad, y que por el contrario, son totalmente adversos a lo que la realidad procesal lleva al conocimiento del fallador.

Tampoco existe duda respecto a que la demandante ostentó la calidad de **trabajadora oficial**, toda vez que la naturaleza jurídica de la EPS S Convida está definida como una empresa industrial y comercial del sector descentralizado del orden Departamental, tal y como se indica en el artículo 1º del Decreto Ordenanza 00274 del 15 de octubre de 2008 (fols. 115 y s.s.), por tanto, debe seguirse la regla general consagrada en el inciso segundo del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, calidad que igualmente se extrae del contenido de la sentencia C-579 del 30 de octubre de 1996 y que es aceptada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia con número de radicado 21672 del 25 de marzo del 2004, M.P. Dr. Carlos Isaac Nader.

En consecuencia, acertó la falladora de primera instancia cuando declaró la existencia de un solo contrato de trabajo entre las partes y la calidad de trabajadora oficial de la demandante desde el 1º de noviembre de 2014 hasta el 18 de marzo de 2016, siendo importante advertir que si bien entre la fecha en que terminó el último contrato de prestación de servicios (31 de marzo de 2015) y la data en que se suscribió el contrato de trabajo (7 de abril de 2015) aparentemente existió una interrupción en la prestación del servicio, no debe concluirse que se presentó una solución de continuidad, como quiera que entre uno y otro vínculo no transcurrió un término mayor de 7 días.

De la nivelación salarial

Considera la parte actora que, conforme a la prueba documental obrante en el expediente, se encuentra demostrado el salario que debió reconocerse a su favor para el cargo de Tecnólogo Código 4410 Grado 6, por lo menos para el año 2015.

Al respecto, observa la Sala a folios 67 y s.s. documental denominada "*PLANTA DE PERSONAL ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL REGIMEN SUBSIDIADO "EPS 'S CONVIDA"*" en la cual se observan los cargos y las personas que los desempeñaban, junto con el salario devengado a diciembre de 2015 (fols. 67 y s.s.). En la misma en efecto, se indica como remuneración de la demandante Ángela María Fontecha en el cargo de Tecnólogo Código 4410 Grado 06, la suma básica de \$2.561.225; no obstante, dicha remuneración no puede ser considerada para efectos de reconocer la nivelación salarial en relación con los meses de enero a marzo de 2015, períodos para los cuales la demandante aun no había sido vinculada como trabajadora oficial, por cuanto como se dijo, la documental hace referencia al salario devengado para diciembre de 2015, pero nada informa de la remuneración establecida para períodos anteriores y si la misma fue equivalente a dicho valor durante toda la anualidad en mención, por tanto, carece de visos de prosperidad la nivelación salarial reclamada.

De la prima semestral y los intereses a las cesantías

Aduce la parte actora que tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de semestral y los intereses a las cesantías, pues dichas prestaciones si están previstas para los trabajadores oficiales de la demandada, ya que las mismas le fueron reconocidas en su liquidación de prestaciones sociales cuando terminó el contrato de trabajo.

Al respecto, cumple advertir que en efecto al observar la liquidación del contrato de trabajo de fecha 25 de abril de 2016, visible a folio 62, se advierte que a la demandante le fue reconocido a su favor tanto intereses a las cesantías como prima semestral; no obstante, resulta improcedente su reconocimiento en relación con los períodos que la demandada no vinculó a la actora a través de un contrato de trabajo, como quiera que en el expediente no obra la norma convencional o el respectivo acuerdo que las consagre, lo cual resulta necesario para establecer la forma de su liquidación; y es que si bien, en el proceso obra Convención Colectiva de Trabajo 2015-2017 (fols. 243 y s.s.), no se observa que en la misma se encuentren consagrados dichos emolumentos, como tampoco se advierten establecidos los intereses a las cesantías en el Laudo Arbitral obrante a folios 246, en el cual, además, no se aprobó la prima extralegal de servicios.

En ese orden, no resultan procedentes las prestaciones reclamadas, máxime que en realidad no existen normas legales que avalen el otorgamiento de las mismas a los trabajadores oficiales, tal y como lo ha señalado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL1748-2020.

Indemnización moratoria

La inconformidad de la parte demandada radica en que no es procedente condenar a la indemnización moratoria, dado que en su entender la relación inicialmente estuvo regida por contratos de prestación de servicios.

Sobre el punto, conviene indicar que en sentencia SL256-2019 la CSJ estableció que la buena o mala fe no depende de la existencia formal de los convenios o contratos de prestación de servicios, ni de la simple afirmación del demandado de creer que actuó con apego a la ley, pues en cualquier caso es indispensable la verificación de otros aspectos que giraron en torno a la conducta que asumió en su condición de deudor obligado, pecisando además, que el fallador debe verificar el haz probatorio para verificar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos que sirvan para abstenerse de imponer la sanción.

Y es que si bien, la vinculación de la actora fue a través de contratos de prestación de servicios entre el 1º de noviembre de 2014 y el 31 de marzo de 2015, lo cierto es que la Corte Constitucional en la sentencia C 154 de 1997 al estudiar la exequibilidad del art. 32 de la Ley 80 de 1993 "*por la cual se dicta el estatuto de la contratación administrativa*" fue clara al señalar que el contrato de prestación de servicios se puede celebrar por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, sin embargo, dentro del presente proceso la demandada no demostró que se encontraba en las anteriores situaciones, como se señaló con anterioridad.

Ahora, el Estado tiene la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios, pero éstos deben ser temporales, lo cual no ocurrió en el presente caso, pues de la testimonial arrimada al proceso es claro que la función desempeñada por la trabajadora se requiere de manera constante en la entidad demandada por requerimientos normativos, al punto que desde el mes de abril de 2015 fue vinculada a través de un contrato de trabajo a término indefinido como quedó se indicó con anterioridad. Por tanto, el comportamiento de su empleadora no puede ser tenido como buena fe, y por ende eximirla de la indemnización moratoria pretendida, máxime que conforme a la declaración Oscar Antonio Aznate Puello, la actora siempre ejecutó las mismas actividades, de suerte que acertó el Juzgado de primera instancia al imponer la indemnización moratoria en contra de la accionada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de julio de 2019, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

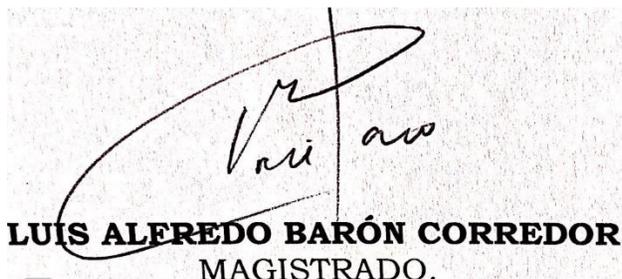
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JHON ALEXANDER BALLEEN AMADOR
DEMANDADO: BERNARDO ANDRÉS DUEÑAS RÍOS Y OTRO
RADICACIÓN: 110013105019-2014-00205-02
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar al Dr. OSCAR MAURICIO CARVAJAL GRIMALDI como apoderado principal del demandante y al Dr. NESTRO EDUARDO ÁVILA ROBLES CARDENAS como apoderado sustituto del actor, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, obrante a folios 130 y 132 del expediente.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. JHON ALEXANDER BALLEEN AMADOR instauró demanda ordinaria contra BERNARDO ANDRÉS DUEÑAS RÍOS y solidariamente contra la COOPERATIVA SERVICIOS AGREGADOS INTEGRALES CTA con el fin de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo; en consecuencia, se condene a las demandadas al reconocimiento y pago de las sumas correspondientes por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, junto con la sanción por falta de consignación de cesantías, indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa, aportes al Sistema General de Pensiones, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 3 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que ingresó a laborar el 2 de agosto de 2007, mediante contrato de trabajo verbal, para desempeñar el cargo de administrador, teniendo como último salario la suma \$800.000; que prestó sus servicios de manera personal y subordinada, de lunes a sábado de 10:00 a.m. a 10:00 p.m.; que el 1° de septiembre de 2008, firmó un contrato por prestación de servicios con la Cooperativa Servicios Agregados Integrales CTA, pues en dicha fecha la mencionada Cooperativa tomó el mando de los negocios del señor Dueñas Ríos;

que el 10 de noviembre de 2010 fue despedido del cargo desempeñado, sin que mediara carta donde se alegue justa causa; que entre 2007 y 2010 no le fueron consignadas las cesantías a un fondo, además, a la finalización del vínculo laboral no le fue reconocida la liquidación respectiva.

2. Contestación del señor BERNARDO ANDRÉS DUEÑAS RÍOS. El demandado contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones señalando que entre las partes no existió relación laboral, sino un contrato de cuentas en participación donde el actor fungió como gestor y con total autonomía e independencia explotaba el negocio de alquiler de videos en su nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con el partícipe (demandado) las ganancias o pérdidas, según regulación expresa del Código de Comercio, artículos 507 a 514. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de relación laboral y existencia de contrato de cuentas de participación entre las partes, prescripción, inexistencia de prestación de servicio por parte del actor y la genérica. (fols. 65 y s.s.).

3. Contestación de la Cooperativa de Servicios Agregados Integrales CTA a través de *curador ad litem*. Contestó la demanda indicando que no se allana ni se opone a las pretensiones de la demanda y precisó que se acoge a las resultados del proceso. No propuso excepciones. (fols. 83 y s.s.).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 8 de mayo del 2019, en la que la falladora de primera instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido entre el demandante y el señor Bernardo Andrés Dueñas Ríos, desde el 2 de agosto de 2007 hasta el 11 de noviembre de 2010, con un salario mensual de \$800.000; absolvió al demandado de las cesantías, intereses a las cesantías y primas de servicios; absolvió a la CTA Servicios Agregados Integrales de las condenas impuestas a favor del demandante; condenó a Bernardo Andrés Dueñas Ríos a pagar la suma de \$343.333 por concepto de vacaciones, la suma de \$26.667 diarios desde el 2 de agosto de 2007 hasta el 11 de noviembre de 2010 y a partir del mes de noviembre de 2012, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera y hasta cuando se verifique el pago de los salarios y prestaciones adeudadas, igualmente, le condenó a los aportes a pensión con destino a Colpensiones por el período comprendido entre el 2 de agosto de 2007 y el 10 de noviembre de 2010, tomando como salario base la suma de \$800.000, junto con los intereses de mora respectivos, el valor de \$2.013.333 por concepto de indemnización por despido sin justa causa y las costas del proceso. (CD fol. 123).

Su decisión se basó en que, conforme a lo definido por la CSJ, el partícipe gestor en un contrato de cuentas por participación es el único que se obliga ante terceros, siendo él y sólo él quien interactúa con ellos en su propio nombre y bajo su crédito personal, salvo que los partícipes ocultos reconozcan su calidad de tales, en cuyo caso responderán con el gestor de manera solidaria.

En ese orden, adujo que de acuerdo a lo afirmado en la contestación de la demanda podría entenderse que entre las partes existió un contrato de cuentas por participación, no obstante, a folio 16 obra certificación expedida por el demandado Bernardo Andrés Dueñas, cuyo contenido debe ser tenido como cierto, tal y como lo ha expresado la CSJ, Corporación que además precisó que es carga del empleador desvirtuar la misma.

Por tanto, concluyó que el demandado no logró demostrar que el contrato celebrado entre las partes haya sido de cuentas por participación, pues se genera la duda de ello ante la certificación expedida por éste, y porque el actor fue afiliado a una Cooperativa de Trabajo Asociado, organismo con el que se celebró un contrato de prestación de servicios, precisando además que, no se acreditó que el demandante haya actuado bajo su propia autonomía e independencia, de manera que la relación que lo ató con el señor Bernardo Dueñas lo fue de carácter laboral, en virtud de la cual aquel se desempeñó como administrador de un establecimiento de comercio de propiedad del demandado en mención.

Señaló que la relación laboral terminó el 11 de noviembre de 2010 y la demanda fue formulada el 11 de marzo de 2014, por tanto, ha operado la prescripción sobre las cesantías, los intereses y las primas de servicios, siendo procedente reconocer las vacaciones del año 2010 únicamente, dado que dicho fenómeno operó sobre ellas de manera parcial.

Indicó que es procedente acceder al reconocimiento de los aportes al Sistema General en Pensiones por el período de vigencia de la relación laboral, con destino al fondo al cual se encuentre afiliado el actor, teniendo como salario base la suma de \$800.000 y con sus respectivos intereses.

Accedió al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria y negó la sanción por falta de consignación de cesantías deprecada, al considerar que conforme a lo definido por la CSJ, la misma solo procede hasta la fecha en que termina el contrato de trabajo, pues a partir de este momento, cesa la obligación del empleador de consignar en un fondo las cesantías.

Finalmente, adujo que no existe prueba en el proceso que justifique la terminación del vínculo laboral por parte del empleador, motivo por el que resulta procedente el reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, el **demandado Bernardo Andrés Dueñas** interpuso recurso de apelación argumentando que el Juzgado se equivocó al considerar que entre las partes existió un contrato de trabajo, pues no es claro que hubo una prestación personal del servicio, la cual constituye uno de los elementos de la relación laboral.

Dijo que quedó acreditado de manera fehaciente que el accionante era el gestor del contrato de cuentas por participación, en virtud del cual desarrollaba las actividades con sus propios auxiliares, Javier Mendoza y Alexander Benavides, circunstancia que fue omitida por el Despacho, en tanto no se pronunció sobre ello.

Agregó que el Juzgado omitió manifestarse sobre el hecho que la hermana del demandante se hizo cargo de la gestión del negocio desde el 11 de noviembre de 2010 hasta el 3 de abril de 2012, fecha de cierre definitivo del mismo, lo cual además, ratifica que en el *examine* no existió una relación laboral, sino un contrato de cuentas por participación, que también se corrobora en lo afirmado por el testigo Duvois Anacona.

Señaló que el *a quo*, tampoco hizo mención de la prueba testimonial recaudada en el proceso, a pesar que estaba obligado a ello, ya fuera para considerarla o descartarla.

Indicó que el Juzgado impuso condena por sanción por falta de pago de las cesantías a pesar de declarar probada la excepción de prescripción sobre dicho auxilio; adicionalmente, no se refirió a la Resolución de la Alcaldía de Bogotá que ordenó el cierre definitivo del establecimiento por infracción de la Ley 232 de 1995, de suerte que no puede concluirse la ocurrencia de un despido, ni puede accederse a la respectiva indemnización.

Señaló que el demandante en su declaración de parte, afirmó que el demandado Bernardo Andrés Dueñas llegaba a fin de mes al negocio, lo cual demuestra que el actor actuaba solo, sin ninguna subordinación, sumado a que no puede existir una relación laboral cuando el actor estudiaba a la par una carrera de técnico, pues si prestaba sus servicios de 10 a.m. a 10 p.m. a qué hora estudiaba.

Finalmente, indicó que conforme lo ha definido la CSJ, la procedencia de la indemnización moratoria requiere que se demuestre la mala fe del demandado, lo cual no se evidencia en el presente caso, pues la convicción de Bernardo Andrés Dueñas, se basó en la existencia de un contrato de cuentas por participación. (CD fol. 123).

6. Alegatos demandante. Manifestó que todos los hechos de la demanda fueron debidamente demostrados con las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso. Igualmente, dijo que de no ser favorable la sentencia que resuelve el recurso de apelación, se exonere en esta instancia de cualquier condena en costas por le fue reconocido Amparo de Pobreza.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Se equivocó el Juzgado de primera instancia al declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes?; (ii) ¿Es improcedente la condena impuesta a título de indemnización moratoria? y (iii) ¿Se encuentra probado el despido sin justa causa que amerite el reconocimiento de la respectiva indemnización?

Existencia de un contrato de trabajo

Definido como se encuentra, que el conflicto jurídico gravita en primer lugar en definir la existencia o no de una la relación de trabajo entre el demandante y el señor Bernardo Andrés Dueñas Ríos, puntualiza esta Sala que la jurisprudencia ha sido insistente en destacar que la característica principal que diferencia el contrato de trabajo con otros de disímil naturaleza jurídica, es la condición subordinante a la cual se encuentra expuesta la persona que presta su fuerza de trabajo a cambio de una contraprestación, entendiéndose que los demás elementos normal o regularmente concurren en cualquier contrato, bien sea de naturaleza laboral, civil, comercial, e incluso del sector solidario.

En relación con la subordinación la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 1389-2020 dijo que:

"...el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador en el artículo 23 del CST al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato»".

Así mismo, es cierto que una vez acreditada la prestación personal del servicio nace la presunción de tipo legal de existencia del contrato de trabajo, consagrada en el art. 24 del CST, que surge como una ventaja probatoria a favor del actor quien se despoja de esa responsabilidad demostrativa y cuya contradicción es de resorte de la parte demandada, a quien corresponde desacreditar dicha presunción de tipo legal, para lo cual deberá demostrar que la relación fue independiente y no subordinada.

Descendiendo al caso que ocupa la atención de la Sala, se advierte que contrario a lo afirmado por la parte recurrente, en el presente caso se encuentra demostrado no solo que el actor prestó sus servicios a favor del señor Bernardo Andrés Dueñas Ríos, sino que ello tuvo lugar a través de un contrato de trabajo, pues no puede la Sala llegar a una conclusión distinta al observar la certificación que reposa a folio 16, suscrita por el demandado en mención como propietario del establecimiento de comercio "VIDEO LOS ANGELES CENTRO", en el cual éste indicó lo que a continuación se transcribe:

*"El Señor: **JHON ALEXANDER BALEN AMADOR** identificado con la Cédula de Ciudadanía No. **79 995 987 de BOGOTÁ**; labora con nosotros desde Agosto 02 de 2007, desempeñando el Cargo de **ADMINISTRADOR** del VIDEO – BAR – ADULTO de mi propiedad; Con un salario Básico mensual de **\$ 800.000** pesos M/te; con un horario de 10 AM a 10 PM; quien ha demostrado su liderazgo, responsabilidad y honestidad en su labor.*

Se expide la presente a solicitud del interesado a los 28 días del mes de Octubre de 2010"

En la certificación traída a colación, el demandado Bernardo Andrés Dueñas Ríos, da cuenta no solo de la prestación personal de los servicios en el cargo de Administrador por parte del actor en su establecimiento de comercio, sino también de los demás elementos que constituyen el contrato de trabajo, como lo es el salario y la subordinación jurídica, que entre otras cosas, se ve reflejada en la imposición de un horario de trabajo.

Dicha certificación además, goza de toda la veracidad, pues conforme lo ha definido la CSJ, entre otras, en la sentencia SL1807-2020 *"El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certi[fi]que el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la*

referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral.”

Ahora bien, no desconoce la Sala que el testigo Dubois Anacona Obando allegado al proceso por el demandado (CD fol. 101), que dicho sea de paso, no fue valorado por el Juzgado, como lo advierte el apelante, indicó que conoció al actor porque el señor Bernardo Andrés Dueñas se lo presentó; que el demandado en mención compró un establecimiento de comercio, para lo cual le prestó dinero a éste, ya que no contaba con la totalidad de la suma requerida para el efecto; que cuando se hizo la compra del negocio el actor se encontraba presente; que el demandado le encargó el negocio para que éste lo administrara; que el señor Ballen Amador era autónomo e independiente, pues establecía el horario de apertura, no recibía órdenes del convocado y se encargaba de organizar los shows mensuales del establecimiento; que cuando el accionante no se encontraba en el negocio, sus hermanos estaban allí y que era él quien se encargaba de contratar al personal requerido; que no conoce los detalles del acuerdo existente entre el demandante y Bernardo Andrés.

A pesar de lo manifestado por el testigo en mención, cumple advertir que dicha declaración no tiene la virtud de desvirtuar lo plasmado por el demandado en la certificación anteriormente referenciada, en tanto que el señor Dubois Anacona Obando, indicó claramente que por lo general comparecía al establecimiento de comercio del demandado los días sábados en calidad de cliente, de manera que no puede dar cuenta de la forma en que se ejecutó la relación existente entre el demandante y el demandado los días que no comparecía al mismo, además, el hecho de no percibir órdenes provenientes del señor Dueñas Ríos cuando asistió a Video los Ángeles Centro, no denota necesariamente que los días en que no estuvo presente, ello no tuviera lugar.

Sumado a lo anterior, si bien el testigo manifestó que el demandante fue quien contrató a los señores Alexander Benavides y Javier Mendoza para prestar su servicios en el establecimiento en mención, lo cierto es que el mismo precisó que esa información se la dio a conocer el señor Javier.

También ha de destacar la Sala que, aunque el testigo del que se viene hablando indicó que en algunas ocasiones cuando el actor se ausentaba del establecimiento, sus hermanos se hacían cargo del mismo, ello por sí solo no tiene la virtud de derruir la prestación de servicios por parte del actor en los términos certificados por la parte demandada.

De otro lado, ha de decirse que contrario a lo afirmado en la alzada, no es cierto que el demandante en su interrogatorio de parte haya confesado que el demandado solo asistía una vez al mes a su establecimiento de comercio y que por ello deba entenderse que aquel era autónomo e independiente en su labor, pues el actor hizo afirmaciones totalmente distintas en su declaración, en tanto precisó que el demandado se acercaba a su negocio cada 15 días o cada mes a recoger el dinero de sus ganancias y que los fines de semana se encargaba de trabajar en él.

Por tanto, es claro para la Sala la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, a partir de lo certificado por el empleador, que no se encuentra desvirtuado de manera contundente por las demás pruebas obrantes en el expediente, tal y como lo tiene establecido la CSJ, por manera que acertó el Juzgado de primera instancia al declarar la existencia de la relación laboral dentro de los extremos aducidos en la sentencia (2 de noviembre de 2007 y 11 de noviembre de 2010), los cuales se

mantendrán incólumes, dado que ello no es objeto del recurso de apelación formulado por el demandado Bernardo Andrés Dueñas Ríos.

Indemnización moratoria

Afirma la parte recurrente que en el presente caso no es procedente la sanción impuesta por el no pago de las cesantías, en tanto se declaró probada la excepción de prescripción sobre las mismas. De lo anterior, entiende la Sala que el apelante se refiere a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, en tanto fue la única sanción a la cual accedió el Juzgado de primera instancia. Además, se advierte que el reproche realizado a la decisión del *a quo*, también se encamina a debatir la falta de demostración de la mala fe por parte del empleador en el presente caso.

Sobre el punto, ha de recordar la Sala que conforme al artículo 65 del CST, 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.

En relación con la indemnización en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia ha explicado, que la misma no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquél frente a tal conducta omisiva (Criterio expuesto por la CSJ Sala de Casación Laboral sentencia 32.529 del 5 de marzo de 2009).

Descendiendo al caso objeto de estudio, desde ya advierte la Sala la improcedencia de la indemnización deprecada, pues como bien lo menciona la parte impugnante, el Juzgado no accedió a fulminar condena sobre salarios y prestaciones sociales, dado que en su sentencia declaró probada la excepción de prescripción sobre las cesantías, los intereses a las cesantías y las primas causadas durante la vigencia de la relación laboral, y únicamente accedió al reconocimiento de las vacaciones causadas durante el año 2010, emolumento este que no constituye una prestación social, por tanto, resulta claro que por virtud del medio exceptivo en mención el demandado Bernardo Andrés Dueñas Ríos, no adeuda a favor del actor ninguna suma dineraria que dé lugar a la indemnización moratoria.

Conforme a lo anterior, habrá de revocarse la decisión apelada, para en su lugar absolver al demandado de la dicha sanción.

Terminación del contrato de trabajo

Indica el demandado Bernardo Andrés Dueñas Ríos en su alzada que el Juzgado omitió valorar la Resolución 000069 del 24 de marzo de 2010, mediante la que se ordenó el cierre definitivo del establecimiento de comercio Video Los Ángeles, de la cual además no puede deducirse un despido que dé lugar a la indemnización reconocida por el *a quo*.

Al respecto, cumple advertir que en efecto en el proceso obra el acto administrativo en mención expedido por la Alcaldía Local de Santa Fe, mediante la cual se dispuso,

entre otras cosas, el cierre del establecimiento de propiedad del demandado Bernardo Andrés Dueñas, por cuanto las actividades que se ejercían en éste no cumplían con el requisito del uso del suelo, ubicación y destinación (fols. 73 y s.s.).

No obstante, se tiene que una vez proferida dicha resolución, el establecimiento de comercio del señor Bernardo Andrés Dueñas continuó operando más allá del 24 de marzo de 2010, pues conforme a lo indicado por el actor en su declaración de parte, éste prestó sus servicios hasta noviembre de 2010, precisando además que a esa época el demandado se encontraba en el proceso de cierre del establecimiento, sumado a que el actor se encontraba estudiando un técnico en administración de servicios de salud y se le presentó la oportunidad de ingresar a laborar a Famisanar EPS con el apoyo del señor Dubois, por tanto, dejó de laborar para el demandado, quien en todo caso continuó con su negocio, el cual dejó a cargo de otro personal. (CD fol. 101).

De lo anterior, es claro que el vínculo laboral no terminó por decisión unilateral del demandado y mucho menos a causa del cierre definitivo del establecimiento, dado que de lo dicho por el actor se advierte que éste dejó de prestar sus servicios a favor del demandado, por cuanto celebró un vínculo laboral con otra entidad, sumado a que en dicho momento aún continuaba funcionando el establecimiento de comercio de Bernardo Andrés Dueñas.

Sobre este aspecto, cumple recordar que de tiempo atrás ha dicho la CSJ que, cuando el empleador rompe el vínculo contractual en forma unilateral invocando justas causas para esa decisión, el trabajador sólo tiene que comprobar el hecho del despido para trasladar al empleador la explicación de las razones o motivos por éste señalados, como una justa causa o como una causa legal de terminación (CSJ SL2386-2020), por tanto, se equivocó el Juzgado de primera instancia al reconocer la indemnización reclamada por el convocante, en tanto que en el *examine* no se encuentra acreditado el hecho del despido proveniente del empleador, de cuyo análisis además, pueda concluirse que el mismo lo fue sin justa causa.

Por tanto, habrá de revocarse la sentencia sobre este aspecto, para en su lugar, absolver igualmente al demandado de la indemnización por despido sin justa causa.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales quinto y séptimo de la sentencia proferida el 8 de mayo del 2019, por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia, para en su lugar, absolver al demandado Bernardo Andrés Ríos de la indemnización moratoria y la indemnización por despido sin justa causa deprecadas por el accionante.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí estudiada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

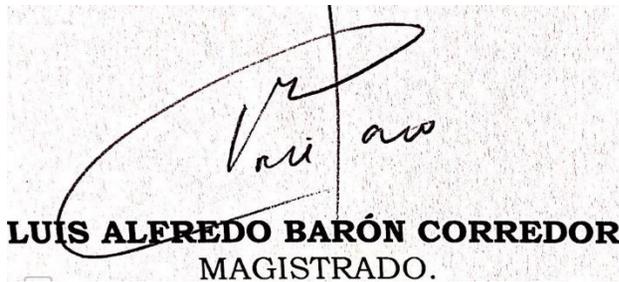
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: DAVID FERNANDO SOLA SALGADO
DEMANDADO: L&C COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO
RADICACIÓN: 110013105020-2016-00260-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO – LEY 361

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. DAVID FERNANDO SOLA SALGADO instauró demanda ordinaria contra L&C COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO, con el fin de que se DECLARE que la terminación del contrato de trabajo es ineficaz por existir estabilidad laboral reforzada por debilidad manifiesta; en consecuencia, se condene a la demandada a reinstalarlo si solución de continuidad, junto con el pago de los aportes a seguridad social, salarios, prestaciones sociales, vacaciones causadas desde la fecha del despido, con la debida indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 2 y s.s.).

De manera subsidiaria, solicitó que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 16 de septiembre de 2014, el cual terminó por decisión unilateral y sin justa causa del empleador; en consecuencia, se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria, así como a 180 días de salario conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y las costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que celebró un contrato a término indefinido con la demandada desde el 16 de septiembre de 2014, para desempeñar el cargo de conductor operario; que el 4 de junio de 2015 sufrió accidente de trabajo en las instalaciones de la convocada; que la EPS a la cual se encontraba afiliado ordenó su reubicación en otro cargo; que el 18 de enero de 2016, la parte pasiva dio por terminado el contrato de trabajo a pesar que se

encontraba incapacitado; que formuló acción de tutela en contra de la encartada, la cual fue resuelta de manera favorable por el Juzgado, pues dicha autoridad ordenó de manera transitoria su reintegro y el pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, así como una indemnización equivalente a 180 días; que la accionada dio cumplimiento a lo ordenado por el juez de tutela en relación con el reintegro.

2. Contestación de L&C COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO. La demandada contestó la demanda a través de *curador ad litem*, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, lo cual sustenta en que del material probatorio obrante en el proceso no puede advertirse la concurrencia de los 3 elementos del contrato de trabajo. Agregó que el demandante fue contratado por contrato de prestación de servicios y es socio de la CTA. Finalmente, adujo que no se encuentra acreditado dentro del proceso que el actor esté amparado por la estabilidad laboral reforzada que alega. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia obligación laboral por subsistencia de contrato civil de prestación de servicios, inexistencia de la relación contractual laboral, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa, cobro de lo no debido, cobro de lo no debido en cuanto a salarios devengados, al pago de aportes de salud, al pago de primas, vacaciones, cesantías, intereses de cesantías causados desde el 19 de enero hasta la fecha, prescripción y mala fe. (fols. 52 y s.s.).

En audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y de la SS, la demandada compareció a través de apoderado judicial quien desplazó al *curador ad litem*. (CD fol. 96).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 7 de febrero de 2019, en la que el fallador de primera instancia absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra. (CD fol. 96).

Su decisión se basó en que independiente de la existencia del contrato de trabajo o del convenio de trabajo asociado, debe aplicarse la doctrina sobre la estabilidad laboral reforzada. Agregó que conforme a la certificación allegada por la parte actora expedida por la demandada, se entiende que entre las partes existió un vínculo laboral a través de un contrato de trabajo y que el mismo terminó por decisión de la demandada.

Adujo que la jurisprudencia de la CSJ ha señalado que no tiene validez el despido del trabajador que se encuentre en una incapacidad dentro de las catalogadas como moderada, severa o profunda, debidamente calificada, salvo que medie autorización de la Oficina del Trabajo, es decir, que la pérdida de capacidad laboral debe ser de por lo menos el 15%.

Dijo que conforme al material probatorio obrante en el proceso, no se tiene noticia de una calificación de la PCL del actor y por tanto, éste no cuenta con el porcentaje de pérdida exigido por la jurisprudencia para gozar de la estabilidad laboral reforzada que alega.

Agregó que la carga de la prueba radicaba en el trabajador, quien debía aportar su historia clínica, sus incapacidades, incluso el dictamen de pérdida de capacidad laboral o alguna otra prueba que diera cuenta de la realidad de las patologías que padece, no obstante, ello no se encuentra aportado en el presente caso, dado que

únicamente se trajo la terminación del convenio de asociación y el fallo de la acción de tutela donde el juez constitucional no referencia las pruebas que lo llevaron a proferir la decisión, pues únicamente hizo referencia a lo afirmado por cada una de las partes en dicho trámite.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, el **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que en la sentencia SU-049 de 2017 la Corte Constitucional explicó el carácter fundamental que tiene el derecho a la salud respecto de las personas que tienen la calidad de sujetos de especial protección.

Dijo que cuando el operador se encuentra ante un amparo constitucional presentado por el tipo de personas en mención, el estudio debe ser realizado de manera más amplia, además, en virtud del principio de integralidad del servicio de salud, la Corte fue enfática en señalar que el tratamiento que debe proporcionársele a un enfermo no se reduce a la curación, en la medida que también debe estar encaminado a superar todas las afecciones que pongan en peligro la vida, la integridad y la dignidad del paciente, de ahí que se deben hacer todos los esfuerzos para que reciban los cuidados médicos tendientes a proporcionarle mayor bienestar posible.

Señaló que la Alta Corporación también dijo que los pronunciamientos con soluciones diversas y tesis disímiles dan lugar a que la Corte unificara su jurisprudencia respecto al alcance de la estabilidad ocupacional reforzada, por manera que ese derecho debe entenderse como una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de PCL moderada, severa o profunda.

En ese orden, manifestó que la consecuencia general por la violación de la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días como lo expone el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

5. Alegatos demandada. Sostuvo que con base en las pruebas allegadas al proceso se opone con el mayor sentido común a todas las pretensiones llámese principales o subsidiarias descritas en el libelo demandatorio, estando en todo caso dispuesta a acatar con respeto la decisión del Tribunal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿Se configuran los presupuestos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para determinar que el despido del señor David Fernando Sola Salgado se torna ineficaz?

De la relación laboral y su terminación

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es preciso señalar que no existe discusión en esta instancia respecto a la relación laboral que unió a las partes, pues el Juzgado de primera instancia determinó que la misma se encontraba regida por un contrato de trabajo, la cual terminó por decisión unilateral de la demandada, consideración que no fue materia de debate en el recurso de apelación.

En todo caso, advierte la Colegiatura que aunque el Juzgado determinó el tipo de vínculo que unió al demandante y a la demandada, éste omitió pronunciarse sobre los extremos del mismo, de suerte que deberá la Sala definirlos de acuerdo a las pruebas obrantes en el expediente, las cuales son únicamente de carácter documental. De ellas, y en particular, de la certificación visible a folio 28, se extrae que la relación laboral se extendió entre el 13 de noviembre de 2015 y el 18 de enero de 2016, fecha esta última en la que tuvo lugar el despido aducido por la demanda y reconocido por el Juzgado.

Adicional a lo anterior, por virtud de fallo de tutela de fecha 19 de febrero de 2016, proferido por el Juzgado 28 Penal Municipal con Función de Control de Garantías (fols. 15 y s.s.), el demandante fue reintegrado por la demandada desde el 17 de marzo de 2016, como se deduce de la comunicación expedida por la encartada en la fecha en mención (fol. 87) y de la liquidación obrante a folio 93, que fuera denominada como "*RETIRO COOPERADO*".

Finalmente, cumple advertir que si bien en la contestación de la demanda, al emitirse pronunciamiento al hecho segundo, se dijo que el actor inició a laborar con la encartada el 16 de septiembre de 2014, lo cierto es que la Sala no debe tener ello en consideración, dado que la demanda fue contestada a través de curador ad litem, quien en virtud del artículo 56 del CGP "*no puede recibir ni disponer del derecho en litigio.*"

De la estabilidad laboral reforzada

En cuanto al problema jurídico relacionado con establecer si la demandada actuó de manera discriminatoria frente al trabajador al momento de despedirlo, la Sala decisión debe recordar que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que contrario a lo afirmado por el Juzgado, no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que la terminación del contrato de trabajo es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues dicha finalización corresponde al 18 de enero de 2016. Lo anterior, como quiera que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61 derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación.

Siguiendo este hilo conductor, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección especial por la discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación

para establecer si la limitación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional en la sentencia SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle) señalada por la parte recurrente, en la cual se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) **una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares**, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

De esta manera, resulta claro para esta Colegiatura que la garantía de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, contrario a lo indicado por el fallador de primera instancia, no solo se aplica a las personas que acrediten tener una limitación moderada, severa o profunda o tengan la calidad de discapacitados, sino también a quienes su situación de salud les impida desarrollar su potencial laboral y acceder a un nuevo puesto de trabajo, es decir, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta y ello amenace el derecho a su mínimo vital y el de su núcleo familiar. En otras palabras, la protección laboral reforzada se erige como un mecanismo para evitar la discriminación laboral por razón del estado de salud de un trabajador.

Frente al tema, resulta oportuno destacar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el pasado 11 de abril de 2018, profirió la sentencia SL1360 de 2018, con ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, recogiendo el razonamiento frente al tema de la estabilidad laboral específicamente en la interpretación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, estableciendo como criterio decisorial la postura de que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, permitiendo deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador por su empleador el de que su despido obedeció a un móvil relacionado con su estado deficitario de salud, a menos que el empleador demuestre en juicio objetivamente la ocurrencia real de una justa causa para el efecto.

Adicionalmente, aclara la Sala de Casación Laboral que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio, por tanto, cuando se pretenda desvincular a un trabajador por razón de su discapacidad resulta necesario que el Ministerio compruebe si, en efecto, la deficiencia del trabajador es incompatible o insuperable en el cargo que ejercía o en otro existente en la empresa.

Caso distinto ocurre, cuando el motivo del finiquito obedece a la configuración de una justa causa legal, pues en este evento se elimina la presunción discriminatoria al soportarse en una razón objetiva que tornaría innecesaria la autorización del Inspector del Trabajo. No obstante, el trabajador podría controvertir la decisión tomada por el empleador en un proceso judicial, en el cual le bastaría demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que implicaría para el empleador la carga de la prueba de demostrar suficientemente la justa causa, so pena de que se declare la ineficacia del despido.

En uno de sus apartes principales, ultima la Corte:

«a) La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima.

b) A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.

c) La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas».

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en la sentencia T-041 del 2019 estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de reasignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

No obstante, señaló que el trabajador en condición de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones puede ser despedido **cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato**, pues de no existir dicha causal el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

Concluye la Corte que cuando el despido se realiza sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado "*la presunción de desvinculación laboral discriminatoria*", entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

Al respecto en la sentencia T-320 de 2016 se dijo que: "*en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador.*"

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que el demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental que le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental, y que el empleador conocía de ellas previo al momento de la terminación del contrato de trabajo, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud, le corresponde al empleador demostrar la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el actor en su demanda afirmó que el 4 de junio de 2015 sufrió un accidente de trabajo en las instalaciones de la encartada y que el 28 de enero de 2016 fue despedido estando incapacitado.

Al respecto, cumple anotar que una vez revisado el material probatorio allegado al proceso, se tiene que en el *examine* tal y como lo indicó el Juzgado de primera instancia, no existe prueba alguna dentro del expediente que dé cuenta de la afectación de salud padecida por el trabajador, que dicho sea de paso no se precisa en la demanda, y tampoco obra medio de convicción que permita advertir que en efecto el demandante se encontraba incapacitado a la fecha de su despido.

Nótese que, en el proceso únicamente se aportaron las siguientes pruebas documentales: fallo de tutela proferido por el Juzgado 28 Penal Municipal con Función de Control de Garantías (fols. 15 y s.s.), carta de cancelación de convenio de Trabajo Asociado de fecha 18 de enero de 2016 (fol. 27), certificaciones de prestación de servicios y paz y salvo expedidas por la encartada (fols.28, 80 y 94), requerimientos efectuados al actor a fin de dar cumplimiento a orden de reintegro (fols. 85 y s.s.), liquidaciones y pago efectuados a favor del actor (fols. 78, 79, 84, 92 y 93).

Ninguna de las documentales en mención dan fe del estado de salud del actor a la fecha de terminación del vínculo laboral, y si bien, se encuentra el fallo de tutela proferido el 29 de febrero de 2016, en el cual el juez constitucional amparó de manera transitoria los derechos al mínimo vital, a la seguridad social y a la estabilidad laboral reforzada del señor Sola Salgado, ordenando así mismo a la encartada su reintegro a un cargo de igual o superior categoría que sea compatible con su estado de salud, lo cierto es que en su parte considerativa no se hace referencia a ninguna prueba allegada al trámite de tutela, pues el Juzgado 28 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, indicó que el actor no presentaba signos de discapacidad, pero si estaba incapacitado al momento del finiquito y tenía en curso un tratamiento médico, sin referenciar el medio de convicción que le permitió llegar a esa conclusión.

Con todo, ha de advertirse que este colegiado no puede tener como prueba una interpretación o valoración probatoria efectuada por otro Juez, pues lo que se permite por vía del art. 174 del CGP es que se utilicen pruebas ya practicadas o aportadas dentro de un proceso para ser evaluadas en la nueva decisión a proferirse, ya que cada juzgador conserva plena autonomía al realizar el estudio crítico de las pruebas arrimadas, como se desprende del inciso segundo de la norma en mención, según la cual "*la valoración de las pruebas trasladadas o extraprocesales y la definición de sus consecuencias jurídicas corresponderá al juez ante que se aduzcan*", sin embargo, en este caso no se allegó por parte de la activa las pruebas adosadas al escrito tutelar ni se solicitó el traslado de las mismas a efecto de que reposaran en el *sub examine*.

Así mismo, vale la pena recordar que en este caso la jurisdicción actuando a través del juez ordinario no está obligada a mantener la orden emitida por el fallador constitucional, pues ella no ata ni obliga a la justicia ordinaria laboral, en primer lugar por tratarse como en este caso, de una decisión tomada como mecanismo transitorio, y en segundo término, porque sólo son de obligatorio cumplimiento las decisiones proferidas por la Corte Constitucional en sede de tutela y en relación con su *ratio decidendi*.

Así las cosas, aunque no resulta acertado lo afirmado por el Juzgado, en cuanto a que el actor no acreditó ningún estado de limitación moderada, severa o profunda, a la luz de los derroteros ya revaluados de la jurisprudencia de la CSJ Sala de

Casación Laboral, si acertó al no declarar la ineficacia del despido del trabajador, dado que no se encuentra demostrado que a dicho momento se encontraba amparado por la protección de la estabilidad laboral de que trata la Ley 361 de 1997, a pesar de ser carga suya, en los términos del artículo 167 del CGP.

Virtud de lo dicho, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida en primera instancia.

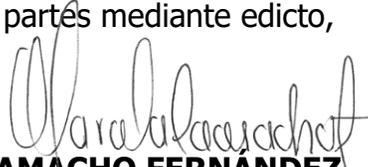
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de febrero del 2019, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

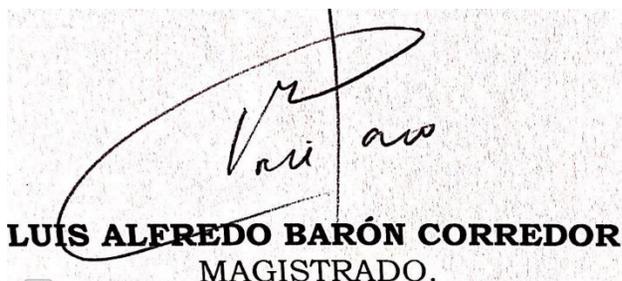
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: *ORDINARIO LABORAL*
DEMANDANTE: *MARTHA LUCÍA RAMÍREZ BOHORQUEZ*
DEMANDADO: *SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE*
RADICACIÓN: *1100131050-27-2017-00663-01*
ASUNTO: *APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE*
TEMA: *CONTRATO DE TRABAJO Y PRESTACIONES*

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se acepta la renuncia presentada por el Dr. HÉCTOR H. ALARCÓN G. como apoderado de la demandada, conforme a los términos del art. 76 del CGP, allegada mediante correo electrónico.

En cuanto a la renuncia allegada por la Dr. CHERYL TATIANA RODRÍGUEZ MENJURA, se abstiene la Sala de emitir pronunciamiento, como quiera que no se le reconoció peronería para actuar como apoderada de la demandada a dicha profesional del derecho.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Martha Lucía Ramírez Bohórquez instauró demanda ordinaria contra Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, con el fin de que se DECLARE que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 11 de marzo de 2009 y el 15 de octubre de 2014 y que ostentó la calidad de trabajadora oficial; en consecuencia, se condene a la demandada al pago de las sumas correspondientes por concepto de diferencias salariales generadas en relación con el cargo Auxiliar de Servicios Generales, cesantías, intereses a las cesantías, primas de antigüedad, primas de vacaciones, primas de navidad, primas semestrales, compensación de vacaciones, aportes a salud, pensiones, riesgos laborales y caja de compensación familiar, devolución de los descuentos efectuados a título de retención en la fuente, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, indexación, indemnización moratoria, sanción por falta de consignación de cesantías, sanción por falta de pago de los intereses a las cesantías, así como todo beneficio derivado de la Convención Colectiva de Trabajo, expedir certificación por el tiempo laborado para efectos pensionales, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fols. 1 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que laboró de manera constante e ininterrumpida a favor de la entidad demandada entre el 11 de marzo de 2009 y el 15 de octubre de 2014, en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales, pues ejerció funciones de mantenimiento de la planta física de la encartada; que fue vinculada a través de contratos de arrendamiento de servicios y de prestación de servicios sucesivos y sin ninguna interrupción; que como último salario devengó la suma de \$836.000; que debía cumplir un horario de trabajo de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 1:00 p.m. y de 1:00 p.m. a 7:00 p.m. con disponibilidad de tiempo extra los fines de semana; que sus jefes inmediatos elaboraban las planillas de turnos que debía atender de manera personal; que se le exigió adquirir póliza de cumplimiento de responsabilidad civil previo a la firma de los contratos; que mensualmente se le hicieron descuentos por concepto de retención en la fuente e impuesto ICA; que durante la vigencia de la relación laboral le fue expedido carnet de trabajo que la identificaba como empleada del Hospital Meissen II Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.; que la prestación de los servicios lo fue bajo la continuada subordinación de la encartada, quien en algunas ocasiones le llamó la atención y le hizo felicitaciones verbales a través de sus jefes inmediatos; que su labor era desempeñada con herramientas propiciadas por su empleadora; que la entidad contaba con personal de planta que desarrollaba sus mismas funciones; que formuló reclamación administrativa el 13 de septiembre de 2017, la cual fue resuelta de manera desfavorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fols. 101 a 102); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE. Dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que la demandante actuó con plena autonomía, concedora de la realidad; agregó que no estaba sometida a la subordinación, de manera que no se encuentran probados los elementos de una relación laboral, como lo estipula ley. Dijo que la actora no tiene derecho a las prestaciones sociales solicitadas porque aceptó la actividad que ejecutó mediante un contrato de prestación de servicios en calidad de contratista sin presentar objeción alguna. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, pago, inexistencia del derecho y de la obligación, ausencia del vínculo de carácter laboral, buena fe, cobro de lo no debido, relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, compensación, inexistencia de perjuicios y la genérica. (fols. 103 y s.s.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de julio de 2019, mediante la cual el Juzgado declaró que entre la actora y la demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido que se prorrogó por el plazo presuntivo, que se ejecutó entre el 11 de marzo de 2009 y el 15 de octubre de 2014; condenó a la demandada a pagar las sumas correspondientes por concepto de auxilio de transporte, vacaciones, prima de vacaciones, auxilio de cesantías, prima de navidad, intereses a las cesantías, así como la suma diaria de \$28.576 desde el 16 de enero de 2015 hasta el pago de los salarios y prestaciones adeudadas a la demandante; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y no probadas las demás; condenó en costas a la encartada y negó las demás pretensiones de la demanda. (CD fol. 150)

Su decisión se basó en que como entre el Hospital Meissen II Nivel ESE hoy Sub Red Integrada de Servicios de Salud Sur ESE y la demandante se celebraron contratos de

prestación de servicios que la vincularon como Auxiliar de Servicios Generales en forma continua e interrumpida desde el 11 de marzo de 2009 hasta el 15 de octubre 2014, de conformidad con las documentales allegadas al proceso, se encuentra demostrada la actividad personal de la convocante, de lo cual también dieron cuenta las declarantes María Blanca y Magdalena Suárez Torres, e incluso la demandada, quien lo admitió en la contestación de la demanda y en el informe rendido por su representante legal.

Agregó que la demandada no desvirtuó el elemento esencial del contrato de trabajo, pues ello lo pretendió a través de la suscripción de diversos contratos de prestaciones de servicios, los cuales no contradicen la realidad narrada por las testimoniales, de la que se puede deducir que la actividad desempeñada por la demandante era dependiente y subordinada, en tanto recibía órdenes e instrucciones del Jefe de Servicios Generales, quien además organizaba los turnos de rotación y se los comunicaba a los trabajadores, incluida la convocante; además, del contenido de los contratos se tiene que éstos contenían un listado de funciones, obligaciones y responsabilidades a cargo de ésta, que representan órdenes e instrucciones impartidas por el otrora Hospital Meissen, por manera que en virtud de la presunción legal contenida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 y el principio de la primacía de la realidad, se concluye que entre las partes existió el contrato de trabajo alegado, el cual según la ley se entiende celebrado por 6 meses, prorrogado por períodos iguales.

Señaló que se encuentra probada la excepción de prescripción sobre las acreencias laborales generadas con anterioridad al 27 de agosto de 2014, salvo las vacaciones y la prima de vacaciones que prescriben en 4 años. Igualmente, sostuvo que las cesantías no se encuentran afectadas por dicho fenómeno, dado que son exigibles a la finalización del vínculo laboral.

En cuanto a las diferencias salariales reclamadas en relación con el personal de planta contratado en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales, dijo que dicha pretensión carece de visos de prosperidad, por cuanto no se allegó en la oportunidad correspondiente la prueba que acredita el salario correspondiente a dicho cargo, y si bien, el apoderado de la parte actora sorprendió al Despacho y a la contraparte allegando con un día de antelación, unas documentales con las que pretendía su acreditación, lo cierto es que las mismas no deben ser incorporadas porque fueron adosadas cuando ya se había cerrado el debate probatorio, amén que contrario a lo afirmado por el profesional del derecho, ello no corresponde a la respuesta dada por la entidad al derecho de petición visto a folio 46, ya que lo allí solicitado se relaciona con el salario que devengaba un empleado público de la encartada y no, de un trabajador oficial, amén que dichas pruebas no fueron peticionadas en la demanda, y tampoco indican que se trate de una respuesta a un derecho de petición.

En ese orden, concluyó que los salarios a considerar son los cancelados en virtud de los contratos de prestación de servicios, frente a los cuales se determinó el promedio, dado que fueron variables conforme a certificación de la demandada.

Dijo que no es procedente reconocer el auxilio de alimentación deprecado, en tanto que éste solo está previsto para los empleados públicos, sumado a que la única Convención Colectiva de Trabajo arriada al proceso (2007-2011), solo consagra su incremento, pero no da cuenta de la forma en como se estableció originalmente, echándose de menos las Convenciones Colectivas anteriores.

Adujo que no se impartirá condena por prima de antigüedad, toda vez que sólo está prevista por la ley para los empleados públicos, además en la Convención Colectiva

2007-2011 no están establecidas las condiciones en que debe reconocerse para los trabajadores oficiales y tampoco se aportaron las Convenciones Colectivas anteriores para establecer dicha prestación. Igual conclusión advirtió en relación con la prima semestral deprecada.

En lo que se refiere a los aportes al Sistema de Seguridad Social, dijo que no es procedente acceder a ese pedimento, dado que la misma accionante en el hecho 14 de la demanda afirmó que por exigencia de la encartada se afilió al mismo, lo cual fue ratificado en su interrogatorio de parte, de suerte que no puede ordenarse una doble afiliación y pago de cotizaciones; igualmente, precisó que si lo pretendido por la convocante era el pago de las diferencias resultantes con el salario asignado al cargo de Auxiliar de Servicios Generales, no existe prueba que lo pagado a la actora fuere inferior a éste.

Indicó que no se ordenará la devolución de la totalidad de los descuentos realizados por concepto de retención en la fuente, toda vez que no se demostró que se hubieran hecho y en qué monto; igualmente, dijo que la indemnización por la no consignación de las cesantías carece de vicios de prosperidad, por cuanto el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 modificó el CST, que no se aplica a los trabajadores oficiales.

Sostuvo que la demandada echó mano de manera reiterada de los contratos de prestación de servicios para vincular a la demandante, de manera que incurrió en un abuso de dicha figura con el fin de arropar de legalidad y negar la verdadera relación de trabajo existente con ésta, así como desconocer los derechos sociales que de ella se derivan. Por tanto, condenó al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria a razón de \$28.576 diarios desde el 16 de enero de 2015 hasta la fecha de pago de las prestaciones adeudadas, precisando que ello hace improcedente la indexación reclamada en la demanda.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que las documentales allegadas al proceso que no fueron consideradas por el Despacho, tenían como finalidad acreditar los factores salariales y el salario real que debió ser cancelado a la convocante, lo cual encuentra sustento en el folio 57 en donde se requirió a la demandada para que certificara los salarios y demás emolumentos que percibe un empleado público en cargo similar al desempeñado por la actora, además, a folio 137 se requiere por parte del Despacho a la accionada para que indique el valor de los emolumentos salariales que se le reconoce a un trabajador de planta en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales entre los años 2009 y 2014, lo cual solo fue atendido hasta el 14 de marzo de 2019, por tanto, la aportación de la prueba no considerada por el Juzgado, no pretendió generar confusión ni sorprender a la demandada, sino anexar todos los elementos de juicio que se ha negado ésta en suministrar.

En ese orden, solicitó que sea considerada la documental obrante a folio 149 a efectos de acceder a las pretensiones teniendo en cuenta como base los salarios allí certificados, los cuales, dicho sea de paso, son superiores a los reconocidos a la demandante, siendo procedente incluso acceder al reconocimiento de las diferencias salariales reclamadas.

Agregó que tanto la prima de antigüedad como la prima semestral, eran devengadas por los trabajadores de planta que desempeñaban el mismo cargo que la demandante, conforme se advierte de la certificación no incorporada por el Despacho, amén que la última prima en mención se encuentra consagrada en la Convención Colectiva de

Trabajo a la cual nunca renunció la demandante, por lo que se debe fulminar condena por esos conceptos.

Dijo que se debe condenar a la demandada a los aportes en salud, a fin de evitar una descompensación del sistema, al igual que los aportes a pensión, dado que la demandante siempre efectuó sus cotizaciones con base en un salario inferior al que debió percibir; igualmente, debe condenarse a los aportes a ARL y a la caja de compensación familiar.

Finalmente, dijo que se debe acceder: al auxilio de alimentación que se encuentra consagrado en la Convención Colectiva de Trabajo y en la certificación obrante a folio 149; a la sanción por falta de pago de los intereses a las cesantías, con sustento en la Ley 52 de 1975, el Decreto Reglamentario 116 de 1976, la Ley 50 de 1990 y el Concepto del Ministerio de la Protección Social 106816 del 22 de abril de 2008; a expedir certificación por el tiempo laborado para efectos pensionales y a la sanción por falta de consignación de cesantías al respectivo fondo, teniendo en cuenta que los trabajadores oficiales se acogieron al régimen anualizado de cesantías.

Por su parte la **demandada** formuló recurso de apelación indicando que la indemnización moratoria no opera de forma automática, como lo resaltó el Juzgado, por manera que debe revocarse dicha acreencia, por cuanto no se encuentra probado que la aquí accionada haya actuado de mala fe, ya que la relación contractual declarada tuvo lugar durante la existencia del Hospital Meissen, y la fusión de dicha entidad solo ocurrió a partir del año 2016. Igualmente, dijo que no se consideró por parte del *a quo*, que la demandante formuló su demanda cuando ya habían transcurrido más de 24 meses, contados desde la fecha en que culminó la relación laboral, por lo que, en el presente caso, solo proceden los intereses moratorios a la tasa dispuesta por la superintendencia Bancaria. (C.D. fol. 150).

6. Alegatos demandante. Dijo que conforme a los testimonios recaudados se establece que la demandante trabajó de manera constante e ininterrumpida y por ende tiene derecho a que le sean reconocidas las prestaciones sociales destacadas en las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer (i) ¿Las documentales allegadas por la parte actora a folios 142 y siguientes deben ser consideradas como prueba de los salarios y prestaciones devengadas por un Auxiliar de Sevicios Generales? (ii) ¿Se debe impartir condena por concepto de primas de antigüedad y semestral, aportes a seguridad social y caja de compensación familiar, así como por auxilio de alimentación? (iii) ¿Se debe acceder al reconocimiento y pago de la sanción por falta de pago de los intereses a las cesantías y a la sanción por falta de consignación de cesantías? (iv) ¿Debe ordenarse a la entidad demandada expedir certificación laboral a favor del demandante? (v) ¿Se equivocó el Juzgado de primera instancia al imponer condena por concepto de indemnización moratoria? En caso negativo, ¿solo se debe acceder a los intereses moratorios sobre las prestaciones debidas?

De la existencia de la relación laboral

No existe discusión en el presente asunto en cuanto a que entre la señora MARTHA LUCÍA RAMÍREZ BOHORQUEZ y la SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE, existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 11 de marzo de 2009 y el 15 de octubre de 2014, en virtud del cual la demandante se desempeñó como Auxiliar de Servicios Generales, y en calidad de trabajadora oficial, pues así lo estableció el Juzgado de primera instancia y ello no se controvertió mediante los recursos de apelación interpuestos por las partes.

Del valor de los salarios y las prestaciones sociales del Auxiliar de Servicios Generales

Discute la parte actora la posición asumida por el Juzgado de primera instancia respecto de la documental allegada al proceso para efectos de acreditar el valor de los salarios y las prestaciones sociales legales y extralegales del cargo que ostentó la demandante en la ESE demandada, en tanto no la incorporó al proceso, a pesar de ser una respuesta de un derecho de petición debidamente solicitado en la demanda y del interrogatorio formulado a la entidad demandada.

Al respecto, se advierte que el apoderado de la demandante, el 28 de junio de 2019, esto es, un día antes de ser proferida la sentencia que se discute, allegó ante el *a quo* varias certificaciones expedidas por el Hospital Meissen II Nivel ESE que dan cuenta del valor de los salarios y prestaciones que corresponden al cargo de Operario de Servicios Generales IIIA, por las anualidades comprendidas entre el año 2009 y 2014, como se observa a folios 142 y siguientes del expediente.

Dichas documentales, tal y como lo señaló el Juzgado de primera instancia, no pueden ser tenidas como prueba dentro del *examine*, en la medida que no fueron peticionadas en las etapas procesales establecidas por la ley para solicitar pruebas por la parte actora, como lo son la demanda y la reforma de la demanda y menos aun, cuando fueron allegadas después de haberse cerrado el debate probatorio. Por tanto, acertó la falladora de primera instancia al no considerarlas cuando determinó el salario base que debía tomarse en la liquidación de las condenas impuestas.

En este punto conviene advertir que, no es cierto como lo afirma el apelante, que dichas documentales son la respuesta de la reclamación administrativa elevada ante la encartada, pues si bien en dicha solicitud que fue formulada el 28 de agosto de 2017, se petitionó por la actora que "*c) Se expida certificación de los salarios y demás emolumentos que percibe y devenga un empleado público del Hospital incluidos los beneficios Convencionales y Extralegales en el mismo o similar cargo desempeñado por (sic) **11 DE MARZO DE 2009 HASTA 15 DE OCTUBRE DE 2014***", lo cierto es que ello fue contestado por la encartada en comunicación del 11 de septiembre de 2017 al indicar que "*Se procedió a solicitar dicho certificado a la Oficina de Talento Humano, siendo necesario que el requirente como pago anticipado el valor de cada copia, es decir cien pesos (\$100), los cuales debe cancelar en el área de Tesorería ubicada en el primer piso de la Unidad de Servicios de Tunal...*". Por tanto, no puede entenderse que dichas certificaciones sean la respuesta a la reclamación en mención, y menos aun cuando no se indica en la mismas que fueron expedidas con esa finalidad o como alcance de la respuesta inicial dada por la convocada.

Tampoco puede entenderse que las documentales en mención hagan parte del informe rendido por la representante legal de la demandada a solicitud del Juzgado, visible a folios 137 y s.s., pues aunque se le solicitó indicar el valor de los emolumentos

salariales, legales, extralegales y convencionales que devenga un trabajador de planta de la entidad en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales desde el año 2009 al 2014, lo cierto es que en el mismo informe se emitió la correspondiente respuesta, en los siguientes términos: "*...No es posible, toda vez que, como se indicó de manera precedente, la demandante no desempeñaba funciones, por el contrario realizaba actividades únicas de apoyo por su capacidad experiencia y experticia para prestar este tipo de servicio, ya que la planta no era suficiente...*" (fol. 137).

Así las cosas, resulta claro que las documentales allegadas de manera inoportuna por la convocante, no pueden ser consideradas por la Colegiatura en el presente caso y, por tanto, resulta improcedente modificar las condenas impuestas por el Juzgado con base en los valores en ellas especificados, siendo igualmente infundado el reconocimiento de las diferencias salariales que el recurrente deprecia con base en las mismas.

De la prima de antigüedad y la prima semestral

Aduce la parte actora que tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de antigüedad y la prima semestral, pues dichas prestaciones si están previstas para los trabajadores oficiales, conforme a la certificación allegada al proceso y a la Convención Colectiva de Trabajo.

Al respecto, cumple advertir que los mencionados emolumentos no pueden ser reconocidos con base en las certificaciones adosadas por la convocante a folios 142 y s.s., pues se insiste que dichas documentales no fueron solicitadas y decretadas en el *examine*.

A lo anterior, se suma que al revisar la Convención Colectiva de Trabajo 2007-2011 allegada a folios 89 a 95, no aparece que en ella se establezca la prima de antigüedad, ni la prima semestral, por lo que no hay lugar a impartir condena por estos conceptos.

Del auxilio de alimentación

La inconformidad de la parte demandante radica en que la trabajadora tiene derecho al pago del auxilio de alimentación en los términos de la Convención Colectiva de Trabajo, frente a lo cual ha de decirse que de conformidad con el acuerdo en mención, no es posible liquidar dicha prestación, ya que en la Convención Colectiva allegada se reguló la forma en como debe incrementarse el emolumento en controversia, como se observa en su artículo 3º; sin embargo, no se adosó la prueba contentiva de los parámetros para su procedencia y su liquidación, razón por la cual se confirma la absolución impartida por este concepto.

De los aportes a salud y riesgos laborales

Conforme lo ha definido la CSJ, entre otras, en la sentencia SL2695-2020, cuando el empleador omite la afiliación a estos regímenes del sistema integral de seguridad social, lo que procede es la reparación de los perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a pagar por no obtener las prestaciones económicas o asistenciales.

Descendiendo al caso objeto de estudio, como no se aportó prueba que permita corroborar que la demandante incurrió en gastos o sufrió perjuicio cierto en el régimen de salud o riesgos laborales, no hay lugar a impartir condena sobre este pedimento. A lo anterior, se suma que, ni siquiera se demuestra en el expediente, que la demandante

haya asumido el pago de las cotizaciones ante dichos subsistemas con su propio patrimonio.

Caja de compensación familiar

Sobre este aspecto ha dicho la CSJ en sentencia SL1225-2019 que se trata de una prestación social consagrada en las Leyes 21 de 1982 y 789 de 2002 y los Decretos 341 de 1989, 748 de 1989 y 1769 de 2003, que consiste en una serie de beneficios tanto económicos como prestacionales durante la vigencia de la relación laboral, por tanto, carece de sentido ordenar su pago una vez finalizado el contrato de trabajo.

En ese orden, no hay lugar a imponer condena sobre esta pretensión.

Aportes al Sistema General de Pensiones

Sobre los aportes al Sistema General de Pensiones entiende la Sala conforme al recurso de apelación, que la demandante pretende que la encartada efectúe el aporte a su favor sobre el valor real del salario que debió percibir, dado que ella hizo la cotización tomando como base un valor inferior.

Al respecto, advierte la Colegiatura la improcedencia de dicha pretensión, en la medida que como se dijo con anterioridad, en el presente caso no se encuentra acreditado que la demandante tenga derecho al reconocimiento y pago de diferencias salariales, pues las documentales con las que pretendió acreditar los valores que le debieron ser pagados por concepto de salario, no fueron solicitadas ni decretadas de manera oportuna. Adicional a ello, ha de decirse que la demandante tampoco acreditó los valores que pagó a título de cotizaciones, lo cual resulta indispensable para determinar si el aporte se corresponde con los salariales definidos por el Juzgado.

Conforme a lo dicho, no es procedente acceder a la pretensión de la que se viene hablando.

Sanción por falta de pago de intereses a las cesantías y por falta de consignación de cesantías.

Al respecto, cumple advertir que en el presente caso no es aplicable el art. 99 de la Ley 50 de 1990 ni tampoco la Ley 52 de 1975 reglamentada por el Decreto 116 de 1976 como lo pretende el apelante, como quiera dichas normas solo son aplicables a los trabajadores privados, calidad que no ostenta la demandante, pues conforme a lo definido por el Juzgado ésta tiene la condición de trabajadora oficial, por tanto, debe echarse mano del artículo 5º del Decreto 1045 de 1978 en el cual se establecen las prestaciones sociales a las que tiene derecho los trabajadores oficiales y entre ellas no se estipularon las sanciones por falta de pago de los intereses a las cesantías y la por falta de consignación de las cesantías a un fondo, por tal motivo se absuelve de esta pretensión.

Indemnización moratoria

La inconformidad de la parte demandada radica en que no es procedente condenar a la indemnización moratoria, teniendo en cuenta que no puede endilgarse mala fe a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, como quiera que la relación laboral tuvo lugar con el Hospital Meissen II Nivel ESE y cuando aun ocurrido la fusión de la entidad.

Sobre ello, se advierte que en la demanda en los hechos 39 y 40, la parte actora afirmó que *"...mediante ACUERDO 641 DE 2016, emanado del Consejo de Bogotá, se efectuó la reorganización del Sector Salud de Bogotá, Distrito Capital, para lo cual se determinó la fusión de las Empresas Sociales del Estado: Usme, Nazareth, Vista Hermosa, Tunjuelito, Meissen y el Tunal se fusionan en la Empresa Social del Estado denominada SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR-ESE"* y *"Que así mismo se ordenó la Subrogación de derechos y obligaciones, que resultan de la fusión ordenada mediante el Acuerdo 641 de 2016, las obligaciones y derechos de toda índole pertenecientes a las Empresas Sociales del Estado fusionadas"*; frente a lo cual la accionada contestó *"Es cierto"*, como se advierte a folio 106.

A lo anterior, se suma que el artículo 5º del Acuerdo 641 de 2016, expedido por el Concejo de Bogotá DC, estableció: *"Subrogar en las Empresas Sociales del Estado, que resultan de la fusión ordenada mediante el presente Acuerdo, las obligaciones y derechos de toda índole pertenecientes a las Empresas Sociales del Estado fusionadas. Las Empresas Sociales del Estado que resulten de la fusión realizarán los ajustes presupuestales y financieros necesarios para el cabal cumplimiento de las obligaciones por ellas adquiridas. Para efectos del cumplimiento del presente artículo y dentro del período de transición, el Gobierno Distrital, a través de las instancias correspondientes, con la coordinación de la Secretaría de Hacienda Distrital, efectuará las modificaciones presupuestales a que haya lugar."*

En ese orden, el hecho de que el proceso de fusión del Hospital Meissen haya tenido lugar solo hasta el año 2016, como lo argumenta la parte apelante, ello no resulta una razón atendible para exonerar de la indemnización moratoria a la entidad demanda, en la medida que por disposición legal ésta está llamada a asumir las obligaciones de toda índole pertenecientes a las empresas sociales del Estado fusionadas, entre las cuales se encuentra Meissen, conforme al artículo 1º del Acuerdo mencionado con anterioridad.

Y es que si bien, la vinculación de la actora fue a través de sendos contratos de prestación de servicios, lo cierto es que la Corte Constitucional en la sentencia C 154 de 1997 al estudiar la exequibilidad del art. 32 de la Ley 80 de 1993 *"por la cual se dicta el estatuto de la contratación administrativa"* fue clara al señalar que el contrato de prestación de servicios se puede celebrar por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, sin embargo, dentro del presente proceso la demandada no demostró que se encontraba en las anteriores situaciones.

Ahora, el Estado tiene la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios, pero éstos deben ser temporales, lo cual no ocurrió en el presente caso, en donde la vinculación de la actora duró alrededor de 5 años. Por tanto, el comportamiento de su empleadora no puede ser tenido como de buena fe, y por ende eximirla de la indemnización moratoria pretendida.

En cuanto a la forma en como procede dicha indemnización, cumple advertir que de acuerdo a lo establecido en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 que modificó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, la trabajadora tiene derecho al pago de la indemnización moratoria a razón de 1 día de salario por cada día de retardo, pero después del vencimiento del plazo gracia de 90 días con que cuentan las entidades públicas para efectuar el respectivo pago, y hasta la fecha en que se efectúe el reconocimiento de las prestaciones adeudadas, pues recuérdese que en este caso no se aplica la regla establecida en el artículo 65 del CST, dado que la demandante fue

una trabajadora oficial, por manera que acertó el Juzgado de primera instancia al reconocer la indemnización en los términos definidos en la sentencia, esto es, \$28.576 diarios desde el 16 de enero de 2015 hasta la fecha que la convocada efectúe el pago de las prestaciones adeudadas.

Certificación Laboral

Teniendo en cuenta que en el numeral 11 del art. 26 del Decreto 2127 de 1945 establece como obligación del empleador dar a la terminación del contrato de trabajo las certificaciones solicitadas, se ordena que la demandada expida la certificación laboral en los términos de la anterior normatividad.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada para CONDENAR a la demandada a expedir la certificación laboral solicitada por la demandante sobre el tiempo de prestación de los servicios a su favor, conforme a la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SE CONFIRMA en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

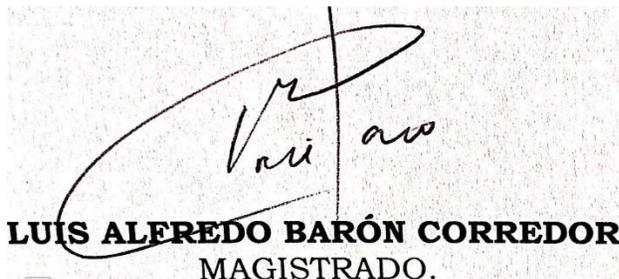
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JEANNETTE NAVARRO DE PEDRAZA
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP PORVENIR-AFP COLFONDOS
RADICACIÓN: 1100131050-13-2019-00020-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA AFP PORVENIR-AFP COLFONDOS-
AFP PROTECCIÓN
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. LISA MARÍA BARBOSA HERRERA como apoderada la AFP PROTECCIÓN, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

Se reconoce personería para actuar al Dr. FRANCISCO JOSE MOLANO ACHURY como apoderado sustituto de la AFP COLFONDOS, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. JEANNETTE NAVARRO DE PEDRAZA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, la AFP PORVENIR y la AFP COLFONDOS con el fin de que se DECLARE la nulidad o ineficacia de la afiliación efectuada por la actora al RAIS, así como que siempre ha permanecido afiliada al RPMPD. Como consecuencia, se ordene el traslado de sus aportes realizados al RAIS con destino al RPMPD; se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita y a las costas del proceso. (fols. 3 y s.s.; subsanación fols. 85 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 11 de octubre de 1962; que cotizó al RPMPD desde el 8 de abril de 1985 hasta el 28 de febrero de 1998 un total de 664 semanas; que en marzo de 1998 se trasladó a la AFP Colfondos, decisión

que no fue informada, autónoma y consciente, por cuanto no se le asesoró de manera completa, integral y veraz sobre las consecuencias del traslado y la forma en que el mismo impactaría su mesada pensional; que el 1º de agosto de 2003 se trasladó a la AFP Porvenir; que solicitó ante Colfondos y Porvenir la nulidad de su afiliación al RAIS, lo cual le fue negado por dichas demandadas, quienes también le informaron que no disponen en sus archivos de documento alguno que dé cuenta de la asesoría que le fue brindada en los instantes previos al traslado de régimen; que solicitó ante Colpensiones la nulidad de su traslado al RAIS, petición que le fue resuelta de manera desfavorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 121), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que carece de legitimación para pronunciarse sobre la nulidad deprecada, en la medida que no tuvo injerencia en el acto de afiliación de la demandante al RAIS. Dijo que en todo caso, la actora no allegó prueba alguna que permita inferir que el traslado estuvo afectado por vicios del consentimiento, de suerte que se presume que su afiliación a Colfondos se encuentra investida de validez y legalidad. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica. (fols. 162 y s.s.).

4. Contestación de la AFP PORVENIR. Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones argumentando que no existió vicio alguno en el consentimiento expresado por la demandante al momento de celebrar el acto jurídico de la vinculación al régimen de ahorro individual. Dijo que la actora diligenció la solicitud de traslado de forma libre, voluntaria, espontánea y sin presiones de ninguna naturaleza, situación que se corrobora con la firma de la demandante en el formulario pertinente, como constancia expresa de su voluntad de selección de afiliación. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa, cumplimiento de los requisitos formales en la afiliación y la genérica. (fols. 190 y s.s.).

5. Contestación de la AFP COLFONDOS. Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la parte actora no cumple con lo establecido en las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, por manera que no pertenece al grupo de afiliados que podrá trasladarse de régimen pensional en cualquier tiempo. Agregó que en el presente caso no se evidencia que exista una ilicitud en el objeto de la afiliación de la actora al RAIS, por manera que la misma fue plenamente eficaz y estuvo respaldada en la normatividad vigente, es determinable en el tiempo y ha cumplido con las condiciones y normas legales que deben atender los fondos administradores de pensiones. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe y la genérica. (fols. 125 y s.s.).

6. Contestación de la AFP PROTECCIÓN en calidad de litisconsorcio necesario. Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones argumentando que el acto de vinculación se realizó de manera libre y espontánea, acto que además tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza del fondo y de la afiliada. Agregó que dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, ya que la convocante tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen. Propuso como excepciones de fondo las 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFPs convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de la totalidad de los aportes a Porvenir y la genérica. (fols. 238 y s.s.).

7. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 22 de julio de 2020 en la que la falladora declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la AFP Colfondos el 4 de febrero de 1998, así como de todas las afiliaciones que hiciera con posterioridad dentro del RAIS; condenó a la AFP Colfondos, a la AFP Porvenir y a la AFP Protección devolver a Colpensiones todos los dineros ahorrados por la actora en el RAIS, que cada una tenga en la actualidad en su poder, incluyendo lo referente a seguros y gastos de administración; condenó a Colpensiones a tener como afiliada a la actora, recibir los dineros referidos y actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a Colfondos S.A. (CD fol. 319).

La decisión de la Juez se basó en que no puede advertirse del formulario de afiliación que se le suministró a la actora la debida información, pues si bien dentro del mismo ésta indicó que su traslado se hizo de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme lo ha indicado la CSJ, la suscripción del mismo y el diligenciamiento de formatos pre impresos no es suficiente para dar por demostrado el deber de información, pues ello da cuenta de un consentimiento libre de vicios, pero no informado.

Agregó que en el interrogatorio la actora no confesó haber recibido una información cierta, veraz y completa, como lo presupone ese deber, que además estaba a cargo de la AFP primigenia Colfondos.

Señaló que los diferentes traslados efectuados por la actora dentro del RAIS no convalidan la actuación viciada, pues ello no ratifica la decisión de cambio de régimen cuando no se cumplió con el deber de información, dado que la asesoría fue genérica, sin explicársele las consecuencias de su traslado.

8. Impugnación y límites del ad quem. Una vez se le dio el uso de la palabra al apoderado de la **AFP Colfondos** éste indicó que no se evidencia un error que condujera a una determinación equivocada de las partes, por el contrario, la afiliación de la convocante se hizo conforme a los mandatos legales y constitucionales.

Dijo que la afiliada tenía la obligación de analizar, averiguar e informarse de manera clara y concisa de cuál es su mejor opción, además nadie puede alegar su propia culpa.

Sostuvo que no se evidencia una ilicitud en el objeto del negocio jurídico, así que la afiliación fue eficaz y estuvo respaldada por la normatividad vigente.

La apoderada de **Protección** también formuló recurso de apelación indicando que se debe revocar la orden de trasladar la comisión de administración por el tiempo en que la actora estuvo afiliada a la administradora en mención, porque la misma se estableció en la ley para cubrir los gastos de administración y opera en ambos regímenes pensionales.

Agregó que mientras la accionante estuvo en Protección sus aportes fueron administrados de la mejor manera y presentaron unos rendimientos que soportan un valor pensional mucho mayor. También adujo que Colpensiones se estaría enriqueciendo

sin justa causa al recibir una comisión que no pertenece a la demandante, sumado a que se estaría afectando el patrimonio de Protección quien no cuenta con esos dineros, en tanto que fueron trasladados a la AFP Porvenir por decisión de la accionante.

Finalmente, la apoderada de **Porvenir** formuló recurso de apelación indicando que la Superintendencia de Sociedades indicó que en caso de declararse la nulidad, los únicos valores a retornar son los aportes y rendimientos del afiliado, más no los gastos de administración y comisiones, en tanto que fueron causados durante el transcurso del tiempo, al administrarse la cuenta de ahorro individual de la actora, representando así gastos operativos que no hacen parte de los aportes pensionales de la convocante, de manera que su devolución generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

9. Alegatos AFP Protección. Dijo que con la condena de primera instancia que ordena devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante más los rendimientos financieros generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante, y adicionalmente ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de administración realizada por PROTECCIÓN, por lo que la AFP tiene derecho a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor y no hay razón para tenérsela que trasladar a Colpensiones.

10. Alegatos AFP COLFONDOS. Adujo que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición ni cumple con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional en las sentencias SU- 062 de 2010 y SU- 130 de 2013. Agregó que a la demandante no le asiste el derecho de trasladarse del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media, teniendo en cuenta que le faltan menos de diez años para cumplir la edad para acceder a una pensión de vejez. Además, sostuvo que en el caso estudiado no concurren ninguna de las causales establecidas en la ley para que prospere la nulidad del acto jurídico del traslado.

11. Alegatos AFP Porvenir. Indicó que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó, ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con Porvenir sea eficaz. Agregó que según el fallador de primer grado no allegó pruebas del cumplimiento de sus deberes para con la parte actora al momento de la vinculación, esto es entregar información, completa, veraz y oportuna, inferencia que no se ajusta a la realidad procesal, por cuanto cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto-, en la medida que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que la parte actora ha estado vinculada a la sociedad producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual es un documento que se presume auténtico, sino con la conducta de la afiliada, que permaneció por espacio de más de 22 años en el régimen de ahorro individual y permitió el descuento con destino al fondo privado.

12. Alegatos demandante. Sostuvo que revisado el acervo probatorio, se observa que la AFP Colfondos no acreditó haber suministrado la asesoría a que por Ley estaba obligada, en la que se le pusiera de presente las consecuencias que debía asumir por el traslado de régimen e igualmente, no acreditaron la formación profesional, capacitación

y experiencia de los funcionarios que la abordaron y que permita establecer si los mismos eran personas idóneas para asesorar a sus potenciales afiliados.

13. Alegatos Colpensiones. Dijo que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR, COLFONDOS y PROTECCIÓN se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP COLFONDOS hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿Las AFPs privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (iv) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Jeannette Navarro de Pedraza cotizó al ISS entre el 8 de abril de 1985 y el 28 de febrero de 1998, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (CD fol. 172); que el 4 de febrero de 1998 se afilió a la AFP Colfondos, según da cuenta el formulario de afiliación (fol. 149); igualmente, el 12 de diciembre de 2002, se afilió a la AFP ING hoy Protección, como da cuenta el respectivo formulario (fol. 248); finalmente, el 27 de junio de 2006 se trasladó a la AFP Porvenir (fol. 40).

Deber de Información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP COLFONDOS, lo cual no fue objeto de alza por ninguna de las partes.

Ahora, lo que debe precisarse, es que tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los riesgos que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que, **contrario a lo afirmado por Colfondos**, no le corresponda al afiliado sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que la misma fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de suministrar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar por parte de la AFP COLFONDOS para la época en que la demandante realizó el traslado al RAIS –año 1998- si bien no se requería de una doble asesoría, pues dicha obligación nace con la expedición de la Ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 del 2015, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que para esa fecha se debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica hacer un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP COLFONDOS como acertadamente lo encontró la falladora de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora JEANNETE NAVARRO DE PEDRAZA, acerca del cálculo de su pensión, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la actora se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el

radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP Colfondos sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica; de suerte que aun cuando el acto de afiliación no tuvo un objeto ilícito como lo resalta Colfondos en su alzada, el traslado no puede reputarse eficaz, como quiera que no se demostró el cumplimiento del deber de información ante la demandante, siendo claro que contrario a lo afirmado por la AFP en mención, no se cumplió a cabalidad con las condiciones establecidas en la ley para su perfeccionamiento.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por las apoderadas de Porvenir y Protección sobre el punto, siendo importante precisar además que, si bien la orden de devolución de gastos de administración puede afectar el patrimonio de Protección como lo aduce su apoderada en su alzada, lo cierto es que ello se genera como consecuencia de la omisión al no brindar la información requerida a la demandante al momento del traslado.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta, a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos

en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones, los cuales deberán asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Excepción de prescripción-ineficacia de traslado

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

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

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de julio del 2020 por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



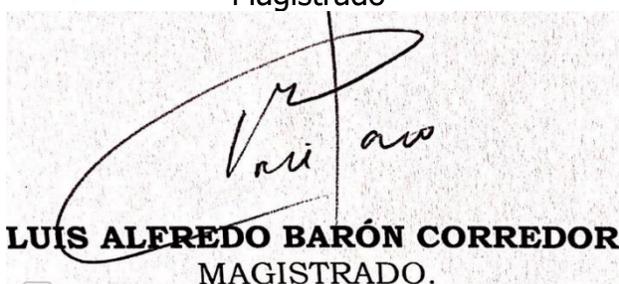
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARÍA CONSTANZA GARCÍA CAMARGO
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP PORVENIR-AFP PROTECCIÓN
RADICACIÓN: 1100131050-24-2017-00515-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA AFP PORVENIR-AFP PROTECCIÓN-
COLPENSIONES
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. LEIDY ALEJANDRA CORTÉS GARZÓN como apoderada la AFP PROTECCIÓN, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

Se reconoce personería para actuar al Dr. FRANCISCO JOSE MOLANO ACHURY como apoderado sustituto de la AFP COLFONDOS, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MARÍA CONSTANZA GARCÍA CAMARGO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR con el fin de que se DECLARE la nulidad de la afiliación efectuada por la actora al RAIS ante la omisión en el deber de información, así como que se encuentra válidamente afiliada al RPMPD, al cual nunca dejó de pertenecer. Como consecuencia, solicita se condene a la AFP PORVENIR a trasladar los aportes cotizados al RAIS; se condene a Colpensiones a aceptar esos aportes y a registrarla como su afiliada; se condene a Colpensiones a reconocer a su favor la pensión de vejez en los términos de la Ley 100 de 1993, desde el 1° de mayo de 2014;

se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita y a las costas del proceso. (fols. 3 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 1º de mayo de 1959; que cotizó al ISS desde el 9 de mayo de 1988 hasta el 30 de abril de 2006 un total de 561 semanas; que el 1º de diciembre de 2001 se trasladó a Porvenir, por cuanto los asesores de dicha sociedad le indicaron que se pensionaría con una mesada pensional de mayor valor y que accedería a la prestación de vejez a una edad más temprana; que Porvenir nunca ofreció elementos de juicio, ni información veraz y acorde con su situación, como tampoco suministró los datos legales suficientes para decidir de una forma consciente, cuál es el régimen pensional que más le convenía; que solicitó ante la AFP Porvenir y Colpensiones la nulidad de su afiliación y el traslado al RPMPD, lo cual fue negado por ambas demandadas.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 116), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la demandante se encuentra válidamente vinculada al RAIS, lo cual se encuentra debidamente acreditado por la voluntad de trasladarse y suscribir el formulario de afiliación. De otro lado, dijo que la convocante no reúne los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para retornar al RPMPD en cualquier tiempo. Propuso como excepciones de mérito las de buena fe, hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, prescripción y la genérica. (fols. 58 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PORVENIR. Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones. Indicó que el traslado de la demandante se efectuó con el lleno de los requisitos establecidos por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, como por las instrucciones impartidas por el ente que vigila y controla, es decir, la Superintendencia Financiera de Colombia, aunado a que no se acredita ni siquiera de manera sumaria lo deprecado por la parte actora. Dijo que para la procedencia de la nulidad del traslado se requiere demostrar efectivamente que la AFP omitió su deber de información para conseguir la vinculación de la persona interesada, empero en el presente caso, no se dan dichos presupuestos, en la medida que la afiliación estuvo precedida de la suficiente ilustración del RAIS. Propuso como excepción previa no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios y como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fols. 75 y s.s.).

5. Contestación de la AFP Protección en calidad de litisconsorcio necesario. Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones argumentando que brindó una asesoría integral y completa respecto a todas las implicaciones de su decisión, sin omitir información e indicando claramente todas las características del RAIS y su funcionamiento, así como los rasgos diferenciadores respecto del RPMDP; por manera que la vinculación de la actora se realizó de forma libre y espontánea, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, para lo cual firmó el formulario de afiliación en señal de aceptación. Propuso como excepciones de fondo las 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, traslado de aportes a Porvenir y la genérica. (fols. 134 y s.s.).

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 1º de julio de 2020 en la que la falladora declaró la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante a Colmena, cuyas obligaciones fueron asumidas por Protección S.A.; declaró que para todos los efectos legales la accionante nunca se trasladó al RAIS y en consecuencia, siempre permaneció en el RPMPD; ordenó a la AFP Porvenir a transferir a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la convocante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin realizar deducción alguna; ordenó a Colpensiones reactivar la afiliación de la demandante, así como actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros que deben trasladar las AFP demandadas; condenó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías a trasladar lo que haya deducido por concepto de gastos de administración y comisiones de los aportes que realizó la actora; condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a la convocante la pensión de vejez, dentro de los 60 días siguientes a la fecha en que las AFP demandadas trasladen los dineros referenciados; declaró no probada la excepción de prescripción; absolvió a Colpensiones de las demás pretensiones y no impuso condena en costas. (CD fol. 203).

La decisión de la Juez se basó en que Protección no acreditó que cumplió con el deber de información, pues no allegó elementos probatorios que dieran cuenta que asesoró a la demandante al momento en que ésta realizó la afiliación a dicha AFP y si le explicó o no las características del RAIS y del RPMPD, ya que ni siquiera aportó el formulario de afiliación, por tanto, aunque la convocante aceptó en su interrogatorio que suscribió dicho documento, el cual según su dicho hacía referencia a alguna información, lo cierto es que no existe certeza de ello, en la medida que la convocante no fue clara en precisar si lo leyó o no, situación que también sucedió con el formulario de Porvenir.

Sostuvo que cuando tuvo lugar el traslado entre administradoras de fondos de pensiones, tampoco se acreditó que Porvenir suministró la información, a pesar de indicarlo en su contestación de la demanda.

Señaló que la demandante demostró contar con 57 años y 1.386,86 semanas de cotización, de suerte que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual debe ser pagada por Colpensiones dentro de los 60 días siguientes a la fecha en que reciba los dineros provenientes de la AFP Porvenir y la AFP Protección, en tanto no existe certeza de la desafiliación de la convocante al Sistema General en Pensiones.

7. Impugnación y límites del ad quem. Una vez se le dio el uso de la palabra al apoderado de la **demandada AFP Protección** manifestó que en la Ley 100 de 1993 se reconoció a las administradoras de fondos de pensiones y al régimen público generar el cobro por concepto de gastos de administración y comisiones, como una retribución de las actividades administrativas y financieras tendientes a optimizar los recursos que los afiliados tienen en sus cuentas de ahorro, precisando que a ello se debe que la accionante tenga acreditados en la AFP Porvenir unos rendimientos sustancialmente importantes para la construcción de su pensión.

Por tanto, dijo que la orden de devolución de los gastos de administración y comisiones dirigida a la AFP Protección resulta excesiva, máxime que la sociedad ya efectuó el trámite de traslado de los dineros de la actora con destino a la AFP Porvenir. Por tanto, solicitó que se permita generar un cruce entre los rendimientos financieros reconocidos por Protección y los gastos de administración cobrados para que la demandante tenga acreditados esos rendimientos, con la deducción de los gastos de administración

cobrados, o como segunda alternativa, se absuelva a Protección de devolverlos y se ordene a Porvenir generar la devolución de estos conceptos con destino a Colpensiones, o en su defecto, que se retorne a Protección el dinero reconocido a título de rendimientos financieros, para que la sociedad en mención, pueda reconocer lo cobrado por gastos de administración, pues la ineficacia del traslado al RAIS implica retrotraer las cosas al estado inicial, por lo que no tiene sentido que la actora haya percibido un rendimiento.

Por su parte, la apoderada de la **AFP Porvenir** formuló recurso de apelación, indicando que no es procedente la ineficacia porque en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 se prevé su declaratoria cuando existen actos que impiden o atentan contra la afiliación del trabajador, lo cual tiene lugar cuando de manera dolosa se atenta contra la libertad del afiliado, lo que supone la intención de hacer daño, circunstancia que en el caso no se alegó ni se probó.

Dijo que, por el contrario, se observa que la demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, además, no adujo ni acreditó que para ese momento fuera una persona incapaz y tampoco demostró que la causa y el objeto del acto jurídico celebrado fuera ilícito, ni se acreditó que la convocada Porvenir actuara de mala fe.

Adujo que el formulario de afiliación no es solo un formato, amén que la demandante en su interrogatorio de parte confesó que no recuerda si lo leyó e inclusive manifestó que omitió leer el aparte en el que se garantiza el derecho al retracto, de suerte que no puede concluirse que no se le brindó la debida información. También destacó que el formulario es un documento público, que es prueba del cumplimiento de la Ley 100 de 1993, que en todo caso no fue tachado de falso, por lo que no puede restársele valor probatorio.

Manifestó que no pueden imponérsele cargas adicionales a las previstas en la ley, porque ello atenta contra el debido proceso y la confianza legítima; además, dijo que es objetivamente demostrable que la actora de manera libre y voluntaria decidió permanecer afiliada al RAIS, precisando que ello constituye una ratificación de su afiliación como lo ha definido la CSJ.

Indicó que, conforme a los salvamentos de voto de las sentencias proferidas por la CSJ, la ineficacia no debe ser declarada en todos los casos de manera automática, dado que se debe verificar la causación de un perjuicio claro y cierto, como la pérdida del régimen de transición, lo cual no ocurre en el presente caso, ya que la convocante no es beneficiaria del mismo.

Agregó que la Superintendencia de Sociedades indicó que, en caso de declararse la nulidad, los únicos valores a retornar son los aportes y rendimientos que reposan en la cuenta de ahorro individual del afiliado, más no los gastos de administración y comisiones, en tanto que ello generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, entidad que no fue administradora de dichos dineros.

La apoderada de **Colpensiones** también formuló recurso de apelación indicando que de las decalraciones y los documentos obrantes en el proceso se tiene que en el presente caso no existió un error de hecho, sino de derecho que se subsanó con el paso del tiempo, y no solo por la voluntad de la actora de formar el formulario de afiliación, sino con su vocación de permanecer en el RAIS por un período prolongado.

Señaló que al permitir el traslado de la convocante se estaría afectando la sostenibilidad financiera del sistema, por cuanto la cotización entre un régimen y otro varía, de manera que al trasladar los aportes a Colpensiones los rendimientos financieros no serían los mismos, afectando a todos los usuarios que aportan al RPMPD.

8. Alegatos demandante. Dijo que los demandados no han logrado desvirtuar de manera fehaciente la afirmación realizada acerca de no haber cumplido con el deber de información hacia la parte actora al momento de su afiliación para que esta pudiese tomar una decisión libre e informada sobre su régimen pensional, por manera que se debe hacer efectiva la sanción avistada en el Art. 271 de la ley 100 de 1993, la cual, en resumen, contempla que el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedor de las sanciones que allí se mencionan, y, además, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

9. Alegatos AFP PROTECCIÓN. Dijo que con la condena de primera instancia que ordena devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante más los rendimientos financieros generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante, y adicionalmente ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de administración realizada por PROTECCIÓN, por lo que la AFP tiene derecho a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor y no hay razón para tenérsela que trasladar a Colpensiones.

9. Alegatos AFP Porvenir. Indicó que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó, ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con Porvenir sea eficaz. Agregó que según el fallador de primer grado no allegó pruebas del cumplimiento de sus deberes para con la parte actora al momento de la vinculación, esto es entregar información, completa, veraz y oportuna, inferencia que no se ajusta a la realidad procesal, por cuanto cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto-, en la medida que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que la parte actora ha estado vinculada a la sociedad producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual es un documento que se presume auténtico, sino con la conducta de la afiliada, que permaneció por espacio de más de 21 años en el régimen de ahorro individual y permitió el descuento con destino al fondo privado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las demandadas se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iv) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuvieron un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (v) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (vi) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (vii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; (iv) ¿La demandante tiene derecho a que se le reconozca una pensión de vejez y a partir de cuándo?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: por error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora María Constanza cotizó al ISS entre el 9 de mayo de 1988 y el 30 de septiembre de 1994, siendo preciso advertir que si bien se observan cotizaciones entre el 1º de enero de 1995 y el 30 de abril de 2006, lo cierto es que las mismas reportan la observación "*Aporte Devuelto*", conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones ^(fols. 66 y s.s.); que el 30 de septiembre de 1994, se afilió a la AFP Colmena hoy Protección, según da cuenta el reporte de Asofondos ^(fol. 160); que el 25 de octubre de 1999 firmó la solicitud de afiliación a la AFP PORVENIR, según se constata en el formulario de afiliación ^(fol. 86); traslado que se hizo efectivo a partir del 1º de diciembre de 1999 conforme lo certifica la AFP PORVENIR. ^(fol. 85).

Carga probatoria y deber de Información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma recae en las AFP, no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de**

la documentación así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN como acertadamente lo encontró la falladora de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora MARÍA CONSTANZA GARCÍA CAMARGO, acerca del cálculo de su pensión, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema. No siendo atendible lo indicado por la apoderada de la AFP Porvenir, en cuanto a que no puede concluirse que a la demandante no se le brindó información por su sola manifestación en su interrogatorio de no recordar sobre la asesoría que le fue dada, en primer lugar, porque ella nunca hizo esa indicación en su declaración de parte, y en segundo lugar, porque analizada la misma, no se advierte confesión en torno al cumplimiento del deber de información en debida forma.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la actora se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, las AFP sí estaban en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del régimen de transición o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento a la actora, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Por tanto, no resulta atendible lo indicado por la AFP Porvenir, en cuanto a que debe verificarse si a la actora se le generó algún perjuicio como la pérdida del régimen de transición, menos aun tomando como sustento salvamentos de voto, pues lo que tiene alcance y resulta vinculante para el caso es la decisión mayoritaria de la CSJ.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por los apoderados de Porvenir y Protección, y por ende, no deben considerarse las alternativas formuladas por esta última sociedad, pues es claro que la devolución de los gastos de administración y comisiones, conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ, debe proceder de sus propias utilidades, como acertadamente lo indicó el *a quo* en sus consideraciones; no obstante, como en la parte resolutive la falladora de primera instancia no fue clara al imponer dicha condena en cabeza de la AFP Protección se modificará el respectivo numeral, para realizar esa precisión.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta, a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, contrario a lo indicado por dicha entidad en su apelación, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberán asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción-ineficacia de traslado

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

Pensión de vejez ley 797 del 2003

Para acceder a una pensión de vejez bajo los parámetros del art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9º de la Ley 797 del 2003, se debe cumplir siendo mujer con 57 años de edad a partir del 1º de enero del 2014 y se requiere contar con 1300 semanas a partir del año 2015.

i) edad

La demandante acreditó el requisito de la edad, como quiera que nació el 1º de mayo de 1959, conforme aparece en la copia de su cédula de ciudadanía, visible a folio 9; siendo claro que cumplió los 57 años requeridos el **1º de mayo del 2016**.

ii) semanas

Una vez revisada la historia laboral expedida por la AFP PORVENIR se evidencia que la demandante también cumple con este requisito, pues cuenta con un total de 1386 semanas en toda su vida laboral.

Por tanto, la actora tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003, tal y como lo determinó el Juzgado de primera instancia.

Es pertinente señalar que para entrar a disfrutar de la pensión aquí reconocida es necesaria la desafiliación del sistema, conforme lo exige el art. 13 del A. 049 de 1990, la cual no se encuentra acreditada en el presente caso, pues nótese que, al 25 de mayo de 2018, fecha en la que la AFP Porvenir contestó la demanda, la actora aún se encontraba realizando aportes a dicha sociedad (fols. 75 y 107).

De esta manera, la decisión de primera instancia habrá de modificarse, en el sentido que la pensión de la actora debe ser reconocida a partir de la fecha en que se reporte su desafiliación y deberá ser liquidada por Colpensiones conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicándole una tasa de reemplazo de acuerdo a lo establecido en el art. 34 de dicha normatividad; además, la misma procede por 13 mesadas al año, conforme a lo parámetros establecidos por el Acto Legislativo 001 de 2005.

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

RESUELVE

PRIMERO. – MODIFICAR el numeral quinto de la sentencia proferida el 1º de julio del 2020 por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, en el sentido de CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES lo que haya deducido por concepto de gastos de administración y comisiones de los aportes que realizó la demandante mientras permaneció afiliada a dicha sociedad, lo cual deberá asumir de sus propias utilidades.

SEGUNDO. – MODIFICAR el numeral sexto de la sentencia proferida el 1º de julio del 2020 por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la demandante, conforme a los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, por 13 mesadas al año, una vez ésta acredite su desafiliación del sistema, debiendo calcular su monto aplicando el IBL más favorable

según el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y aplicándole una tasa de reemplazo de acuerdo a lo establecido en el art. 34 de dicha normatividad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- SIN COSTAS en esta instancia.

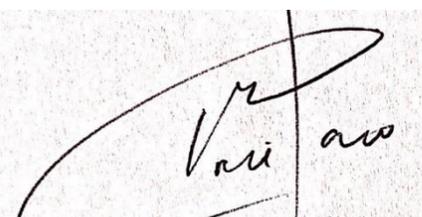
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MIRIAM ROSALBA PEÑA SUÁREZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y AFP PORVENIR
RADICACIÓN: 1100131050-26-2019-00743-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA AFP PORVENIR
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MIRIAM ROLSABA PEÑA SUÁREZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR con el fin de que se DECLARE la nulidad, la ineficacia e inoperancia de la afiliación efectuada al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. ante la omisión de dicha sociedad del deber de información. Como consecuencia, solicita se condene a la AFP PORVENIR a devolver a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de su vinculación, como cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos que se hubieren causado; se condene a Colpensiones a recibirla como afiliada del RPMPD, así como a recibir los valores provenientes de la AFP Porvenir y contabilizarlos para efectos pensionales; se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita y a las costas del proceso. (fols. 2 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 2 de enero de 1962; que el 19 de junio de 1986 se afilió al ISS; que el 22 de septiembre de 2006 suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir; que la AFP en mención omitió el deber de informar que al trasladarse de régimen no podría retornar al RPMPD, dado que para ese momento contaba con 44 años y debía permanecer en el RAIS por lo menos 5 años; que tampoco fue asesorada de manera completa, clara, transparente, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las diferencias entre uno u otro régimen pensional, las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los beneficios, riesgos y desventajas del mismo; que solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen pensional,

el cual fue negado por dicha entidad; que también petitionó la nulidad o ineficacia de su traslado, lo cual le fue negado por Colpensiones.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fols. 65 a 66), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la parte demandante se encuentra válidamente vinculada a Porvenir y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a dicha sociedad. De otro lado, dijo que la convocante no reúne los requisitos establecidos en las sentencias C-1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, para retornar al RPMPD. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos. (fols. 71 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PORVENIR. Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones. Indicó que la información suministrada a la actora se encuentra acorde con las disposiciones legales y lo dispuesto por el ente de control, que para el caso corresponde a la Superintendencia Financiera de Colombia, por manera, que la convocante tomó una decisión informada y consciente, lo cual se evidencia, en tanto suscribió el formulario de afiliación al RAIS, manifestando pleno conocimiento en el proceso de vinculación. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fols. 163 y s.s.).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 7 de julio de 2020 en la que la falladora declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante al RAIS; condenó a la AFP Porvenir a transferir los aportes realizados por la demandante a Colpensiones, junto con los rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; ordenó a Colpensiones a aceptar dicha transferencia y contabilizar, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la AFP Porvenir. (CD fol. 184).

La decisión de la Juez se basó en que de conformidad con lo establecido por la CSJ, debe verificarse en los casos como el presente, si el acto jurídico del traslado resulta ineficaz, para lo cual la AFP debe acreditar que garantizó una decisión debidamente autónoma y consciente.

Dijo que del formulario suscrito por la demandante no se desprende la asesoría que se le brindó a la fecha del traslado, tampoco se advierte confesión en la declaración de parte, dado que la actora únicamente dio cuenta de algunas características del RAIS, las cuales en todo caso no fueron explicadas de forma adecuada y suficiente, dado que la información suministrada fue sesgada y solo se explicó lo que podría ser un beneficio, sin precisar cómo podría acceder al mismo y bajo qué circunstancias.

Finalmente, adujo que a la demandante tampoco se le informó de manera comparativa con el RPMPD, por tanto, concluyó que es procedente acceder a la ineficacia del traslado.

6. Impugnación y límites del ad quem. Una vez se le dio el uso de la palabra a la apoderada de la **demandada AFP Porvenir** manifestó que no es procedente la ineficacia porque en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 se prevee su declaratoria cuando existen actos que impiden o atentan contra la afiliación del trabajador, lo cual

tiene lugar cuando de manera dolosa se atenta contra la libertad del afiliado, lo que supone la intención de hacer daño, circunstancia que en el caso no se alegó ni se probó.

Dijo que por el contrario, se observa que la demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, además, no adujo ni acreditó que para ese momento fuera una persona incapaz, amén que es contadora, y si bien no tiene amplios conocimientos en temas pensionales, sí sabe mucho más respecto de la afiliación al RAIS, era conciente del traslado y tampoco demostró que la causa y el objeto del acto jurídico celebrado fuera ilícito, ni se presentaron las circunstancias que se discriminan en los artículos 1511 y 1512 del C.C.

Adujo que Porvenir ha actuado de buena fe y ha cumplido con las disposiciones legales; además, señaló que el formulario de afiliación no es solo un formato, pues se trata de un documento público que se presume auténtico y que está avalado por la ley, que es prueba del cumplimiento de la Ley 100 de 1993, en su artículo 14, advirtiendo que en todo caso no fue tachado de falso y antes de ser firmado por la demandante, ésta tuvo una asesoría porque así lo confesó.

Manifestó que la actora ha estado afiliada a Porvenir por un término de 14 años, realizando aportes fijos, de manera que su conducta constituye la verificación de la voluntad de la afiliada.

Finalmente, indicó que conforme a los salvamentos de voto de las sentencias proferidas por la CSJ, la ineficacia no debe ser declarada en todos los casos de manera automática dado que se debe verificar la causación de un perjuicio claro y cierto, como la pérdida del régimen de transición, lo cual no ocurre en el presente caso, dado que la convocante no es beneficiaria del mismo.

7. Alegatos Colpensiones. Indicó que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales.

8. Alegatos AFP Porvenir. Indicó que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con Porvenir sea eficaz. Agregó que según el fallador de primer grado no allegó pruebas del cumplimiento de sus deberes para con la parte actora al momento de la vinculación, esto es entregar información, completa, veraz y oportuna, inferencia que no se ajusta a la realidad procesal, por cuanto cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto-, en la medida que aportó los documentos que en tenía su poder para demostrar que la parte actora ha estado vinculada a la sociedad producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual es un documento que se presume auténtico, sino con la conducta de la afiliada, que permaneció por espacio de más de 14 años en el régimen de ahorro individual y permitió el descuento con destino al fondo privado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iv) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Miriam Rosalba Peña Suárez cotizó al ISS entre el 19 de junio de 1986 y el 30 de noviembre de 2006, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fols. 26 a 27); que el 22 de septiembre de 2006, firmó la solicitud de afiliación a la AFP PORVENIR, según se constata en el formulario de afiliación (fol. 47); la cual se hizo efectiva a partir del 1º de noviembre de 2006. (fol. 141).

Carga probatoria y deber de Información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal

b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quienes en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2006- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A. como acertadamente lo encontró la falladora de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **MIRIAM ROLSABA PEÑA SUÁREZ**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14

y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, lo cual no se constató en el presente caso, y mucho menos de su declaración de parte, contrario a lo afirmado por la apoderada de Porvenir.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del régimen de transición o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento a la actora, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Por tanto, no resulta atendible lo indicado por la parte recurrente, en cuanto a que debe verificarse si a la actora se le generó algún perjuicio como la pérdida del régimen de transición, menos aun tomando como sustento salvamentos de voto, pues lo que tiene alcance y resulta vinculante para el caso es la decisión mayoritaria de la CSJ.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES,

con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades**, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

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

RESUELVE

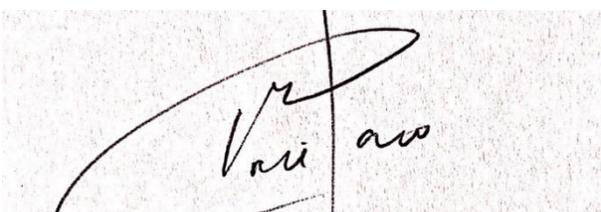
PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de julio del 2020, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ALBA LUSCÍA CASTRO PERDOMO
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP PORVENIR
RADICACIÓN: 1100131050-03-2019-00528-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA AFP PORVENIR-COLPENSIONES
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar al Dr. JOHN JAIRO RODRÍGUEZ BERNAL como apoderado de PORVENIR, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. ALBA LUSCÍA CASTRO PERDOMO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR con el fin de que se DECLARE la nulidad o ineficacia de la afiliación efectuada por la actora al RAIS por existir error que vició el consentimiento, así como que se encuentra afiliada a COLPENSIONES sin solución de continuidad. Como consecuencia, se condene a la AFP PORVENIR devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que figuren en su cuenta de ahorro individual, tales como aportes, rendimientos, bonos pensionales y comisiones; se ordene a Colpensiones recibir dichos dineros; se condene a las costas del proceso. (fols. 3 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 24 de agosto de 1962; que cotizó al ISS desde el 17 de enero de 1989 hasta el 31 de mayo de 1997 un total de 409 semanas; que en junio de 1997 se trasladó a la AFP Porvenir, sociedad que no cumplió con el deber de información necesaria e ilustración relacionada con las consecuencias del traslado; que lo indicado por el asesor de la AFP se relacionó con la inminente desaparición del ISS y la pérdida de los aportes efectuados a dicha entidad, asimismo, le indicó que se pensionaría a los 55 años de edad con una mesada superior a la que obtendría en el RPMPD; que al 13 de mayo de 2019 acredita un total de 1.122 semanas; que mediante simulación pensional la AFP Porvenir le indicó que su pensión sería reconocida cuando cumpliera los 61 años de edad en un monto equivalente a un SMLMV; que solicitó su traslado ante Colpensiones, lo cual no ha sido resuelto por dicha entidad.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 80), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que de las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que la accionante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP Porvenir. Dijo que a la convocante le faltan menos de 10 años para adquirir la edad de pensión y no cuenta con 15 años de servicios cotizados al 1º de abril de 1994, de manera que no puede retornar al RPMPD en cualquier tiempo. Propuso como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del Sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política) inexistencia de la obligación de afiliación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica. (fols. 42 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PORVENIR. Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la parte actora no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia o nulidad de la afiliación, en tanto que su elección de régimen obedeció a una decisión libre y voluntaria, precedida del cumplimiento en el deber de información por parte del fondo, amén que no es procedente solicitar la ineficacia o nulidad invocando requisitos que no existían a cargo de las AFP para la fecha del traslado. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fols. 105 y s.s.).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 8 de septiembre de 2020 en la que el fallador declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la AFP Porvenir el 26 de mayo de 1997 para entenderla vinculada en forma válida al RPMPD administrado por Colpensiones; condenó a la AFP Porvenir trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la actora por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, bonos pensionales, rendimientos financieros e intereses causados; ordenó a Colpensiones aceptar el traslado de los dineros que efectúe Porvenir para que proceda a activar la afiliación como si nunca se hubiere trasladado del RPMPD y asimismo, actualice la información de la historia laboral de la convocante; declaró no probada la excepción de prescripción, y condenó en costas a la AFP Porvenir.

La decisión del Juez se basó en que el formulario de afiliación es la única prueba que existe en relación con el traslado al RAIS realizado por la actora, el cual no cumple a cabalidad con la formalidad establecida por el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, para que el mismo se repute válido.

Agregó que en todo caso, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra el deber de suministrar información suficiente clara y oportuna al afiliado al momento del traslado, lo cual fue precisado y ampliado por la CSJ, cuya jurisprudencia también determinó que el formulario de afiliación no tiene la virtud de precisar que se cumplió con ese deber, dado que da fe de un consentimiento, pero no informado.

Señaló que la AFP demandada no logró demostrar durante el debate probatorio que garantizó a la actora durante su traslado toda esa información veraz, oportuna, concreta

y particularizada sobre las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, así como las características de cada uno, lo cual torna en ineficaz dicho acto.

6. Impugnación y límites del ad quem. Una vez se le dio el uso de la palabra a la apoderada de la **AFP Porvenir** ésta indicó que para el momento en que tuvo lugar el traslado de la accionante, el ordenamiento jurídico no determinaba en una forma concreta que las AFP debían brindar una información, ni tampoco se estableció la obligación de documentar la asesoría brindada, más allá del formulario de afiliación, por manera que no se requieren pruebas distintas a dicha documental, máxime que la misma se llevaba a cabo de manera verbal.

Dijo que ese formulario cumple con los presupuestos establecidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994; asimismo, indicó que la afiliación de la convocante ocurrió hace más de 20 años, por lo que es natural que no recuerde la totalidad de la información que le fue brindada, de manera que no puede concluirse que no se le suministró.

Sostuvo que la demandante no retornó al RPMPD cuando podía hacerlo, además no contempló la posibilidad de asesorarse y hacerle seguimiento a su cuenta de ahorro individual, pues ésta como consumidora financiera debió actuar con mediana diligencia, debiendo entonces obtener información sobre el acto que suscribió.

Precisó que la actora simplemente se encuentra inconforme con el valor de la mesada pensional que recibiría en el RPMPD, lo cual desdibuja los requisitos para la procedencia de la ineficacia reclamada.

Finalmente, solicitó excluir de la condena impuesta, los gastos de administración y comisiones.

El apoderado de **Colpensiones** también formuló recurso de apelación indicando que el formulario de afiliación cumple con los requisitos establecidos en el artículo 12 del Decreto 692 de 1994, lo cual no fue valorado por el Despacho.

Agregó que el precedente vertical no puede aplicarse al caso porque sobre la procedencia del traslado de régimen ya se pronunció la Corte Constitucional en sentencia SU 062 de 2010, en la cual estableció los requisitos que hacen procedente el mismo en cualquier tiempo, posición jurisprudencial que además es desconocida por la Corte Suprema de Justicia, quien al respecto solo exige el desconocimiento del deber de información, a pesar que por mandato constitucional, priman los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

Adujo que la decisión de primera instancia afecta a la demandante porque ya no debe cotizar 1.250 semanas en el RAIS, sino 1300 semanas en el RPMPD para consolidar su derecho pensional, siendo claro que no se verificaron las circunstancias particulares de la actora.

Sostuvo que la declaratoria de ineficacia igualmente desconoce el principio de sostenibilidad financiera, y no considera el daño antijurídico que se le genera a Colpensiones porque los dineros que se deben retornar no tienen una indexación de la moneda, que no se compensa con los rendimientos financieros.

7. Alegatos demandante. Indicó que reiteraba los argumentos expuestos en la primera instancia y solicitó declarar la ineficacia de su traslado para que con justicia y equidad pueda retornar al RPMPD, a fin de pensionarse con condiciones que dignifiquen su existencia.

8. Alegatos Colpensiones. Dijo que se acreditó que no resulta procedente invertir la carga de la prueba y, por lo tanto, dado que dentro del trámite del proceso no se demostró la concurrencia de vicio alguno al momento en que la señora ALBA LUSCIA CASTRO PERDOMO efectuó su traslado al RAIS se deberá declarar la validez del mismo y por lo tanto absolver a Colpensiones.

9. Alegatos AFP Porvenir. Sostuvo que para la fecha en que se materializó el traslado de la demandante no se encontraba en cabeza de las AFP el deber de buen consejo (Decreto 2555 de 2010), según el cual se deben estudiar de manera completa los antecedentes del potencial afiliado hasta llegar al punto de desincentivar la afiliación. Tampoco se encontraba en cabeza de las AFP el deber de doble asesoría (Ley 1748 de 2014), en el que además de exponer las características de los dos regímenes pensionales, se debe poner a disposición de los futuros afiliados herramientas financieras para hacer proyecciones pensionales. Igualmente, señaló que la demandante en su interrogatorio de parte admitió que su traslado al Régimen de Ahorro Individual se realizó de manera voluntaria y sin presiones, fundamentado en la información que le suministraron sobre las características del Régimen de Ahorro Individual. Lo anterior, y de acuerdo con el Salvamento de voto de la Sentencia SL-1452 de 2019, da cuenta de que no se debe crear una regla jurisprudencial en plano, para todos los casos, más aún cuando la demandante no era beneficiaria del régimen de transición.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP POVENIR hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información? (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: por error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989

del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Alba Luscía Castro Perdomo cotizó al ISS entre el 17 de enero de 1989 y el 31 de mayo de 1997 conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 68); y que el 26 de mayo de 1997 se afilió a la AFP Porvenir, según da cuenta el formulario de afiliación (fol. 31).

Deber de Información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PORVENIR, lo cual no fue objeto de alza por ninguna de las partes.

Ahora, lo que debe precisarse, es que tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los riesgos que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que, no le corresponda al afiliado sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que la misma fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de suministrar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar por parte de la AFP para la época en que la demandante realizó el traslado al RAIS –año 1997- si bien no se requería de una doble asesoría, pues dicha obligación nace con la expedición de la Ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 del 2015, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que para esa fecha se debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica hacer un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora ALBA LUSCÍA CASTRO PERDOMO, acerca del cálculo de su pensión, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema. No siendo atendible lo indicado por la apoderada de

la AFP Porvenir, en cuanto a que no puede concluirse que a la demandante no se le brindó información por cuanto ésta no recuerda la asesoría que le fue dada, en primer lugar, porque ella nunca hizo esa indicación en su declaración de parte y, en segundo lugar, porque analizada la misma, no se advierte confesión en torno al cumplimiento del deber de información en debida forma.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la actora se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, lo cual dicho sea de paso podía acreditar mediante cualquier medio de convicción en virtud del principio de libertad de la prueba.

Adicionalmente, ha de decirse que no resulta de recibo lo indicado por el apoderado de Colpensiones, en cuanto a que en el presente caso debe primar el criterio jurisprudencial definido por la Corte Constitucional en la sentencia SU 062 de 2010, pues como él bien lo refirió, en dicha decisión la Alta Corporación reiteró las condiciones bajo las cuales un beneficiario del régimen de transición puede trasladarse en cualquier tiempo al RPMPD, lo cual no resulta aplicable al presente caso, como quiera que la litis no versa sobre la solicitud de traslado de régimen pensional, sino sobre una temática distinta, como lo es la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a **devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias**

utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por la apoderada de Porvenir sobre el punto, no obstante, se advierte que en el Juzgado de primera instancia no fue claro al imponer dicha condena en cabeza de dicha AFP por manera que se adicionará la sentencia para realizar esa precisión.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta, a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, contrario a lo indicado por dicha entidad en su apelación, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones, los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-), siendo importante advertir, además, que en el presente caso no se encuentra acreditado el perjuicio que alega Colpensiones en su recurso de apelación al ordenarse la devolución de los valores que se acaban de mencionar.

Igualmente, ha de precisarse que no es cierto, como lo afirma Colpensiones que la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la actora al RAIS le genere igualmente un perjuicio a ella, en tanto que en el RPMPD debe completar un total de 1300 semanas, faltándole 3 años adicionales de cotizaciones, pues nótese que de conformidad con la proyección pensional que le realizó la AFP Porvenir, la actora tendría derecho a su pensión a partir de los 60 años de edad (fol. 36), es decir, dentro del mismo término de 3 años, ya que conforme a la copia de su cédula de ciudadanía, dicha edad la cumpliría el 24 de agosto de 2022 (fol.19).

Excepción de prescripción-ineficacia de traslado

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, y por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

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

RESUELVE

PRIMERO. – ADICIONAR la sentencia proferida el 8 de septiembre del 2020 por el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, en el sentido de CONDENAR a la AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES lo que haya deducido por concepto de gastos de administración y comisiones mientras la demandante permaneció afiliada a dicha sociedad, los cuales deberán asumir de sus propias utilidades. Asimismo, se ordena a COLPENSIONES a recibir dichas sumas de dinero.

SEGUNDO. – CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí estudiada.

TERCERO. - SIN COSTAS en esta instancia.

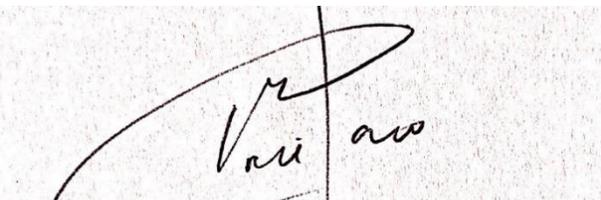
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARÍA TERESA RESTREPO TIBABUZO
DEMANDADO: COLPENSIONES-AFP PROTECCIÓN-AFP COLFONDOS
RADICACIÓN: 1100131050-32-2019-00265-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. María Teresa Restrepo Tibabuzo instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, la AFP PROTECCIÓN y la AFP COLFONDOS con el fin de que se DECLARE la nulidad de su traslado realizado al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN S.A. por el incumplimiento del deber legal de información, así como los traslados realizados a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN y la AFP COLFONDOS. Como consecuencia, solicita se retrotraigan las cosas al estado anterior y se ordene a COLPENSIONES a considerarla como su afiliada, como si nunca se hubiere trasladado de régimen; se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 2 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que se trasladó a Protección el 20 de octubre de 1997, cuyo asesor no le brindó información completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en el RMPD y en el RAIS, tampoco se le hizo un estudio de su situación particular, pues solo se le ilustró sobre los beneficios que podrían obtenerse al hacer efectivo su traslado; que el 12 de mayo de 1999 se trasladó a la AFP Colmena hoy Protección y el 16 de agosto de 2002 se vinculó a la AFP Colfondos; que nació el 8 de noviembre de 1960, motivo por el cual cumplió 57 años el 8 de noviembre de 2017; que Colfondos le realizó una simulación pensional del plan de vida bajo la modalidad de retiro programado, el cual arrojó que no tendría derecho a la pensión de vejez; que reclamó ante Colpensiones la nulidad de su traslado, petición que fue resuelta por la entidad en sentido desfavorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 96), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones que fueron formuladas en su contra argumentando que no es posible efectuar el traslado de régimen incoado por la demandante, ya que actualmente se encuentra inmersa en la prohibición temporal establecida en la ley para el efecto. Agregó que el precedente de la CSJ declaró la nulidad de traslado de personas que eran beneficiarias del régimen de transición, condición que no acredita la parte actora. Finalmente, adujo que no se advierte causal de nulidad del acto de afiliación. Propuso como excepciones de mérito las de validez de la afiliación al RAIS, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y la genérica. (fols. 105 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PROTECCIÓN. Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones. Indicó que la actora se afilió de manera libre y voluntaria, lo cual manifestó a través del formulario que suscribió, el cual reúne las condiciones establecidas en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Agregó que brindó una asesoría completa y comprensible a la accionante al momento de realizar su afiliación, la cual se efectuó de acuerdo a la normatividad de la época y a las exigencias existentes para ese momento. Finalmente, precisó que en el caso no concurren ninguno de los vicios del consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las 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 genérica. (fols. 145 y s.s.).

5. Contestación de la AFP COLFONDOS. Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones argumentando que brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, además, se le asesoró de las características del régimen, su funcionamiento, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, así como el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Agregó que no se aportan elementos de juicio que permitan demostrar que la vinculación de la actora a la sociedad, fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento, amén que suscribió el formulario de vinculación al RAIS de manera libre y con su consentimiento expreso, como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad, compensación y pago. (fols. 132 y s.s.)

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de agosto de 2020 en la que el fallador de primera instancia declaró probadas las excepciones denominadas validez de la afiliación al RAIS, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir y, en consecuencia, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda; finalmente, condenó en costas a la convocante (CD fol. 145)

La decisión del Juez se basó en que de conformidad con la jurisprudencia de la CSJ el deber de información existe desde la creación de las administradoras de fondos de pensiones, quienes deben atenderlo frente a sus afiliados, a fin de que éstos puedan adoptar una decisión conciente y libre sobre su futuro pensional, debiéndose verificar entonces el cumplimiento de esa obligación al momento en que se efectúe el traslado,

que para este caso tuvo lugar en el año 1997, siendo ello de carga de la prueba de la AFP demandada.

Dijo que, en el presente caso al analizar el interrogatorio de parte de la actora, se observa que ésta se siente engañada porque se le dijo que el ISS iba a desaparecer cuando en realidad ello no ocurrió, sin embargo, no es cierto lo indicado por la demandante, por cuanto dicha entidad sí se liquidó y se dio paso a una entidad diferente, esto es, a Colpensiones.

Agregó que conforme al dicho de la actora, le señalaron que se podía pensionar a cualquier edad, no obstante, nunca la llamaron para el efecto, incurriendo así la demandante en una imprecisión, en la medida que es ella quien debe solicitar el reconocimiento pensional.

Indicó, además, que la accionante en su declaración afirmó que cuando realizó su traslado al RAIS se encontraba laborando para el Inurbe, lo cual no es cierto de conformidad con la información suministrada por los documentos adosados al proceso; también, sostuvo que, según la accionante, a ésta se le indicó que su mesada pensional iba a ser de un valor mayor, lo cual se corresponde no con una negación indefinida, sino con una afirmación que debió ser probada en el proceso.

En ese orden, concluyó que del dicho de la convocante se observa una inconformidad sobre el valor de su mesada pensional, además obran proyecciones pensionales que pretenden acreditar el presunto perjuicio que se le causó, que en todo caso son imprecisas y no se corresponden entre sí; sumado a ello, la accionante no recuerda muy bien el momento de su traslado y lo que se observa de su dicho es que sí existió alguna información, lo cual deviene en la improcedencia de la ineficacia de su traslado.

7. Impugnación y límites del ad quem. Una vez se le dio el uso de la palabra el apoderado de la **demandante** manifestó que se equivoca el Juzgado al afirmar a partir del interrogatorio de parte rendido por ella, que se le brindó alguna información veraz por parte de la AFP demandada y que su dicho antes que corresponderse con negaciones indefinidas, fueron afirmaciones que radicaron la carga de la prueba en cabeza suya.

Agregó que a la demandante se le indicó que el ISS iba a desaparecer, y cuando ella sostuvo que eso no fue cierto, se refería al régimen en general, que en efecto no desapareció, como tampoco la garantía estatal de su prestación; además, se le dijo que su pensión iba a ser superior, cuando ello no se corresponde con la realidad, precisando que si el fondo privado hubiere hecho el respectivo comparativo, no le hubiere generado ese error a la convocante.

En ese orden, sostuvo que a la actora se le dio una información sesgada en torno a las ventajas del RAIS, pero nada se le indicó en relación con sus desventajas, por manera que se equivoca el *a quo* al sostener que sí se le brindó una información, y que además la misma fue certera.

Señaló que el Juzgado no valoró el allanamiento de Colfondos, ni tuvo en consideración lo dicho por Colpensiones en sus alegaciones, pues simplemente centró su atención en las imprecisiones en las que incurrió la actora en su declaración de parte, para a partir de ellas deducir que hubo una debida asesoría.

Así las cosas, solicita al Tribunal analizar la información que se le brindó a la convocante a la fecha de su traslado al RAIS, pues así se podrá constatar que no se le documentó de manera adecuada, suficiente y oportuna, sumado a que de su declaración no puede extraerse ninguna confesión, ni tampoco afirmación que deba ser objeto de prueba.

Finalmente, señaló que el fallador de primera instancia no valoró el interrogatorio rendido por Portección, en el que claramente se dijo que la entidad no tiene ninguna prueba relacionada con el momento del traslado y desconoce la ubicación de la persona que asesoró a la accionante.

8. Alegatos demandante. Dijo que tiene derecho a que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado el día 20 de octubre de 1997 con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y los posteriores traslados entre AFP, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de su situación personal y concreta, y como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dichos traslados, se deben retrotraer las cosas a su estado anterior y ordenar a Colpensiones a tenerla en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático.

9. Alegatos Colpensiones. Solicitó que se mantenga incólume la sentencia proferida por el juez de primera instancia en su totalidad, toda vez que como quedó demostrado dentro del plenario frente a la solicitud de ineficacia del traslado, la parte demandante se trasladó a la AFP PROTECCION S.A. de manera válida y con plena voluntad, quien por decisión propia firmó los formulario de afiliación. Agregó que la demandante no ha demostrado la supuesta falta de información por parte de los asesores de la AFP demandada, de manera que no puede predicarse una ineficacia de este acto jurídico, puesto que no se logra demostrar la existencia de los presupuestos fácticos que darían lugar a esta.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora María Teresa Restrepo Tibabuzo cotizó al ISS entre 1º de mayo de 1987 y el 30 de junio de 1997, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones ^(fol. 122); que el 20 de octubre de 1997, firmó la solicitud de afiliación a la AFP PROTECCIÓN, según se constata en el formulario de afiliación ^(fol. 12). Igualmente, se observa que la accionante el 12 de diciembre de 1999, se trasladó a la AFP COLMENA ^(fol. 13), y finalmente, el 16 de agosto de 2002, se afilió a la AFP COLFONDOS.

Carga probatoria y deber de Información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en las AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que

fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PROTECCIÓN y la AFP COLFONDOS S.A., contrario a lo afirmado por el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora María Teresa Restrepo Tibabuzo, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema. Lo anterior, ni siquiera se puede advertir del interrogatorio de parte rendido por la actora (CD fol. 208), pues señaló que solo se le dijo que el ISS iba a desaparecer, que se podía pensionar más joven y que su mesada pensional sería mejor en el RAIS.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, las AFPs sí estaban en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP's privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 10 de agosto de 2020, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado al RAIS por la señora MARÍA TERESA RESTREPO TIBABUZO identificada con la cédula de ciudadanía 51.603.343, y en consecuencia, se ordena a la AFP COLFONDOS que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones, los cuales debe asumir de sus propias utilidades.

SEGUNDO.- CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a Colpensiones lo recibido por concepto de gastos de administración y comisiones con ocasión a la afiliación de la actora, lo cual deberá asumir de sus propias utilidades.

TERCERO.- CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los aportes provenientes de la AFP PROTECCIÓN S.A. y de la AFP COLFONDOS S.A. y a reactivar la afiliación de la demandante al régimen administrado por ésta.

CUARTO.- SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de la AFP PROTECCIÓN, de la AFP COLFONDOS y de COLPENSIONES

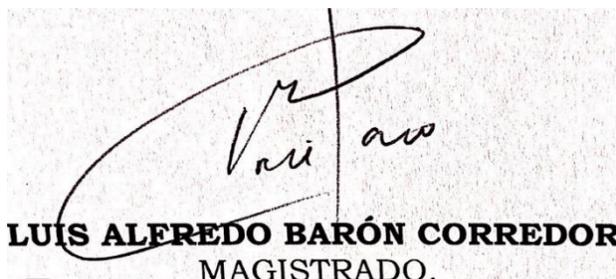
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARTA MONROY GARCÍA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN
RADICACIÓN: 1100131050-08-2018-00504-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Marta Monroy García instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN con el fin de que se DECLARE la nulidad, la ineficacia o la inexistencia de la afiliación efectuada al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN S.A.; asimismo, se declare que siempre ha permanecido en el RPMPD sin solución de continuidad. Como consecuencia, solicita se condene a la AFP PROTECCIÓN a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos y cotizaciones, recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que éstos han estado en poder de la AFP; se ordene a Colpensiones reactivar su afiliación al RPMPD, así como recibir los aportes y rendimientos provenientes de la AFP Protección y actualizar o corregir su historia laboral; se condene a Protección al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados, estimados en la suma de 200 SMLMV o la suma que el juez considere; se condene a las costas del proceso. (fols. 5 y s.s.; subsanación fols. 88 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 16 de julio de 1959; que hacia el año 1977 se afilió al ISS; que posteriormente, laboró a favor de una entidad pública, motivo por el cual cotizó a Cajanal; que en septiembre del año 2000 suscribió formulario de afiliación con la AFP Protección; que los asesores de la sociedad en mención no le informaron sobre los riesgos de su traslado, como

tampoco respecto de las características y naturaleza del RAIS; que lo único que le fue indicado al momento de su traslado consistió en que su condición pensional sería mucho más ventajosa, que el RPMPD desaparecería y que el monto pensional sería mayor; que solicitó ante la AFP Protección la anulación de su afiliación, la cual fue resuelta en sentido desfavorable; que igualmente, petitionó a Colpensiones activar su afiliación, lo cual fue resuelta de manera negativa.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 143), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que dentro del proceso obran medios de convicción que demuestran que el traslado efectuado por la accionante se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado suministró la totalidad de la información respecto de los efectos que le acarrearía el mismo. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica. (fols. 145 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PROTECCIÓN. Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones. Indicó que la actora se afilió de manera libre y voluntaria, lo cual manifestó a través del formulario que suscribió, el cual reúne las condiciones establecidas en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Agregó que brindó una asesoría completa y comprensible a la accionante al momento de realizar su afiliación, la cual se efectuó de acuerdo a la normatividad de la época y a las exigencias existentes para ese momento. Finalmente, precisó que en el caso no concurren ninguno de los vicios del consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las 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 genérica. (fols. 163 y s.s.).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 3 de julio de 2020 en la que la falladora absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra y declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación. No impuso condena en costas. (CD fol. 230)

La decisión de la Juez se basó en que la actora solicitó su traslado de régimen cuando ya no podía hacerlo, dado que le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión y al 1º de abril de 1994 no contaba con 15 años de servicios cotizados.

Adujo en cuanto a la nulidad reclamada, que la AFP cumplió con la carga de la prueba, pues la demandante en su interrogatorio de parte, manifestó que se le informó sobre las características propias del RAIS, tal como el manejo de la cuenta de ahorro individual a su nombre, la existencia del bono pensional, así como el conocimiento que tiene sobre el régimen de prima media, precisando que incluso tenía en mente una suma que podía corresponder al monto de su mesada pensional.

Agregó que la demandante aceptó que se le comunicó sobre la rentabilidad y el manejo del mercado, siendo claro que sí fue asesorada al momento del traslado, y si bien no se le hizo una comparación de mesadas pensionales, lo cierto es que tal y como lo indicaron las accionadas en sus alegaciones, ello no era una exigencia en

el momento del traslado, por manera que resulta improcedente declarar su ineficacia.

6. Impugnación y límites del ad quem. Una vez se le dio el uso de la palabra a la apoderada de la **demandante** manifestó que ésta en su declaración de parte no confesó que la AFP Protección sí cumplió con la carga probatoria en cuanto a la debida asesoría.

Dijo que el análisis de la juez en el presente caso, no se encuentra acorde con los parámetros establecidos por la CSJ, porque si bien la demandante afirmó en su declaración que le explicaron algunas características del RAIS, como que a nombre suyo se iba a crear una cuenta de ahorro individual, en realidad se le mencionaron datos básicos y suscintos, que de ninguna manera cumplen con la calidad de la información que se requiere en estos casos.

Apuntó que por el contrario, a la demandante se le indicó que por no ser beneficiaria del régimen de transición no se podría pensionar en el RPMPD, además, que el ISS desaparecería, por lo que no tenía otra opción que trasladarse al RAIS. Igualmente, señaló que a la demandante se le debió informar sobre los rasgos y características del RPMPD, así como sobre la negociación del bono si quería pensionarse anticipadamente, lo cual le implicaría un sacrificio financiero.

Por tanto, concluyó que a la demandante no le brindaron una información completa, clara, veraz y oportuna, contrario a lo indicado por el *a quo*.

7. Alegatos demandante. Señaló que en el caso concreto, la parte demandada no cumplió con su deber de información, lo cual incidió directamente en su derecho pensional fundamental, en el aseguramiento del mínimo vital y una vida digna, y la impulsó a iniciar el presente proceso, con todo el desgaste que ello conlleva. En este orden de ideas, se dan todos los elementos que tiene la Corte Suprema de justicia hasta hoy unificada, para que las pretensiones que aquí se han formulado sean acogidas y en consecuencia sea revocada la decisión de primera instancia en su totalidad.

8. Alegatos Colpensiones. Adujo que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales.

9. Alegatos AFP Protección. Dijo que una vez efectuado el traslado de régimen por la parte demandante, ésta tuvo diferentes oportunidades en las que pudo regresar al Régimen de Prima Media sin que hubiese hecho uso de la facultad con que contaba para hacerlo; en primer lugar, el Decreto 1161 de 1994 consagra el derecho que tienen los afiliados de retractarse de su decisión o elección de régimen pensional en los 5 días siguientes a la suscripción del formulario, posibilidad que no usó la parte demandante.

De igual forma, la parte demandante tampoco hizo uso de la facultad establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado posteriormente por la Ley 797 de 2003 literal e), la cual consiste en la posibilidad de trasladarse de régimen pensional

cuando ha permanecido en el mismo durante 5 años siempre y cuando no le falten menos de 10 años para cumplir la edad mínima requerida para acceder a la pensión de vejez, oportunidad con que contó la parte demandante y sin embargo no hizo uso de ella.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿La AFP PROTECCIÓN S.A. logró probar que brindó a la demandante la información necesaria al momento del traslado de régimen?; en caso negativo (ii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (iii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación y Cotizaciones

Se encuentra demostrado que la señora Marta Monroy García, cotizó al ISS entre el 15 de julio de 1977 y el 26 de junio de 1986, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 39); igualmente, cotizó a Cajanal entre el 4 de enero de 1988 y el 30 de octubre de 2000 (fols. 41 y 45), y finalmente, el 2 de octubre de 2000, firmó el formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A. (fol. 30)

Deber de Información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PROTECCIÓN S.A., lo cual no fue objeto de alzada por ninguna de las partes.

Ahora, lo que debe precisarse, es que tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los riesgos que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que, no le corresponda al afiliado sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que la misma fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de suministrar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar por parte de la AFP para la época en que la demandante realizó el traslado al RAIS –año 2000- si bien no se requería de una doble asesoría, pues dicha obligación nace con la expedición de la Ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 del 2015, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que para esa fecha se debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica hacer un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

En el *sub lite*, contrario a lo señalado por la falladora de primera instancia, no evidencia la Sala que el actuar de la AFP PROTECCIÓN S.A. haya sido diligente y no puede entenderse, tal y como lo indica la apoderada de la parte demandante, que por el hecho de haberle informado algunas características del mismo, según lo afirmó la actora en su interrogatorio, se entienda que se brindó la información requerida al momento del traslado, pues de ninguna prueba traída al proceso y en particular de la declaración de parte, se evidencia que la AFP le haya informado a la demandante al momento del traslado sobre las ventajas y desventajas de **cada régimen**, ni las características, ni condiciones de **cada uno de ellos**, ni mucho menos las consecuencias jurídicas de su traslado. Por tanto, no es cierto que haya cumplido con su obligación de brindar la asesoría que se requería ante un traslado.

Y aunque la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP, se debe diligenciar el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido; sin embargo, lo cierto es que, como lo ha

indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N° 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Indicó además la Corte en la sentencia SL 2324-2019, al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP PROTECCIÓN sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica y al no hacerlo se debe declarar la ineficacia del traslado. De manera que, aun cuando la actora indicó en su declaración que se le informó sobre la existencia de una cuenta de ahorro individual, la posibilidad de legar sus aportes a sus herederos, la existencia del bono pensional, la inversión en la bolsa y la adquisición de la pensión de manera anticipada, lo cierto es que ello por sí solo no es prueba del cumplimiento del deber de información, dado que no le indicaron las desventajas del RAIS, tampoco sobre la negociación anticipada del bono pensional, ni le documentaron de manera comparativa de cara al RPMPD, lo cual deviene en la ineficacia de su traslado.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación por parte de Colpensiones

Respecto del problema jurídico que gira en torno a si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, debe señalarse que, en este caso particular, antes de trasladarse al RAIS la actora no se encontraba afiliada a Colpensiones sino a Cajanal.

En ese orden, conviene advertir que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS, en principio su vinculación con CAJANAL quedaría incólume. No obstante, como quiera que el proceso de liquidación de Cajanal finalizó el 12 de junio del 2013, mediante Resolución 4911 del 11 de julio del 2013, publicada en el Diario Oficial 48.828 del 28 de junio de la misma anualidad, es claro que existe una imposibilidad jurídica para ordenar el retorno de los aportes efectuados por la convocante a dicha entidad.

Conforme a lo anterior, y de acuerdo con el artículo 4° del Decreto 2196 de 2009 encuentra la Sala que la obligación de aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante compete a Colpensiones, pues nótese que Cajanal debía adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia de la mencionada norma, a la Administradora del Régimen de Prima Media del ISS hoy Colpensiones.

Ahora, sentado lo anterior es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación de la accionante al RAIS nace la necesidad de trasladar por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A. los **aportes** efectuados por ésta a Colpensiones a fin que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la accionante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PROTECCIÓN S.A. de sus propias utilidades**, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia)

Excepción de Prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional y, por tanto, resulta **imprescriptible**, tal como se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

Perjuicios morales

En cuanto al reclamo de la demandante respecto del reconocimiento y pago de los perjuicios morales, baste decir que los mismos se tornan improcedentes, en la medida que en el *examine* no se encuentra acreditada la causación del daño o perjuicio moral petitionado.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 3 de julio de 2020, por el Juzgado 8º Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado al RAIS por la señora MARTA MONROY GARCÍA identificada con la cédula de ciudadanía 41.772.577, y en consecuencia, se ordena a la AFP PROTECCIÓN S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones, los cuales debe asumir de sus propias utilidades.

SEGUNDO.- CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los aportes provenientes de la AFP PROTECCIÓN S.A. y a reactivar la afiliación de la demandante al régimen administrado por ésta.

TERCERO.- SIN COSTAS en esta instancia.

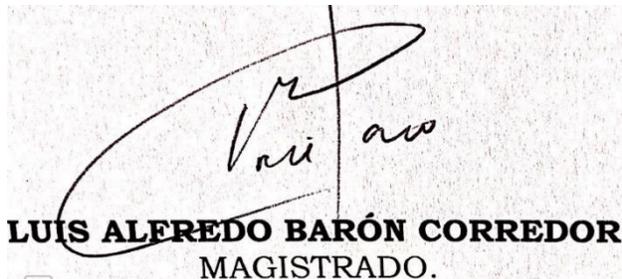
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-*



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

MAGISTRADA PONENTE: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO SUMARIO LABORAL DE UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL
DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN-UAE-DIAN
CONTRA COMPENSAR EPS. RAD: 110012205-000-2020-00031-01**

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN-UAE-DIAN presentó solicitud ante la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD instando se ordene a COMPENSAR EPS el reconocimiento y pago de la incapacidad general por la suma de \$36.867, más los intereses moratorios generados desde la fecha de la incapacidad hasta que efectivamente se realice el desembolso, a la tasa establecida en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002 (fols. 1 y s.s.; subsanación 30 y s.s.).

Como fundamento de sus pretensiones señaló que la empleada MARTHA JEANNTE PINZÓN MUÑOZ presta sus servicios en la UAE DIAN, desde el 1° de abril de 1991, desempeñando el cargo de Gestor II Código 302 Grado 02 ubicado en el Nivel Central, Coordinación Penal; que la mencionada empleada para el mes de julio de 2014, se encontraba afiliada a Compensar EPS.

Igualmente, dijo que la EPS Compensar expidió orden de incapacidad a la señora MARTHA JEANNTE PINZÓN MUÑOZ desde el 15 de julio del 2014 hasta el 17 de julio de la misma anualidad, motivo por el cual mediante Resolución 2960 del 30 de julio del año en mención, reconoció a la mentada empleada la licencia por enfermedad, cuyo pago se efectuó en el mes de mayo de 2014.

Añadió que mediante transferencia electrónica realizada a la cuenta del Tesoro Nacional, Compensar EPS, realizó un pago por concepto de la incapacidad en mención de \$105.335, quedando por pagar un saldo de \$36.867.

Finalmente, manifestó que el 28 de abril de 2016, solicitó ante la convocada el pago de las incapacidades adeudadas, entre las que se encuentra la correspondiente a la señora MARTHA JEANNTTE PINZÓN MUÑOZ.

2. Contestación de la demanda. COMPENSAR E.P.S. dio respuesta oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el reconocimiento de la prestación económica con relación al pago de incapacidades comprendidas entre el 15 de julio y el 17 de julio de 2014 por el valor de \$105.335 a nombre de la señora MARTHA JEANNTTE PINZÓN MUÑOZ, fue liquidada y cancelada con el IBC del mes inmediatamente anterior al que se causó la incapacidad conforme al Decreto 2236 de 1999 y al Decreto 770 de 1975. En ese orden, dijo que se tuvo en cuenta como IBC el valor de \$4.741.000, por lo que la petición carece de objeto ante el correcto pago de la incapacidad. Propuso como excepciones de fondo las de incapacidad autorizada objeto de pago y la genérica. (fol. 47 y s.s.).

3. Decisión de Primera Instancia. La Superintendencia Nacional de Salud profirió fallo el 20 de junio de 2019, en el sentido de no acceder a las pretensiones formuladas por la parte actora (fol. 67 y s.s.).

Su decisión se basó en que si bien el IBC está constituido por factores salariales, lo cierto es que también incluye factores que no tienen esa connotación y que pueden aumentar o disminuir la base de cotización, por ello es que en las planillas de autoliquidación de aportes existen unas casillas en las cuales se registran las novedades que se presentan en los aportes mensuales de cada trabajador.

Agregó que resulta inapropiado tomar como Ingreso Base de Liquidación de una prestación económica el IBC reportado, porque éste puede no corresponder al salario que devenga el trabajador al momento de inicio de la licencia y porque contiene factores no salariales que pueden generar liquidaciones incorrectas.

Dijo que conforme al artículo 9º del Decreto 1848 de 1969, tratándose de servidores públicos, durante los períodos de incapacidad derivada por enfermedad general perciben un auxilio monetario a cargo del Sistema General de Seguridad Social, que se liquida con base en el salario devengado por el afiliado cotizante al momento de dar inicio a la incapacidad.

Finalmente, señaló que en el presente caso, del desprendible de nómina aportado por la parte convocante, no es posible determinar el salario con el cual fue liquidada la incapacidad que reconoció a la señora MARTHA JEANNTTE PINZÓN MUÑOZ, pues no existe un documento que soporte el salario realmente devengado por la trabajadora en mención durante el mes que se dio inicio a la incapacidad, de suerte que no es procedente acceder a lo peticionado en el escrito inicial, en la medida que la parte actora no logró probar los hechos fundamento de su acción.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN-UAE-DIAN interpuso recurso de apelación argumentando que contrario a lo señalado en la sentencia, obra dentro del expediente el desprendible de pago en el cual consta el valor del salario recibido por la beneficiaria de la incapacidad, así como las copias de las planillas únicas de autoliquidación de

aportes efectuados durante los 6 meses anteriores a la ocurrencia del hecho que conllevó a la expedición de la incapacidad, en el cual se certifica el IBC, con el que ha de liquidarse la prestación.

Agregó que la Ley 776 de 2002, "*Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales*", determina el monto de las prestaciones económicas por incapacidad laboral, las cuales se calculan con base en el IBC y no como lo señala la providencia, con lo que denomina salario.

Finalmente, precisó que no se puede exigir a la EPS un valor superior al cotizado, pero tampoco un valor menor al cotizado como lo pretende la sentencia que se impugna. (fol. 74 y s.s.)

Así las cosas, procede la Sala a desatar la alzada, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

El recurso de apelación interpuesto por la parte convocante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del C. P. del T. y de la S.S. que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente. Corolario de lo anterior, corresponde a la Sala dilucidar **el siguiente problema jurídico**: ¿Se equivocó el *a quo* al considerar que la incapacidad reconocida por la demandante debió liquidarse con base en el salario devengado por su empleada, y Compensar EPS debe reconocer a la parte actora el saldo que reclama por dicha prestación?

Competencia del Tribunal para conocer de los procesos adelantados ante la Superintendencia.

Es necesario indicar que la presente acción se inició con base en lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 1122 del 2007 que faculta a la Superintendencia Nacional de Salud, conforme lo establece el artículo 116 de la Constitución Nacional para conocer y fallar en derecho con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, norma que fue adicionada por el artículo 126 de la Ley 1438 del 2011 que dispuso que la Superintendencia conocería y decidiría sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o del empleador. Y se debe señalar que conforme al numeral 1º del artículo 30 del Decreto 2462 del 2013 este Tribunal es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por **la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN-UAE-DIAN.**

Salario aplicable para la liquidación del subsidio por incapacidad

Discute la parte recurrente la determinación adoptada por el *a quo*, pues considera que para efectos de liquidar la prestación económica que se genera en virtud de una incapacidad, debe considerarse el IBC reportado, más no el salario devengado por el trabajador, precisando que en el presente caso sí se allegaron los elementos probatorios para fallar de fondo el presente asunto a su favor.

Así las cosas, procede la Sala a resolver la controversia planteada, para lo cual ha decir que no comparte la posición asumida por el *a quo* para efectos de liquidar la prestación económica que debe reconocerse a la trabajadora por virtud de una incapacidad de origen común, pues el SGSSS reconoce y paga por medio de las EPS incapacidades temporales por enfermedad general, las cuales se financian con los recursos de la seguridad social en salud que ingresan por los aportes de los afiliados al régimen contributivo; luego, no resulta razonable exigir el cubrimiento del riesgo en mención, con base en sumas percibidas por el empleado, sobre las cuales no se han realizado las respectivas cotizaciones al Sistema. Por tanto, no es procedente considerar el salario devengado por la empleada al momento de dar inicio a la incapacidad, con sustento en la norma citada por el fallador de primera instancia, como lo es el Decreto 1848 de 1969.

Ahora bien, conforme a lo establecido en los literales c) y d) del artículo 9° del Decreto 7740 de 1975:

"...c) cuando la enfermedad produzca incapacidad para el trabajo, el asegurado tendrá derecho a un subsidio en dinero equivalente a las dos terceras (2/3) partes de su salario de base, subsidio que, lo mismo que las prestaciones señaladas en el ordinal a), se reconocerá por el término de 180 días continuos o discontinuos siempre que la interrupción no exceda de 30 días;

d) El subsidio se reconocerá desde el 4º día de incapacidad, excepto en los casos de hospitalización, en los cuales el subsidio se pagará desde el primer día de permanencia en el hospital. Para la determinación del valor del subsidio en dinero, se tendrá en cuenta el salario de base del asegurado, correspondiente al mes calendario de cotización anterior al de la iniciación de la incapacidad..." (Subraya fuera de texto).

Por su parte, el artículo 228 del CST establece que: *"En caso de que el trabajador no devengue salario fijo, para pagar el auxilio por enfermedad a que se refiere este Capítulo se tiene como base el promedio de lo devengado en el año de servicio anterior a la fecha en cual empezó la incapacidad, o en todo el tiempo de servicios si no alcanzare a un (1) año."*

Así las cosas, tratándose de empleados que devenguen salario fijo, habrá de tomarse el IBC reportado al mes calendario de cotización anterior al de la iniciación de la incapacidad. En caso de trabajadores con salario variable, habrá de tomarse el promedio del IBC reportado en el año de servicio anterior a la fecha en la cual comenzó la incapacidad.

Sobre la definición del salario fijo o variable, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia 1586 del 5 de octubre de 1987 indicó que:

"El salario es fijo o variable, como lo ha expresado esta Sala en varias oportunidades, según se pacte por unidad de tiempo (salario fijo) o se determine de acuerdo al resultado de la actividad desplegada por el trabajador, y que admita las modalidades de retribución por tarea, obra o a destajo, por comisión, participación de utilidades y otras similares (salario variable), características del salario que pueden deducirse en primer término por la estipulación inicialmente pactada al celebrarse el contrato de trabajo. Ello quiere decir que si el contrato de trabajo de trabajo estipula un remuneración por unidad de tiempo (días, semanas, meses, etc.), dicho salario no deja de

ser fijo porque en su ejecución se reconozca trabajo suplementario, dominicales, viáticos, ni porque el pago en algún momento incluya bonificaciones esporádicas o condiciones al cumplimiento de determinados eventos, como el incremento de la producción por ejemplo.”

Descendiendo al caso, se tiene que conforme a la documental vista a folio 21 vuelto, la entidad convocante reportó a favor de su empleada un IBC variable para todos los riesgos incluido el de salud, no obstante, no existe prueba dentro del expediente de la que se pueda inferir que ello se debe a un tipo de remuneración variable, por lo que la Sala entiende que esa situación se debe a que la convocante percibió otros conceptos que no tienen la virtud de modificar la modalidad fija de la remuneración.

Por tanto, ha de concluirse que para liquidar el subsidio que se generó por la incapacidad ordenada a la señora MARTHA JEANNETTE PINZÓN MUÑOZ, debe tomarse el IBC correspondiente al mes calendario de cotización anterior al de la iniciación de la incapacidad, esto es, el que se reportó para el mes de junio de 2014, dado que esta tuvo vigencia entre el 15 de julio y el 17 de julio de la misma anualidad, el cual equivale a \$6.400.000 como da cuenta la documental visible a folio 21 vuelto.

Al hallar el 66% sobre el valor del IBC se tiene un total de \$4.224.000, el cual se divide entre 30 para determinar el valor de la incapacidad diario, así se obtiene una suma diaria de \$140.800, no obstante, la convocada pagó a favor de la DIAN la suma de \$105.355 para el tercer día de incapacidad como se refiere en el escrito de contestación (fol. 49), luego es claro que existe un saldo a favor de la parte accionante de \$35.445.

En ese orden, habrá de revocarse la decisión apelada, para en su lugar condenar a Compensar EPS a pagar a favor de la DIAN el valor de \$35.445 a título de diferencia de incapacidad ordenada a la señora MARTHA JEANNETTE PINZÓN MUÑOZ, por el día 17 de julio de 2014.

Finalmente, ha de decirse que como en el recurso de apelación se solicita única y exclusivamente el reconocimiento y pago de la totalidad de la incapacidad cancelada a la empleada en mención, lo Sala no hará ningún pronunciamiento sobre los intereses moratorios reclamados en el escrito inicial, en tanto no hacen parte de alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 20 de junio del 2019 por la Superintendencia Nacional de Salud, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído, para en su lugar, **CONDENAR** a COMPENSAR EPS a pagar a favor de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN-UAE-DIAN la suma de \$35.445 a título de diferencia de incapacidad ordenada a la señora MARTHA JEANNETTE PINZÓN MUÑOZ, por el día 17 de julio de 2014.

SEGUNDO: COMUNICAR a las partes el presente fallo por el medio más expedito, conforme al artículo 126 de la Ley 1438 de 2011.

TERCERO: DEVOLVER el expediente a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, una vez agotado el trámite de rigor.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: CLARA ROCÍO HENAO ZÁRATE
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP PORVENIR
RADICACIÓN: 1100131050-04-2018-00802-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA AFP PORVENIR-COLPENSIONES
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. MARYI TATIANA PARRA BARACALDO como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

Se reconoce personería para actuar a la Dra. BRIGITTE NATALIA CARRASCO BOSHELL como apoderada de PORVENIR, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. CLARA ROCÍO HENAO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR con el fin de que se DECLARE la nulidad de la afiliación efectuada por la actora al RAIS. Como consecuencia, se condene a la AFP Porvenir a liberarla de sus bases de datos y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con destino a Colpensiones; se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita y a las costas del proceso. (fols. 3 y s.s.; subsanación fols. 86 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 11 de marzo de 1961; que cotizó al ISS desde el 3 de noviembre de 1983 hasta el 1° de marzo de 2000; que el 30 de julio de 2003 se trasladó a la AFP Porvenir; que el asesor de la AFP en mención le indicó que en el RAIS podía pensionarse a una edad más

temprana a un mayor monto pensional y que el ISS iba a ser liquidado, de manera que sus aportes estarían en riesgo; que el asesor comercial de Porvenir no le informó sobre el capital requerido para obtener una pensión en renta vitalicia y en retiro programado, ni tampoco le elaboró una proyección de su pensión mostrando la diferencia de la prestación que recibiría en el RPMPD y en el RAIS; que el formulario de afiliación a la AFP no presenta la información suficiente, clara, concisa que le permitiera tomar la mejor decisión respecto a su situación pensional; que solicitó su traslado a Colpensiones el 10 de agosto de 2018, el cual fue negado por dicha entidad; que solicitó ante Porvenir la nulidad de su afiliación, la cual le fue negada por dicha administradora de pensiones.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 102), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones condenatorias argumentando que la actora se encuentra a menos de 10 años para adquirir sus derechos pensionales, de manera que no le es posible efectuar su traslado al RPMPD, máxime que al 1º de abril de 1994 no acredita 35 años, ni 15 años de servicios cotizados. Agregó que de la suscripción del formulario de afiliación ante los fondos privados se puede establecer que los traslados fueron efectuados por la actora de manera libre, espontánea y voluntaria, debiendo ésta demostrar lo contrario. Propuso como excepciones de mérito las de validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y la genérica. (fols. 104 y s.s.).

4. Contestación de la AFP PORVENIR. Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia o nulidad de la afiliación, en tanto su elección de régimen obedeció a una decisión libre y voluntaria precedida del cumplimiento en el deber de información por parte del fondo, precisando que no es posible la ineficacia o nulidad invocando requisitos que no existían a cargo de las AFP para la fecha del traslado. Agregó que la demandante también tenía el deber de informarse sobre el acto jurídico de traslado de régimen pensional y sus consecuencias. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fols. 154 y s.s.; subsanación fols. 202 y s.s.).

7. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 22 de julio de 2020 en la que la falladora declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la AFP Porvenir, para tenerla como válidamente afiliada a Colpensiones; condenó a la AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante con todos los rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración; ordenó a Colpensiones a aceptar el traslado de la actora, no impuso condena en costas. (CD fol. 282).

La decisión de la Juez se basó en que con el simple formulario de afiliación no se acredita que se cumplió con el deber de información por parte de Porvenir al momento del traslado, en la medida que el mismo acredita a lo sumo un consentimiento libre de vicios, pero no informado.

Igualmente señaló que, en el interrogatorio de parte de la representante de Porvenir se adujo que no le consta nada en relación con el traslado de la convocante e indicó que le solo le informaron algunas características del RAIS.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. Recurso de apelación de la AFP Porvenir. Indicó que la manifestación realizada en el formulario de afiliación no debe ser considerada como un mero requisito formal, sino que es una clara e inequívoca manifestación de la actora de pertenecer al RAIS, además, el mismo cumple con los requisitos del Decreto 692 de 1994.

Dijo que, conforme a lo confesado por la convocante en su interrogatorio de parte, la razón para retornar al RPMPD es el valor de la mesada pensional no la falta de información o el engaño que se le haya generado.

Adujo que el Juzgado ha impuesto obligaciones a la AFP que no existían al momento del traslado, amén que la actora sí fue informada por el respectivo asesor sobre características del RAIS como ella lo confesó en su interrogatorio, de suerte que sí se cumplió con la debida asesoría vigente para la fecha del traslado.

Indicó que se ha pasado por alto que el afiliado también tiene obligaciones en su calidad de consumidor financiero, tales como informarse sobre las condiciones del Sistema General de Pensiones y su funcionamiento, así como que debe emplear la debida diligencia y cuidado en sus decisiones.

Señaló que no se comparte la condena impuesta en relación con los gastos de administración y comisiones, pues conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, en ambos regímenes una parte de los aportes debe destinarse a esos rubros, resultando contradictorio entregar los rendimientos que son fruto de la gestión de la AFP sobre los aportes de la actora, y a su vez ordenar la devolución de los gastos de administración.

Finalmente, dijo que en tratándose del traslado de los aportes debe aplicarse el artículo 7º del Decreto 3995 de 2008, y que esa orden de devolución de gastos de administración se sustenta en la sentencia 31989 de 2008, en la cual se declaró la nulidad del traslado y no su ineficacia, de manera que ello no es aplicable al caso.

6.2. Recurso de apelación de Colpensiones. Afirmó que, si bien en los casos como el analizado siempre se le exige a la AFP que debe demostrar la suficiente información, lo cierto es que, la CSJ en la sentencia 1452 de 2019, indicó que ello no exonera al afiliado del deber de concurrir debidamente informado en la escogencia del régimen pensional.

Agregó que en la sentencia SL2810 de 2019 se estableció que hay afiliación tácita cuando se guardó silencio respecto de la misma, precisando que el presente caso la demandante estuvo afiliada al RAIS por alrededor de 17 años sin hacer manifestación alguna al respecto; además, su inconformidad no radica en la falta de información, sino en el hecho que su mesada pensional en el RAIS puede ser inferior a la que le correspondería en el RPMPD.

Sostuvo que la decisión del Juzgado atenta contra la sostenibilidad financiera del Sistema, conforme lo ha establecido en la sentencia C-1024 de 2004 y la sentencia SU 062 de 2010, pues en ella se indicó que en este tipo de casos se genera una desfinanciación del fondo común y atenta contra las expectativas legítimas de los afiliados.

Finalmente, dijo que la demandante se encuentra incurso en la prohibición de que trata la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, para regresar al RPMPD.

7. Alegatos demandante. Adujo que tiene derecho a que se le respete la afiliación al régimen de prima media con prestación definida administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – ISS hoy la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, como quiera que la AFP PORVENIR le indujo a ERROR, esto en razón a que NO le suministró una información clara, precisa y suficiente con respecto a los efectos o desventajas que tendría su cambio de régimen, como lo exige el órgano de cierre de esta jurisdicción.

8. Alegatos Colpensiones. Dijo que en virtud de las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que la accionante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., siendo esta su actual administradora. Agregó que si bien existe una intervención de asesoría de la administradora de pensiones que podría generar un vicio en la voluntad del traslado, ello debe demostrarse, pues de lo contrario predominarían las conjeturas y suposiciones, y no los hechos debidamente demostrados en el proceso en los que intervino directamente el demandante.

9. Alegatos AFP Porvenir. Indicó que el juzgador de instancia no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional de la demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad. Agregó que la demandante contó con múltiples oportunidades para regresar al RPM, toda vez que para el momento en que se vinculó a PORVENIR, la normativa vigente correspondía al texto original del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de manera que no contaba con ningún limitante para retornar al RPM 3 años después de realizada la vinculación inicial, no obstante, decidió continuar en el RAIS de manera libre y voluntaria. Por otra parte, y tal como se pudo ver en el interrogatorio de parte, la inconformidad de la demandante con el Régimen de Ahorro Individual se derivada del monto de la mesada pensional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PORVENIR hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Clara Rocío Henao Zarate cotizó al ISS entre el 24 de enero de 1983 y el 31 de enero de 2000, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 82); y que el 24 de enero de 2000 se afilió a la AFP Porvenir, según da cuenta el formulario de afiliación (fol. 88).

Deber de Información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PORVENIR, lo cual no fue objeto de alzada por ninguna de las partes.

Ahora, lo que debe precisarse, es que tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los riesgos que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que, contrario a lo afirmado por las demandadas, no le corresponda al afiliado sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que la misma fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de suministrar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

En ese orden, no resulta atendible el argumento de Colpensiones, quien adujo en la alzada que conforme a la sentencia SL1452 de 2019, la CSJ no exonera al afiliado del deber de concurrir debidamente ilustrado en la escogencia de régimen pensional, pues en dicha decisión la Alta Corporación reitera el deber de información que radica en cabeza de los administradores de fondos de pensiones en relación con sus futuros afiliados; lo afirmado por Colpensiones corresponde a una aclaración de voto que esta Sala de Decisión no acoge, por cuanto es la posición mayoritaria de la CSJ la que tiene alcance y poder vinculante.

Frente a la información que se debía brindar por parte de la AFP PORVENIR para la época en que la demandante realizó el traslado al RAIS –año 2000- es claro que no se requería de una doble asesoría, pues dicha obligación nace con la expedición de la Ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 del 2015, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que para esa fecha se debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica hacer un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR como acertadamente lo encontró la falladora de primera instancia, ya que no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora CLARA ROCÍO HENAO ZARATE, acerca del cálculo de su pensión, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Por tanto, no le asiste razón a Porvenir en su alzada cuando afirma que la actora confesó en su interrogatorio que dicha sociedad cumplió con el deber de información, como quiera que una vez analizada esa declaración, se tiene que a ella no se le asesoró sobre los aspectos anteriormente anotados.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la actora se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar

el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP Porvenir sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

Así las cosas, debe concluirse que acertó el Juzgado de primera instancia al declarar la ineficacia del traslado efectuado por la actora al RAIS, sin que sobre ello tenga incidencia lo establecido por la CSJ sobre la afiliación tácita en la sentencia SL2810-2019 citada por Colpensiones, pues dicha decisión no resulta aplicable al presente caso, en tanto en ella se dilucidó una problemática absolutamente diferente a la aquí planteada, ya que en esa oportunidad las partes solicitaron el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes y la Corte debió definir si por el hecho de no estar afiliado el causante al fondo demandado al no haber diligenciado el formulario de afiliación, les asiste a las convocantes el pago de la prestación, por cuanto el fondo recibió unos aportes en mora por parte del empleador sin manifestar reparo al respecto.

Tampoco importa al caso que la demandante se encuentre a menos de 10 años en cumplir la edad mínima de pensiones como lo resalta Colpensiones, pues ello tiene relevancia en tratándose de la solicitud de traslado de régimen pensional, más no en la ineficacia de traslado.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a **devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del

acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por la apoderada de Porvenir sobre el punto.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Finalmente, ha de decirse que no resulta procedente dar aplicación a lo establecido por la Corte Constitucional en las sentencias C-1024 de 2004 y SU 062 de 2010, como lo pretende Colpensiones en su alzada, dado que en dichas decisiones se dilucidó la procedencia del traslado de régimen en cualquier tiempo y la recuperación del régimen de transición, lo cual difiere del tema aquí planteado, litis que versa sobre la ineficacia del traslado por falta del cumplimiento del deber de información.

Excepción de prescripción-ineficacia de traslado

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de julio del 2020 por el Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: LUIS ALFONSO LONDOÑO
DEMANDADO: FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA
RADICACIÓN: 11001-31050-05-2019-00221-01
ASUNTO: CONSULTA SENTENCIA ABSOLUTORIA
TEMA: RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. LUIS ALFONSO LONDOÑO instauró demanda ordinaria contra el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA con el fin de que se ordene a la demandada reajustar su mesada pensional a partir del 1° de enero de 2001, en un 15% conforme lo establece la Ley 4ª de 1976, norma acogida por la Convención Colectiva de Trabajo de 1980; asimismo, se condene a la encartada al pago de las diferencias pensionales y las costas del proceso. (fols. 2 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que: mediante Resolución 1488 del 17 de octubre de 1989, fue pensionado por la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, de conformidad con las garantías contenidas en la Convención Colectiva de 1980, artículos 20 y 23, las cuales se encuentran actualmente vigentes; los reajustes a su pensión hasta el año 1999 cumplieron con lo acordado en la Convención Colectiva de Trabajo, pues los mismos superaron el 15%, sin embargo, a partir del año 2000, la demandada ha realizado los reajustes anuales de la prestación con base en el IPC y por debajo del 15% señalado por la Ley 4ª de 1976, en desconocimiento de la Convención Colectiva de Trabajo de 1980, que acogió los reajustes de la norma en mención; durante el año 2018 devengó una pensión de \$3.001.509 y para el año 2019 su mesada ascendió a \$3.096.956 dado que fue reajustada atendiendo el incremento definido por el Gobierno Nacional (3,18%), suma inferior a 5 SMLMV; elevó la respectiva reclamación administrativa, la cual fue resuelta de manera desfavorable, mediante Resolución 0153 del 30 de enero de 2019.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fols. 99 a 100); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la fórmula de reajuste pensional contenida en el artículo 1º de la Ley 4ª de 1976 tuvo vigencia hasta la entrada en vigor de la Ley 71 de 1988, norma esta que previó un reajuste diferente y conforme al incremento del salario mínimo legal mensual vigente. Que la Ley 100 de 1993, a su vez, estableció un nuevo método de reajuste conforme a su artículo 14, según la variación anual del IPC certificado por el DANE. Que al actor se le han aplicado la totalidad de reajustes pensionales a los que ha tenido derecho legítimo y de conformidad con las normas mencionadas, según su vigencia. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación demandada, cobro de lo no debido, no reunir los requisitos exigidos por la ley para ser beneficiario de la prestación solicitada, prescripción, presunción de legalidad y firmeza de los actos administrativos y la genérica. (fols. 101 y s.s.).

4. Fallo De Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de febrero de 2020 en la que el Juzgado declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones. (C.D. fol. 143).

Como sustento de su decisión indicó que las Convenciones Colectivas de Trabajo de Ferrocarriles Nacionales de Colombia no consagraron el reajuste pensional deprecado, pues una vez revisadas las que fueron traídas al proceso, y en especial, la que se encontraba vigente para el año 1980, se puede constatar que si bien la misma en su artículo 20 hace mención de la Ley 4ª de 1976, lo cierto es que esa remisión no se refiere a los reajustes establecidos en dicha norma.

Igualmente, precisó que después de la Ley 4ª de 1978, el tema fue regulado por la Ley 71 de 1988, de manera que las pensiones serían reajustadas conforma al incremento del salario mínimo legal mensual vigente, y finalmente, se adopta una nueva forma de reajuste en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, el cual debe atender el incremento del IPC certificado por el DANE.

Por tanto, concluyó que no es procedente acceder a las pretensiones de la demanda, en la medida que tal y como lo ha definido la Corte Constitucional, los reajustes pensionales no son derechos adquiridos.

5. Alegatos de conclusión. La partes no allegaron sus alegaciones dentro del término concedido en auto de fecha 15 de octubre de 2020, notificado en estado 150 del 16 de octubre del mismo año.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de la parte demandante, **el problema jurídico a resolver consiste en determinar** ¿acertó el Juzgado de primera instancia al negar el reajuste de la pensión del actor, a partir

del 1° de enero de 2001, en un 15% conforme a la Ley 4ª de 1976, en concordancia con las cláusulas 20 y 23 de la Convención Colectiva de Trabajo 1980?

Calidad de pensionado

Sea lo primero indicar que el señor Luis Alonso Londoño fue pensionado por la Empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia en Liquidación, mediante Resolución 1488 del 18 de octubre de 1989, a partir del día de su retiro definitivo del servicio, a la luz del Decreto 1590 de 1989 (CD fol. 112).

Del reajuste pensional a la luz de la Ley 4ª de 1976

En punto a resolver el problema jurídico planteado, se advierte que lo pretendido por la parte actora, se encamina a que su pensión de jubilación le sea reajustada conforme a los parámetros establecidos en el artículo 1° de la Ley 4ª de 1976, en un 15%, a partir del mes de enero de 2001, por considerar que dicho reajuste legal le resulta aplicable en virtud de lo establecido en los artículos 20 y 23 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1980, suscrita entre la extinta empresa de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y el Sindicato Único Nacional de Trabajadores Ferroviarios SINATRAFER.

Al respecto, considera la Sala pertinente indicar que si bien por regla general los efectos de las previsiones convencionales no se extienden más allá de la vigencia de los contratos de trabajo, en tanto que por virtud del artículo 467 del CST, la Convención Colectiva de Trabajo fija las condiciones que regirán los mismos mientras éstos duren o tienen vigencia, lo cierto es que por excepción y cuando las partes así lo dispongan, conforme a su autonomía, resulta dable admitir la extensión de sus efectos a situaciones ulteriores, sin que ello implique vulneración del ordenamiento jurídico, tal y como lo ha señalado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL4013-2019.

En ese orden, nada impide que una organización sindical y un empleador acuerden beneficios aplicables a sus trabajadores para cuando se retiren o pensionen, siempre que el objeto sea lícito, no se desconozcan los mínimos laborales o se lesione la CP o la ley.

Conforme a lo anterior, procede la Sala a revisar los artículos 20 y 23 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1980, a efectos de determinar si, como lo indicó la parte demandante en su escrito inicial, dicho acuerdo hizo extensivos a los pensionados, los reajustes contemplados en la Ley 4ª de 1976.

Así se tiene que el artículo 20 de la Convención Colectiva en comento estableció lo siguiente:

"La empresa de los Ferrocarriles Nacionales continuará ejerciendo la tramitación y cancelación de las mesada pensionales y demás obligaciones de Ley en las mismas circunstancias como se está practicando actualmente.

Así mismo la empresa de los Ferrocarriles Nacionales continuará dando cumplimiento a lo dispuesto en los Artículos 7º y 9º de la Ley 4ª de 1976; y además prestará toda su colaboración para la constitución del fondo Social para familiares de los pensionados ferroviarios." (fol. 72).

Por su parte, el artículo 23 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1980, estipuló lo siguiente:

"La Empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, garantiza el estricto cumplimiento del Artículo 17 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 1° de marzo de 1978, referente a la continuidad en la aplicación de las normas contenidas en la legislación especial vigente para los trabajadores ferroviarios, las consignadas en el llamado Código o Reglamento General de Trabajo de los Ferrocarriles Nacionales y las establecidas en las Convenciones Colectivas, Actas Acuerdos, Laudos, Pactos Vigentes, tanto a nivel nacional como regional, garantizando la vigencia de esas disposiciones y documentos, mientras no se modifiquen expresa y bilateralmente.

Así mismo lo pactado con el Sindicato Ferroviario de Antioquia y el extinto Sindicato de Sintraferrat" (fol. 73).

De las normas convencionales referidas, se advierte que en particular, el artículo 20 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1980, se remite a los artículos 7° y 9° de la Ley 4ª de 1976, cuyos textos disponen:

"ARTÍCULO 7º.- Los pensionados del sector público, oficial, semioficial y privado, así como los familiares que dependen económicamente de ellos de acuerdo con la Ley, según lo determinan los reglamentos de las entidades obligadas, tendrán derecho a disfrutar de los servicios médicos, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, de rehabilitación, diagnóstico y tratamiento de las entidades, patronos o empresas tengan establecido o establezcan para sus afiliados o trabajadores activos, o para sus dependientes según sea el caso, mediante el cumplimiento de las obligaciones sobre aportes a cargo de los beneficiarios de tales servicios.

PARÁGRAFO.- En los servicios de que trata este artículo quedan incluidos aquellos que se crean o se establezcan para los trabajadores en actividad por intermedio de cooperativas, sindicatos, cajas de auxilios, fondos o entidades similares, ya sea como auxilios, donaciones o contribuciones de los patronos.

(...)

ARTÍCULO 9º.- A partir de la vigencia de la presente Ley las empresas o patronos otorgarán becas o auxilios para estudios secundarios, técnicos o universitarios, a los hijos de su personal pensionado en las mismas condiciones que las otorgan o establezcan para los hijos de los trabajadores en actividad."

De lo anterior, se tiene que la Convención Colectiva de Trabajo de la que se viene hablando, pretendió hacer extensivos a los pensionados de la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, beneficios que se refieren a servicios médicos, becas o auxilios para estudios, que en nada se relacionan con el reajuste anual de las pensiones, el cual dicho sea de paso, se encuentra consagrado en el artículo 1° de la Ley 4ª de 1976, que no se menciona en los artículos 20 y 23 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1980.

En ese sentido, se advierte que la Ley 4ª de 1976, en lo que se refiere al reajuste anual de pensiones, no le resulta aplicable a la parte demandante, pues dicha norma

no fue extendida a los pensionados de la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, por vía de acuerdo convencional, contrario a lo aducido en la demanda.

Tampoco le resulta aplicable al actor, de manera directa y sin recurrir al texto convencional, en la medida que la Ley 4ª de 1976 fue derogada por la Ley 71 de 1988, en tanto que esta última norma entró en vigencia el 19 de diciembre de tal anualidad, y estableció que *"Las pensiones a que se refiere el artículo 1º de la Ley 4ª de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual..."*

En este punto, cumple señalar que el artículo 16 de nuestro Código Sustantivo de Trabajo enseña que las normas sobre trabajo, por ser de orden público producen efecto general inmediato, pero no tienen efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores.

Es así entonces que la expedición de la normatividad atinente a REAJUSTES PENSIONALES tiene efectos inmediatos sobre los que ostentan la condición de pensionados, con el aditamento de que su derecho pensional se mantiene incólume en el tiempo por tratarse de un derecho adquirido, en tanto que los REAJUSTES a que se hace acreedor cada año el pensionado NO CONTITUYEN DERECHOS ADQUIRIDOS, sino meras expectativas y como tal, resulta forzosa la aplicación de manera inmediata de la Ley laboral expedida por el Congreso de la República.

De otra parte, resulta importante señalar que la Ley 100 de 1993, vigente desde el 1º de abril de 1994, consagró en el artículo 14 lo atinente al REAJUSTE DE PENSIONES, previendo como fórmula el incremento oficioso a partir del 1º de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, respecto de aquellas pensiones que superan el salario mínimo legal mensual vigente, pues para las que equivalen a dicho valor, su incremento será igual al que se realice al salario mínimo legal mensual vigente.

De lo dicho, es claro para la Sala que la Ley 4ª de 1976, ni siquiera pudo regular la situación del accionante LUIS ALONSO LONDOÑO, en lo que se refiere al reajuste anual de su pensión, dado que como quedó probado en el proceso, su pensión de jubilación fue reconocida hasta el 17 de octubre de 1989, fecha para la cual ya se encortaba vigente la Ley 71 de 1988.

Conforme a lo anterior, se advierte que acertó el Juzgado de primera instancia al negar los reajustes reclamados, siendo preciso advertir que la Sala no puede verificar si la demandada dio una correcta aplicación a los reajustes establecidos en la Ley 71 de 1988 y en la Ley 100 de 1993, sobre la prestación del demandante, pues ello no es materia de discusión en el escrito inicial.

Virtud de lo dicho no queda otro camino que confirmar la sentencia consultada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de febrero de 2020 por el Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ROSALBA FRÍAS NAVARRO
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP PORVENIR-AFP PROTECCIÓN-AFP OLD MUTUAL
RADICACIÓN: 1100131050-11-2018-00683-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA AFP PORVENIR-COLPENSIONES
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. LINDA VANNESA BARRETO SANTA MARÍA como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. ROSALBA FRÍAS NAVARRO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, la AFP PORVENIR, LA AFP PROTECCIÓN y la AFP OLD MUTUAL con el fin de que se DECLARE la nulidad de la afiliación efectuada por la actora al RAIS por existir error de hecho que vició el consentimiento, así como que se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES. Como consecuencia, se condene a la AFP PORVENIR a devolver COLPENSIONES todas las sumas de dinero que figuren en su cuenta de ahorro individual, tales como aportes, rendimientos, bonos pensionales y comisiones; se condene a Colpensiones a activar su afiliación al RPMPD, así como a actualizar su historia laboral con las cotizaciones efectuadas al RAIS; se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita y a las costas del proceso. (fols. 3 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 26 de mayo de 1964; que cotizó al ISS desde el 5 de marzo de 1985 hasta el 30 de noviembre de 1996 un total de 408,57 semanas; que el 7 de noviembre de 1996 se trasladó a la AFP Protección, sociedad que no le informó al momento de la afiliación sobre las implicaciones de trasladarse de régimen pensional, tampoco sobre los escenarios comparativos de pensión en uno u otro régimen pensional ni respecto de las ventajas

del RPMPD y las desventajas del RAIS; que el 1º de diciembre de 1999 se afilió a la AFP OLD Mutual, sociedad que tampoco cumplió con el deber de información al momento de su vinculación; que el 3 de agosto de 2009 se trasladó a la AFP Porvenir, quien tampoco le asesoró debidamente al momento de su afiliación; que solicitó ante las entidades demandadas la anulación de su afiliación al RAIS, lo cual fue resuelto de manera desfavorable por cada una de ellas.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 246), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que los traslados de la actora se realizaron con observancia de las normas legales vigentes, esto es, los Decretos 656 y 692 de 1994. Agregó que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (fols. 139 y s.s.)

4. Contestación de la AFP OLD MUTUAL. Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones que se formularon en su contra argumentando que cuando la accionante se vinculó a Skandia hoy OLD Mutual venía de estar afiliada a la AFP Protección, de manera que ya tenía un conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes de dicho régimen, por lo tanto, la asesoría fue una reafirmación de los argumentos ya conocidos por la demandante. Igualmente, dijo que la asesoría suministrada al momento de su vinculación se realizó de conformidad con las normas y condiciones propias del RAIS y teniendo en cuenta las características del caso individual de la actora. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago y la genérica. (fols. 137 y s.s.).

5. Contestación de la AFP PROTECCIÓN. Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra. Indicó que el traslado de la convocante estuvo precedido de información clara, precisa, veraz, oportuna y suficiente en relación con los efectos jurídicos, sus consecuencias, las prestaciones que se otorgan, las modalidades de pensión y en general, todo lo atinente a la regulación que en materia pensional expide el Gobierno Nacional, lo cual se materializó mediante el diligenciamiento y firma del correspondiente formulario, sin hallarse en él constancia que vicie el consentimiento, que además, debe demostrar la parte actora. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante en la Administradora de Fondo de Pensiones Protección, declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, inexistencia de perjuicio, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y la genérica. (fols. 252 y s.s.).

6. Contestación de la AFP PORVENIR. Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la afiliación de la convocante a Porvenir fue producto de una decisión libre de presiones y engaños, tal como se aprecia de la solicitud de vinculación, en la que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; además, en ella la accionante manifestó que era consciente de las implicaciones y efectos del traslado solicitado. Agregó que la convocante no era beneficiaria del régimen de transición y la AFP cumplió con todas las obligaciones respecto del deber de información conforme a lo señalado en la Circular Externa de la Superintendencia Bancaria de Colombia y en la normatividad vigente para la fecha del traslado. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica. (fols. 285 y s.s.).

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de julio de 2020 en la que el fallador declaró la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante a la AFP Protección en el año 1996; declaró que para todos los efectos legales la accionante nunca se trasladó al RAIS, y en consecuencia, siempre permaneció en el RPMPD; ordenó a la AFP Porvenir transferir a Colpensiones todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, tales como aportes, cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, sumas adicionales con intereses o rendimientos que se hubieren causado; ordenó a Colpensiones admitir el traslado de la convocante con sus aportes al RPMPD; declaró no probadas las excepciones propuestas, y condenó en costas a las convocadas, excepto a Colpensiones (CD fol. 329).

La decisión del Juez se basó en que conforme a decisión de tutela proferida por la CSJ, el Despacho debe acatar el precedente jurisprudencial que sobre el tema en controversia ha decantado la mencionada Corporación. Dijo que en el presente caso, la AFP Protección, a la cual inicialmente se vinculó la convocante, se limitó a allegar como prueba del cumplimiento del deber de información, el formulario de afiliación, resultando insuficiente el material probatorio obrante en el proceso tendiente a acreditar esa obligación, máxime que del interrogatorio rendido por la convocante no se verificaron hechos susceptibles de confesión.

Agregó que la debida asesoría tampoco se encuentra probada respecto de los demás traslados horizontales realizados por la convocante, quedando claro que las AFP convocadas incumplieron la carga probatoria que les incumbía, tronandose ineficaz el traslado al RAIS.

6. Impugnación y límites del ad quem. Una vez se le dio el uso de la palabra a la apoderada de la **AFP Porvenir** ésta indicó que la ineficacia de traslado no procede de manera automática, en tanto debe analizarse cada caso en particular, tal y como lo advierte el Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán en el salvamento de voto anexo a la setencia "5912" del 13 de mayo de 2020.

Dijo que en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 se prevé que la ineficacia es procedente cuando existen actos que impiden o atentan contra la afiliación del trabajador, lo cual tiene lugar cuando de manera dolosa se atenta contra la libertad del afiliado, lo que supone la intención de hacer daño, circunstancia que en el caso no se alegó ni se probó.

Sostuvo que la convocante ya no pudo retornar al RPMPD, porque ello atentaría contra la prohibición de que trata el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en tanto que ya se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad mínima de pensión.

Precisó que de conformidad con el Decreto 2595 de 2010 los consumidores financieros, además de derechos, tienen obligaciones a su cargo, como la de informarse adecuadamente de cada una de las condiciones del Sistema General de Pensiones y las modalidades de pensión, amén que debe emplear atención y cuidado al tomar decisiones como la afiliación y el traslado entre administradoras de pensiones.

Agregó que la Superintendencia de Sociedades indicó que en caso de declararse la nulidad, los únicos valores a retornar son los aportes y rendimientos q del afiliado, más no los gastos de administración y comisiones, en tanto que fueron causados durante el transcurso del tiempo, al administrarse su cuenta de ahorro individual, representando así gastos operativos que no hacen parte de los aportes pensionales de la convocante, de manera que su devolución generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones; además, al no ser de la afiliada no tienen el carácter de imprescriptibles como la pensión.

Finalmente, señaló que tal y como da cuenta el formulario de afiliación y el interrogatorio de la demandante, a ésta se le suministró la información suficiente al momento del traslado.

La apoderada de **Colpensiones** también formuló recurso de apelación indicando que como lo ha dejado sentado este Tribunal, el precedente de la CSJ no se debe aplicar de manera objetiva, ya que ha de analizarse las circunstancias de cada caso en concreto, en especial las atinentes a derechos adquiridos o expectativas legítimas de cada afiliado.

Señaló que al permitir el traslado de la convocante se estaría afectando a Colpensiones, de cara al principio de equilibrio y sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la CP. Agregó que la afiliada no puede trasladarse cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad de pensión, prohibición que tiene como propósito no generar un desequilibrio patrimonial, sobre todo porque la convocante no cuenta con el capital amplio y suficiente para una pensión en el RAIS, que al momento de ser trasladado a Colpensiones generaría una notable diferencia en la realización de la pensión, resultando por tanto beneficiada con las cotizaciones del RPMPD, cuando hizo aportes por más de 20 años en otra entidad, lo cual atenta contra los principios constitucionales de equidad y eficiencia económica.

7. Alegatos demandante. Solicitó confirmar la decisión de primera instancia, ya que los fondos de pensiones no suministraron información suficiente, objetiva y clara, y para efectos de verificar que la señora ROSALBA FRIAS NAVARRO fue debidamente informada no es suficiente con que haya firmado su consentimiento de traslado en el respectivo formulario, ya que ello no prueba que esta haya recibido la información en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia, posición que fue reiterada en sentencia SL 638 - 2020 con radicación 70050, ponencia de la Magistrada DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA.

8. Alegatos Colpensiones. Señaló que la demandante firmó formulario de afiliación trasladándose a la AFP PROTECCION el 7 de noviembre de 1996, y

posteriormente realizó su traslado con la AFP OLD MUTUAL el 1º de diciembre de 1999, el 3 de agosto de 2009 se trasladó a la AFP PORVENIR de acuerdo a la documental allegada en el expediente, por lo cual se infiere y de acuerdo a lo manifestado por la actora, dicha voluntad de traslado la realizó de manera libre, voluntaria y sin presiones gozando la misma de plena validez; igualmente, ni en la documental aportada ni en el interrogatorio practicado en la presente diligencia, se logró probar la ineficacia del traslado o nulidad por falta de información.

9. Alegatos AFP Porvenir. Manifestó que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz. Dijo que según el fallador de primera grado, no allegó pruebas del cumplimiento de sus deberes para con la parte actora al momento de la vinculación, esto es entregar información, completa, veraz y oportuna, lo cual no se ajusta a la realidad procesal, por cuanto de manera palmaria, cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto-, en la medida que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que la parte actora, ha estado vinculada a la AFP producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual es un documento que se presume auténtico, sino con la conducta del afiliado, que permaneció por espacio de más de 24 años en el régimen de ahorro individual y permitió el descuento con destino al fondo privado, pruebas que analizadas de manera crítica y en conjunto, conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora era pertenecer al régimen de ahorro individual.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PROTECCION hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Rosalba Frías Navarro cotizó al ISS entre el 5 de marzo de 1985 y el 30 de noviembre de 1996 conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fols. 36 y s.s.); que el 31 de octubre se afilió a la AFP Protección, según da cuenta el formulario de afiliación (fol. 261); que el 27 de septiembre de 1999 firmó la solicitud de afiliación a la AFP Skandia hoy Old Mutual, conforme al formulario de afiliación (fol. 48); que finalmente, se vinculó a la AFP Porvenir el 3 de agosto de 2009. (fol. 49).

Carga probatoria y deber de Información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma recae en las AFP, no en la demandante contrario a lo afirmado por la AFP Porvenir, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria, además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la

decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PROTECCIÓN como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora ROSALBA FRÍAS NAVARRO, acerca del cálculo de su pensión, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema. No siendo atendible lo indicado por la apoderada de la AFP Porvenir, en cuanto a que del ininterrogatorio de parte se puede advertir que la actora sí fue debidamente asesorada, como quiera que en dicha declaración ciertamente no se advierte ninguna confesión al respecto.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la actora se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas

del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, las AFP sí estaban en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que no resulta atendible ni aplicable el salvamento de voto del que echa mano la AFP Porvenir en su recurso de apelación, como quiera que para el caso tiene alcance y resulta vinculante la decisión mayoritaria de la CSJ.

Adicionalmente, ha de decirse que tampoco resulta de recibo el argumento de la AFP Porvenir y de Colpensiones, en el que señalan que no puede aceptarse el traslado de la actora porque le hacen falta menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, como quiera que la presente *litis* no versa sobre la solicitud de traslado de régimen pensional, sino sobre la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del régimen de transición o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento a la actora, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por la AFP Porvenir en relación con la improcedencia de esa devolución; además, encuentra la Sala que el Juzgado no condenó a la AFP Old Mutual ni a la AFP Protección respecto del retorno de los gastos de administración y comisiones que cobraron a la accionante mientras ésta estuvo afiliada a dichas sociedades, por manera que habrá de imponerse condena en su contra por esos valores, lo cual además resulta procedente en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta, a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, contrario a lo indicado por dicha entidad en su apelación, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones, los cuales deberán asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción-ineficacia de traslado

Se debe precisar que la acción de inejecución del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional y por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

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

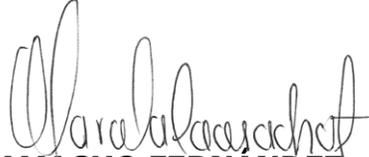
RESUELVE

PRIMERO. – ADICIONAR la sentencia proferida el 23 de julio del 2020 por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, en el sentido de CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN y a la AFP OLD MUTUAL a trasladar a COLPENSIONES lo que hayan deducido por concepto de gastos de administración y comisiones mientras la demandante permaneció afiliada a dichas sociedades, los cuales deberán asumir de sus propias utilidades. Asimismo, se ordena a COLPENSIONES a recibir dichas sumas de dinero.

SEGUNDO. – CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí estudiada.

TERCERO.- SIN COSTAS en esta instancia.

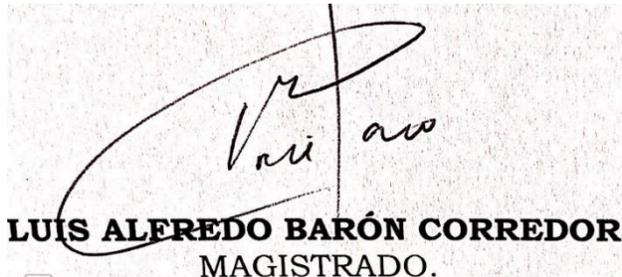
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: DORIS ELENA TARCHOPULOS SIERRA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN
RADICACIÓN: 1100131050-10-2018-00081-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

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

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", se procede a proferir el siguiente,

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Doris Elena Tarchopulos Sierra instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y la AFP PROTECCION con el fin de que se DECLARE nula o ineficaz la afiliación efectuada al RAIS a través de la AFP Colmena hoy PROTECCIÓN S.A. por el incumplimiento del deber legal de información, que generó un error de hecho como vicio en el consentimiento; asimismo, se declare que se encuentra válidamente afiliada al RPMPD y que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a partir del día siguiente de la última cotización. Como consecuencia, solicita se condene a la AFP PROTECCIÓN a devolver a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás; se ordene a Colpensiones a reconocer y pagar a su favor la pensión de vejez, el retroactivo pensional generado desde el día siguiente a la última cotización, los intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fol. 60 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 27 de julio de 1960, motivo por el cual cumplió 57 años el 27 de julio de 2017; que inicialmente se afilió al ISS con el empleador Universidad Javeriana; que en el mes de septiembre de 1998, fecha para la cual había cotizado al RPMPD 407 semanas, fue persuadida por la

entonces AFP Colmena para que se trasladara al RAIS, bajo el argumento que *"era lo mejor que había en el mercado, que el sistema pensional estaba colapsado, que se podía pensionar en cualquier momento"*; que la AFP demandada no le informó sobre la pérdida del RPMPD, la naturaleza y características del RAIS, las consecuencias, ventajas y desventajas que acarrearía suscribir el respectivo formulario de afiliación, ni puso en conocimiento escenarios comparativos de pensión entre los dos regímenes existentes, como tampoco proyecciones de lo que iba a ser su mesada pensional; que cuenta con 1.380 semanas de cotización y a la fecha de radicación de la demanda aun estaba realizando cotizaciones al Sistema General de Pensiones; que solicitó ante la AFP Protección la anulación de su afiliación, la cual fue resuelta en sentido desfavorable; que igualmente petitionó a Colpensiones activar su afiliación y el reconocimiento de la pensión de vejez, lo cual no fue resuelto por dicha entidad.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 80), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones que fueron formuladas en su contra argumentando que se presume que el traslado efectuado por la demandante lo fue en ejercicio del derecho a la libre escogencia de régimen pensional consagrado en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por lo que el mismo se reputa válido, siendo por tanto su carga la de demostrar el vicio del consentimiento a la fecha de traslado. Agregó que la accionante no se encuentra dentro del límite temporal para retornar al RPMPD, dado que cuenta con 58 años. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y la genérica. (fols. 82 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PROTECCIÓN. Contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones que se formularon en su contra. Indicó que al momento del traslado la AFP Colmena le brindó la información necesaria a la actora y en los términos definidos por la CSJ. Agregó que la convocante cuenta con 58 años de edad, por lo que no sería procedente trasladarse al RPMPD, además al 1º de abril de 1994 contaba con 33 años y 171 semanas de cotización al ISS. Propuso como excepciones de fondo las de declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, prescripción y la genérica. (119 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 8 de junio de 2020 en la que la falladora declaró probada las excepciones denominadas declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y, en consecuencia, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda; finalmente, condenó en costas a la convocante (CD fol. 145)

La decisión de la Juez se basó en que de conformidad con la jurisprudencia de la CSJ es determinante que las administradoras de fondos de pensiones garanticen que existió una decisión informada por parte del afiliado al momento de realizar su traslado, lo cual además debe ser acreditado por ellas, en virtud de la inversión de la carga de la prueba; que si bien la demandante en su escrito de demanda afirmó que la AFP accionada no le brindó ningún tipo de información al momento de su afiliación, lo cierto es que en su interrogatorio de parte afirmó que conocía la Ley 100 de 1993, que a la fecha de vinculación al RAIS le comunicaron la naturaleza y las características del RAIS,

así como que su pensión se iba a financiar con el capital que resposaba en su cuenta de ahorro individual; que igualmente se le habló sobre inversiones en la bolsa y que tenía la posibilidad de pertenecer al régimen de riesgo moderado o de alto riesgo, frente a lo cual escogió el moderado; que se le informó sobre unos bonos, al igual que podía pensionarse a cualquier edad, hacer aportes voluntarios y que conocía sobre la devolución de aportes a sus herederos, además, se le hizo una proyección pensional, finalmente, leyó el formulario de afiliación, de manera que conocía la posibilidad de ejercer su derecho al retracto.

Así, concluyó el Juzgado que la accionante sí fue debidamente informada por la AFP Colmena hoy Protección, lo cual deviene en la improcedencia de la ineficacia de su traslado.

6. Impugnación y límites del ad quem. Una vez se le dio el uso de la palabra el apoderado de la **demandante** manifestó que el Juzgado llegó a unas conclusiones desacertadas sobre el interrogatorio de parte rendido por la señora Dorids Elena, pues el hecho que se le haya informado sobre algunas características del RAIS, no implica que la AFP convocada cumplió con ese deber, pues no le documentaron sobre los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el RAIS, ni en relación con las desventajas de suscribir el formulario de afiliación. Agregó que el formulario de afiliación no debe tenerse como prueba fehaciente sobre el cumplimiento del deber de información, tal y como lo tiene definido la CSJ, entre otras, en la sentencia 68.631 de 2019, por manera que una cuando la actora aceptó que leyó dicho documento, ello no puede interpretarse como una confesión de haber recibido asesoría respecto de requisitos para pensionarse, posibilidad de acceder a la prestación de manera anticipada y edad de rendición normal del bono.

Igualmente, adujo que no le fue presentado un comparativo de cara a los requisitos establecidos en el RPMPD y la proyección que se le realizó ni siquiera se acercó a la suma de la pensión que le fue dada cuando en efecto completó los requisitos para acceder a la prestación de vejez.

7. Alegatos demandante. Solicitó revocar la sentencia de instancia y conceder la totalidad de las pretensiones incoadas en la demanda, teniendo en cuenta que brilla por su ausencia una asesoría clara, profesional y suficiente que permitiera un traslado informado; la encartada claramente se limitó a desprestigiar al I.S.S., como administradora del régimen de prima media, aprovechando la coyuntura del momento y la reputación que en ese entonces tenía el I.S.S., pero no informó las desventajas de dicho traslado, ni tampoco las ventajas de permanecer en el Régimen de Prima media con Prestación Definida, y no es cierto que no haya sido obligatorio hasta la ley de doble asesoría, pues se colige de las obligaciones descritas en el Decreto 656 de 1994 que era un deber de las administradoras involucradas ilustrar de forma objetiva y suficiente al futuro afiliado, de tal suerte que no tomara una decisión que claramente le perjudica.

8. Alegatos Colpensiones. Dijo no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante la señora DORIS ELENA TARCHOPULOS SIERRA y la AFP PROTECCION S.A es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos

jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala son (i) ¿La AFP PROTECCIÓN S.A. logró probar que brindó a la demandante la información necesaria al momento del traslado de régimen?; en caso negativo (ii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (iii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; (iv) ¿La demandante tiene derecho a que se le reconozca una pensión de vejez? y (v) ¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción en relación con las mesadas pensionales causadas?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de requisitos legales y error al momento de realizar la afiliación al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación y Cotizaciones

Se encuentra demostrado que la señora Doris Elena Tarchopulos Sierra, cotizó al ISS entre el 1° de diciembre de 1992 y el 30 de septiembre de 1998, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 4) y que el 3 de septiembre de 1998, firmó el formulario de afiliación a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. (fol. 3)

Deber de Información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PROTECCIÓN S.A., lo cual no fue objeto de alzada por ninguna de las partes.

Ahora, lo que debe precisarse, es que tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los riesgos que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que, no le corresponda al afiliado sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que la misma fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de suministrar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar por parte de la AFP para la época en que la demandante realizó el traslado al RAIS –año 1998- si bien no se requería de una doble asesoría, pues dicha obligación nace con la expedición de la Ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 del 2015, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que para esa fecha se debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica hacer un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

En el *sub lite*, contrario a lo señalado por la falladora de primera instancia, no evidencia la Sala que el actuar de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. haya sido diligente y no puede entenderse, tal y como lo indica el apoderado de la parte demandante, que por el hecho de haber realizado una proyección pensional en el RAIS e informarle algunas características del mismo como lo indicó la actora en su interrogatorio, se entienda que se brindó la información requerida al momento del traslado, pues de ninguna prueba traída al proceso y en particular de la declaración de parte, se evidencia que la AFP le haya informado a la demandante al momento del traslado sobre las ventajas y desventajas de **cada régimen**, ni las características, ni condiciones de **cada uno de ellos**, ni mucho menos las consecuencias jurídicas de su traslado. Por tanto, no es cierto que haya cumplido con su obligación de brindar la asesoría que se requería ante un traslado.

Y aunque la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP, se debe diligenciar el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido; sin embargo, lo cierto es que, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N° 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Indicó además la Corte en la sentencia SL 2324-2019, al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones,

que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP PROTECCIÓN sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica y al no hacerlo se debe declarar la ineficacia del traslado. De manera que aun cuando la actora indicó en su declaración que se le informó sobre la posibilidad de realizar aportes voluntarios, así como sobre la existencia del bono pensional, de los fondos moderados y de alto riesgo, la inversión en la bolsa de valores y la posibilidad de legar sus aportes a sus herederos, lo cierto es que ello por sí solo no es prueba del cumplimiento del deber de información, dado que como ella misma lo anotó, no le indicaron las desventajas del RAIS, ni le documentaron de manera comparativa de cara al RPMPD, lo cual deviene en la ineficacia de su traslado.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación por parte de Colpensiones

Frente a este tema, es necesario precisar que al quedar sin efecto la afiliación de la actora al RAIS, es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de **trasladar** por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A. los **aportes** efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la accionante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PROTECCIÓN de sus propias utilidades**, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 – sentencia de instancia)

Excepción de Prescripción- Frente a la ineficacia del traslado

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, y por tanto, resulta **imprescriptible**, tal como se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

Pensión de vejez ley 797 del 2003

Para acceder a una pensión de vejez bajo los parámetros del art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9° de la Ley 797 del 2003, se debe cumplir siendo mujer con 57 años de edad a partir del 1° de enero del 2014 y se requiere contar con 1300 semanas a partir del año 2015.

i) edad

La demandante acreditó el requisito de la edad, como quiera que nació el 27 de julio de 1960, conforme aparece en la copia de su cédula de ciudadanía visible a folio 2; siendo claro que cumplió los 57 años requeridos el **27 de julio del 2017**.

ii) semanas

Una vez revisada la historia laboral expedida por la AFP PROTECCIÓN S.A. se evidencia que la demandante también cumple con este requisito, pues cuenta con un total de 1370,43 semanas en toda su vida laboral.

Por tanto, la actora tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003.

Es pertinente señalar que para entrar a disfrutar de la pensión aquí reconocida es necesaria la desafiliación del sistema, conforme lo exige el art. 13 del A. 049 de 1990, la cual no ha tenido lugar, dado que la propia convocante en el hecho 17 de su demanda afirmó que a la fecha de radicación de ésta, aun estaba realizando cotizaciones al Sistema Geberal de Pensiones (fol. 63).

De esta manera, la pensión de la actora debe ser liquidada por Colpensiones conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y aplicándole una tasa de reemplazo de acuerdo a lo establecido en el art. 34 de dicha normatividad; además, la misma procede por 13 mesadas al año, conforme a lo parámetros establecidos por el Acto Legislativo 001 de 2005.

Lo anterior, hace impróspera la pretensión relacionada con el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, dado que la administradora del RPMPD no ha incurrido en mora en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, como así lo exige el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el 8 de junio de 2020, por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado al RAIS por la señora DORIS ELENA TARCHOPULOS SIERRA, identificada con la cédula de ciudadanía 22.259.476, y en consecuencia, se ordena a la AFP PROTECCIÓN S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones, los cuales debe asumir de sus propias utilidades.

SEGUNDO.- CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los aportes provenientes de la AFP PROTECCIÓN S.A. y a reactivar la afiliación de la demandante al régimen administrado por ésta.

TERCERO.- CONDENAR a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la demandante, conforme a los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, por 13 mesadas al año, una

vez ésta acredite su desafiliación del sistema, debiendo calcular su monto aplicando el IBL más favorable según el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y aplicándole una tasa de reemplazo de acuerdo a lo establecido en el art. 34 de dicha normatividad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de la AFP PROTECCIÓN y de COLPENSIONES

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



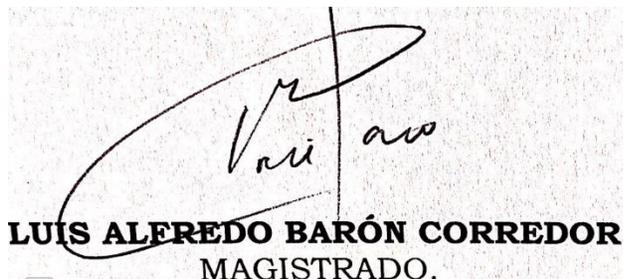
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-*