

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE - LUIS EDUARDO SÁNCHEZ GUTIERREZ - contra -Brame Comunicación Digital Sucursal Colombia-.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende el señor **LUIS EDUARDO SÁNCHEZ GUTIERREZ**, se **declare** que entre las partes existió un contrato de trabajo bajo la modalidad de obra o labor determinada vigente entre el 21 de octubre hasta el 11 de noviembre de 2014, devengando la suma de \$928.000 más el auxilio de transporte y desempeñando la labor de técnico, asimismo se **declare** que Brame Comunicación Digital Sucursal Colombia dio por terminado el contrato de trabajo y no ha cancelado al demandante lo correspondiente a sus cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones. De igual forma, solicita se **declare** que no se le ha cancelado la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T. y S.S. desde el 12 de noviembre de 2014, de igual forma, no haberle expedido la respectiva orden para la práctica de los exámenes médicos de egreso, ni haberle hecho entrega ni haberle informado el estado de las cotizaciones a la seguridad social ni parafiscalidad. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a Brame Comunicación Digital Sucursal Colombia a pagar las

cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones desde el 21 de octubre hasta el 11 de noviembre de 2014, junto con la condena de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T y S.S desde el 12 de noviembre de 2014 hasta cuando se realice el pago de las acreencias laborales junto con la respectiva indexación reconocimiento de la sanción moratoria, se **condene** ultra y extra petita y se **condene** al pago de costas procesales (fls. 5 a 7).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 5), señaló que empezó a laborar de forma personal y subordinada el servicio de la demandada el 21 de octubre de 2014, mediante un contrato de trabajo por obra o labor determinada, devengando la suma salarial de \$928.000, desempeñando el cargo de técnico en un horario laboral de 7:00 am a 5:00 pm, de domingo a domingo y que el lugar donde prestó sus servicios fue en el departamento Boyacá y Cundinamarca y que el contrato lo dio por finalizado Brame Comunicación Digital Sucursal Colombia el 11 de noviembre de 2014. Agregó que el 16 de diciembre de 2014 radicó derecho de petición reclamando el pago de sus acreencias laborales ante la entidad y que para la misma data, solicitó y convocó a Brame Comunicación Digital Sucursal Colombia ante el Ministerio del Trabajo para reclamar el pago de aportes al sistema de seguridad social, calzado, vestido, pago dominicales entre otros y para el 17 de diciembre de la misma anualidad se llevó a cabo a audiencia correspondiente sin llegar a ningún acuerdo conciliatorio, sino por el contrario la entidad demandada condicionó el pago de liquidación de prestaciones sociales hasta que realizara la entrega de un “ARNE”, no obstante, dicho elemento no lo tenía en su poder sino que lo había dejado en las instalaciones de la empresa de Boyacá y así quedó consignado en el acta de no acuerdo No. 21654 de 2014. Acotó que, a la fecha de presentación de la demanda, no se le ha consignado el pago de las prestaciones sociales por concepto de cesantías junto con sus intereses, prima de servicios, vacaciones, así como la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CSTSS, tampoco se le expidió la orden médica de egreso al momento de la desvinculación así como tampoco le informó el estado de las cotizaciones a la seguridad social y parafiscalidad.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

BAME COMUNICACIÓN DIGITAL SUCURSAL COLOMBIA contestó el introductorio (fls. 34 a 43), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 al 6, 8 y 11, no ser ciertos los numerales 7, 9 a 10, 12, 14 al 18 y 20 a 21, frente a los demás señaló no constarle o no corresponder a una situación fáctica, propuso como excepciones de fondo la denominadas inexistencia de la obligación reclamada, falta de título y causa para pedir, pago, compensación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 24 de enero de 2019 (CD – fl. 67), **declaró** que entre LUIS EDUARDO SÁNCHEZ GUTIÉRREZ y la demandada BAME COMUNICACIONES DIGITAL SUCURSAL COLOMBIA existió un contrato laboral por duración de obra determinada desde el 21 de octubre de 2014 al 11 de noviembre de 2014 y **condenó** a la demandada al pago a favor del demandante de la indemnización moratoria dispuesta en el artículo 65 del C.S.T., consistente en el pago de los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificado por la superintendencia sobre la suma de \$509.283; intereses moratorios que deberán comenzar a pagar a partir del 12 de noviembre de 2016 hasta 8 de agosto de 2018, **absolvió** a la demandada de las demás pretensiones contenidas en la demanda y **condenó** en costas al demandado en la suma de \$300.000.

Fundamentó su decisión, indicando de manera preliminar que al haberse aceptado la modalidad de contrato de trabajo, así como los extremos de la relación y el salario, la litis se centraba en determinar si en efecto se adeudaba las prestaciones sociales junto con las vacaciones e indemnización moratoria. Con relación a lo reclamado por concepto de prestaciones sociales, se encontraba demostrado en el plenario que la liquidación de contrato había ascendido a la suma de \$537. 639 en el que se le canceló lo correspondiente a salario del 1 al 11 de noviembre de 2014,

cesantías, intereses a la cesantía, prima de servicio, vacaciones y que conforme a las operaciones aritméticas realizadas, se encontraban ajustadas a derecho, conforme a la liquidación de contrato que fue arrimado al infolio junto con el título de depósito judicial, situación por la que absolvió a la demandada de lo pretendido por este concepto, incluyendo lo correspondiente a las vacaciones.

Ahora bien, con relación al pago de la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del C.S.T., dio lectura a la norma y acto seguido indicó, que dicho rubro solo se había materializó su pago el 17 de julio de 2015 a través de título de depósito judicial, sin que se evidenciara la debida comunicación al demandante, por lo que en el actuar de la demandada no se evidenciaba buena fe, máxime cuando tuvo que acudir al Ministerio de Trabajo para reclamar su pago en diciembre de 2014 en el que adicionalmente quedo consignado en el acta de no conciliación, que su pago se encontraba supedito a la entrega de un “arnes”, restándole dichas actuaciones credibilidad a la testigo con relación a la insistencia de llamadas telefónicas a efectos de que reclamara la liquidación.

Acotó adicionalmente, que en la misma normatividad se encontraba establecido que si el trabajador no iniciaba reclamación por vía judicial dentro de los dos años siguientes a la terminación del vínculo, solo se reconocía los intereses moratorios desde el mes 25 y que dicha situación había operado en el presente asunto, al haberse presentado la demanda el 15 de diciembre de 2017 y haber fenecido el vínculo el 11 de noviembre de 2014, por lo que condenó al pago de intereses moratorios a partir del 12 de noviembre de 2016 hasta cuando se verificara su pago, acto seguido y bajo adición de sentencia, previa solicitud de la parte demandante en cuanto no se podía determinar el pago del rubro reconocido; adicionó su decisión, estableciendo que los intereses moratorios debían cancelarse hasta el 8 de agosto de 2018.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que el pago de prestaciones sociales mediante derecho de petición el 16 de diciembre de 2014 y a través del Ministerio de Trabajo mediante audiencia convocada el 17 del mismo mes y año y que la entidad demandada en esa diligencia, había señalado que no había realizado el pago por falta de entrega de un “arnés”, sin que tuviera ninguna comunicación posterior, realizándose solo el pago hasta julio de 2015 y solo teniendo conocimiento de la constitución de depósito judicial el 12 de julio de 2018, situación por la que rechazó se favoreciera con la decisión judicial a la empresa, ordenándole solo el reconocimiento de intereses moratorios y desde el 12 de noviembre de 2016. Razón por la que solicitó se reconociera la indemnización moratoria desde el día siguiente de la terminación del vínculo laboral, esto es, desde el 12 de noviembre de 2014, con un día de salario por cada día de retardo, hasta cuando tuvo conocimiento del título.

La parte demandada, de igual forma, **interpuso recurso de apelación**, indicando que para que procediera la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 CST, debía probarse la mala fe y haciendo especial énfasis en la actuación que se surtió ante el Ministerio de Trabajo, con relación al acta de elaboración, había quedado consignado que la liquidación de contrato se encontraba a disposición del actor y así quedó consignado en el acta, especificando adicionalmente el monto que le correspondía y las disposición de entrega en las instalaciones de la empresa, advirtió que la demandada solo realizaba pagos en efectivo y que así lo había ratificado la deponente en el estrado. Agregó que la razón por la que el demandante esperara casi tres años para reclamar lo correspondiente, denotaba un interés particular y que por el contrario, su representado no había actuado de mala fe.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar, si el la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que no existe controversia en el recurso de apelación respecto de la relación laboral así como de la liquidación del contrato de trabajo. Así entonces, se tiene que entre las aquí partes existió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada, desde el 21 de octubre de 2014 al 11 de noviembre de 2014, devengando el demandante como salario la suma de \$928.000 pesos.

Indemnización moratoria

Sobre el tema, debe señalarse que esta sanción es inexorable y automática salvo que el demandado demuestre hechos que constituyan buena fe, evento en el cual podrá eximirse de su pago. Para ello, el empleador debe demostrar que su morosidad estuvo justificada en razones atendibles y que lo llevaron al convencimiento de que nada adeudaba a su trabajador (CSJ SL694-2019 y CSJ SL4330-2020).

Hecha la anterior precisión, se tiene que el contrato de trabajo culminó el 11 de noviembre de 2014, que el 16 de diciembre de la misma anualidad el demandante solicitó el pago de la liquidación del contrato de trabajo y en el que en la situación fáctica indicó “(..) *hasta el día de hoy no me ha sido cancelada mi liquidación por terminación de contrato laboral, de acuerdo por la información dada por parte de la empresa este dinero está siendo retenido por la pérdida de un arnés 4 argollas (..)*” (fls. 24-25), que el 17 de diciembre de 2014 comparecieron las aquí partes a la audiencia de conciliación, en el que el demandante la convocó a efectos de obtener el pago de la liquidación de contrato junto la indemnización moratoria y en el que adicionalmente, se extrae que la convocada demandada precisó “(..) *se adjunta a esta diligencia la liquidación para que a bien proceda a trasladarse las oficinas para su pago y requerirlo para la entrega del arne, hasta que entregue (..)*”(fls. 27-28).

Así las cosas, se debe señalar que dentro del presente asunto no nos encontramos frente a un proceder de buena fe por parte de la demandada, pues en ningún momento demostró hechos razonables que impidieran el pago de la obligación, sólo expuso en sus argumentos de disenso, que desde el momento en que se realizó la audiencia de conciliación ante el Ministerio

del Trabajo se le indicó al aquí demandante la disposición de pago de sus acreencias laborales, en la que se requería que fuera hasta las instalaciones de la empresa, aunado a un sin número de llamadas telefónicas que se le realizaron para que fuera y reclamara el pago de su liquidación, toda vez que estas se cancelaban en efectivo ante la falta de una implementación digital con la que no contaba antes la entidad y que así lo había ratificado la deponente Diana Pulido, sin que ninguno de ellos se logre entrever una verdadera e inexorable intención de cumplir con la obligación que tenía a su cargo.

No obstante lo anterior, lo que sí quedó demostrado es que en efecto la entidad accionada si condicionó el pago de liquidación de acreencias laborales, a la entrega de un implemento con el que desarrollaba las actividades el actor y solo hasta el 17 de julio de 2015, sin explicación alguna, consigna su obligación en el banco agrario, cuando debía cancelarla directamente al trabajador a la finalización del vínculo, empero, además de efectuar la consignación ocho (8) meses y 5 días después (fl. 50), sometió a reparto el título de depósito judicial siete (7) días después, esto es, el 24 de julio de 2015 (fls. 45), sin darle aviso al trabajador de ello, en tanto no obra en el expediente que le hubiere remitido alguna comunicación, al punto, que el demandante tanto en la demanda, en el interrogatorio de parte, así como en la alzada, refiere que la liquidación aún no se la había cancelado.

De suerte, que no existe justificación para que la accionada tardara más de ocho (8) meses en consignar el valor de la liquidación final de prestaciones sociales y otro tiempo más en someter el título a reparto y más aún, no poner en conocimiento del actor tal situación, pues de su dicho se desprende que solo con la contestación de la demanda supo de la existencia del título, aunado al hecho de no haber demostrado, de haberla cancelado con anterioridad.

Con todo ello, al no existir justificación alguna por parte de la accionada para no haber pagado la liquidación de prestaciones sociales a la culminación del vínculo, siendo de conocimiento del actor solo con la contestación de la demanda la existencia del título (12 de julio de 2018 – fls. 34 a 53), es por lo que se le condenará al pago de la indemnización

moratoria, en razón a \$30.933.33 diarios (\$928.000 – salario básico – fl. 34-se aceptó en contestación de la demanda), que va del 12 de noviembre de 2014 al 11 de noviembre de 2016, esto es, por los primeros 24 meses, dado que la demanda se presentó después de 2 años de haber finiquitado el vínculo, en la suma de \$22.272.000 y a partir del mes 25 es decir, del 12 de noviembre de 2016 al 12 de julio de 2018, cancelará intereses moratorios calculados sobre el valor de las prestaciones adeudadas.

En tales condiciones y sin que sean necesarias consideraciones adicionales, se **MODIFICARA** la decisión impartida por la Juez 20 Laboral del Circuito de Bogotá.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de Brame Comunicación Digital Sucursal Colombia, de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

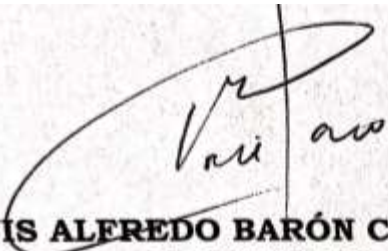
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 2° de la sentencia proferida por el Juzgado 20° Laboral del Circuito de Bogotá, el 24 de enero de 2019, en el sentido de condenar a Brame Comunicación Digital Sucursal Colombia, al pago de un día de salario por cada día de retardo en el pago de los salarios y prestaciones debidas, a razón de \$30.933.33 diarios, a partir del 12 de noviembre de 2014 al 11 de noviembre de 2016, en la suma de **\$22.272.000** y a partir del 12 de noviembre de 2016 al 12 de julio de 2018, cancelará intereses moratorios calculados sobre el valor de las prestaciones adeudadas, de conformidad con las razones esbozadas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a cargo de Brame Comunicación Digital Sucursal Colombia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

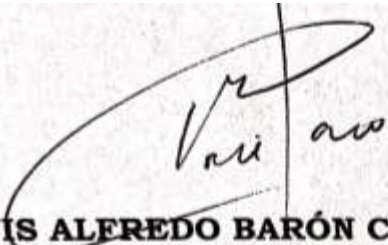


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Brame Comunicación Digital Sucursal Colombia, la suma de \$900.000 pesos.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALEXANDRA DÍAZ MUÑOZ contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende la señora **ALEXANDRA DÍAZ MUÑOZ**, se **declare** la nulidad de traslado efectuado el 20 de noviembre de 1996 a través de la AFP COLFONDOS, así como la nulidad que efectuó con posterioridad con fecha 10 de abril de 2000 con Horizonte hoy PORVENIR S.A., la efectuada el 12 de septiembre de 2007 con Skandía hoy OLD MUTUAL y finalmente la que realizó el 15 de octubre de 2008 a PORVENIR S.A., al no haberse brindado en la etapa precontractual información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y como consecuencia de la declaratoria , se retrotraigan las cosas a su estado

anterior y se le ordenen a COLPENSIONES a tenerla dentro de sus afiliados en el Régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiera trasladado, asimismo solicitó se **condenara** ultra y extra petita junto con las costas y agencias en derecho(fl. 3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 5), señaló que se trasladó a COLFONDOS el 20 de noviembre de 1996, sin que el asesor comercial le brindara información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el régimen de prima media con prestación definida con el régimen de ahorro individual con solidaridad y en especial no le realizó un estudio particular de su situación pensional, solo se centró en señalar condiciones y beneficios muy superiores; agregó que posteriormente para el 10 de abril de 2000 se trasladó a Horizonte hoy PORVENIR, que para el 12 de septiembre de 2007 se trasladó a Skandia hoy OLD MUTUAL y que para el 15 de octubre de 2008 se trasladó a PORVENIR S.A., acotó que nació el 19 de octubre de 1965 y que cumple 57 años el 19 de octubre de 2022 y que son las administradoras pensionales quienes tienen la obligación de demostrar que le ofrecieron información pertinente veraz , oportuna y suficiente con relación al cambio de régimen pensional, que al realizar simulación pensional entre uno y otro régimen resulta superior la mesada pensional que devengaría a través del régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES, que solicitó ante COLPENSIONES la nulidad de su traslado y que la misma fue resuelta en forma desfavorable.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls.76 a 85), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos los numerales 1, 4 a 7 y 15 a 16, no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción o innominada o genérica.

A su turno, **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** contestó el introductorio (fls. 105 a 118), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos aceptó los numerales 5 a 7; no ser cierto el numeral 8, en cuanto a los demás manifestó no constarle, propuso como excepciones de fondo prescripción, pago, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica.

Por su parte, la **AFP PORVENIR S.A.** también dio respuesta al libelo demandatario (fls. 128 a 135), se opuso a las pretensiones contenidas en esta. En cuanto a los hechos aceptó los numerales 7, 9 a 10, no ser ciertos los numerales 4, 6, 8 y no constarles los demás, propuso como excepciones de fondo las denominadas prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica.

Por su parte, la **AFP COLFONDOS S.A.** también dio respuesta al libelo demandatario (fls. 189 a 191), se opuso a las pretensiones contenidas en esta. En cuanto a los hechos aceptó el numeral 1, no ser ciertos los numerales 2 y 8 y no constarles los demás, propuso como excepciones de fondo las denominadas validez de la afiliación al RAIS con COLFONDOS, inexistencia de la obligación en cabeza de COLFONDOS, buena fe, prescripción e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 04 de febrero de 2019 (CD – fl. 207), **declaró** la nulidad y/o ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad efectuada por ALEXANDRA DÍAZ MUÑOZ a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. realizada el día 20 de noviembre de 1996 y consecuentemente los traslados posteriores efectuados a Horizonte hoy PORVENIR, a Skandia hoy OLD MUTUAL y nuevamente a PORVENIR S.A. el 15 de octubre de 2008; **declaró** como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES;

ordenó a PORVENIR S.A. devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones de la afiliada, junto con los rendimientos causados, con destino a COLPENSIONES y **condenó** en costas y agencias en derecho a las demandadas.

Como **fundamentó su decisión**, indicó el *a quo* que, conforme a la normatividad que rige el asunto, contenida en la Ley 100 de 1993, lo contenido en el código civil así como la jurisprudencia emanada por el órgano de cierre en torno al tema y una vez hecho la valoración del caudal probatorio obrante en el expediente, esto es, interrogatorios de parte de los representantes legales y demandante, así como los testigos, concluyó que ante la nulidad solicitada, ante el traslado de régimen efectuada, que conforme a la carga de la prueba, esta se invertía por lo que le correspondía probar a COLFONDOS que no hubo vicios del consentimiento, no obstante esta entidad demandada no demostró lo informado por el asesor a la actora, si se realizó algún tipo de artimañas o conducta dolosa para lograr el traslado de régimen, así como tampoco acreditó el nivel académico de su promotora comercial, si manejaba lo correspondiente a los temas de seguridad social; razones suficientes para concluir que las demandas si faltaron con el deber de información y no puede predicarse la existencia de un consentimiento libre y voluntario al momento del traslado de régimen de pensiones de régimen de prima media al de ahorro individual.

APELACIÓN

La parte demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, solicitó se revocara la decisión porque la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, sin que se acreditara lo correspondiente al vicio del consentimiento, pues esta había confesado que la suscripción del formulario lo había realizado de manera libre, y que se encuentra ratificado que si se le brindó por parte de la asesora información, que no debió haberse condenado en costas, así como tampoco haber declarado la nulidad en el presente asunto.

La parte demandada PORVENIR interpuso recurso de apelación, indicó en primer lugar que el acto de afiliación era un acto jurídico valido, libre de

presión entre las partes, la demandante no solicitó información a la AFP con relación a su situación pensional.

La parte demandada OLD MUTUAL interpuso recurso de apelación, con relación a la inversión de la carga de la prueba, indicó que no debía aplicarse en el presente caso y que le correspondía al afiliado probar los vicios del consentimiento, aunado al hecho de que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, ni tenía una expectativa legítima de pensión, sin que tampoco las cuantías arrojadas en las mesadas pensionales en un régimen u otro pudieran ser atendidas para anular la afiliación pues todo radica en el capital ahorrado en su respectiva cuenta, acotó que si bien el acto jurídico de afiliación no fue de su representada, esa administradora así como las otras han actuado de buena fe, pues tan es así que lleva vinculada al RAIS por 22 años, razón por la que solicitó se exonerara de una pago de costas altas debido a su buena fe.

La parte demandada COLFONDOS interpuso recurso de apelación, no compartió lo relacionado con la inversión de la carga de la prueba realizada por el juzgador y con relación a las sentencias citadas y que sirvieron de fundamento para proferir la decisión, los supuestos fácticos eran diferentes al presente asunto, y que todas hacen mención a los afiliados que son beneficiarios del régimen de transición, que solo en esos casos es donde debe darse lo relacionado con la inversión de la carga de la prueba, por lo que claramente se trata de dos situaciones diferentes.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de COLFONDOS S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de

información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debió abordarse solo desde su ineficacia, en primer lugar porque resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, ni mucho menos que se invierta la carga de la prueba en los casos en los que se alega nulidad y deba probar el extremo pasivo que no existieron los vicios referidos, situación totalmente contraria cuando se aborda su estudio desde la ineficacia, ya que cuando el afiliado alega no haber recibido la debida información cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, invirtiéndose bajo este supuesto la carga de la prueba “(...) En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo (...)” (CSJSL 1688-2019)

En torno al punto, también ha señalado la jurisprudencia que recae directamente sobre quien gravita el deber de suministrar la información, concretamente el impacto del cambio del régimen, en la medida en que con ello la “prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo” tal como lo pregonan el artículo 1604 del Código Civil (CSJSL 19447 de 2017, radicado No. 46.292).

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del

cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, situación totalmente contraria a los argumentos expuestos en el recurso de alzada, quienes indicaron que solo debe aplicarse para las personas que eran beneficiarias del régimen de transición y tenían una expectativa legítima de pensión.

Precisado lo anterior y descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora ALEXANDRA DÍAZ MUÑOZ el 20 de noviembre de 1996 (fl. 13 y 192), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A. afiliación que surtió efectos a partir del 1° de enero de 1997 (fl. 193), afiliándose posteriormente a Horizonte 10 de abril de 2000 (fl. 14), a Skandia 12 de septiembre 2007 (fl. 15) y a PORVENIR S.A el 15 de octubre de 2008 (fl. 16), encontrándose actualmente afiliada a esta última entidad (fl. 136), efectuando cotizaciones en éste régimen desde diciembre de 1996 a la fecha (fls.23 a 26, 144 a 153 y 195 a 196). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES desde el 12 de julio de 1993 al 31 de diciembre de 1996 (fls. 27 a 27 vto).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. obrante a folio 13 y 192 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que no sea beneficiaria del régimen de transición y menos aún, tenía una expectativa legítima, tal y como lo reprochan las demandadas en sus argumentos de

disenso, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión, esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; luego si no podía efectuar una proyección su afirmación carecía de sustento, de ahí que no era viable afirmar un hecho que era incierto más aún, sino tenía pruebas de ello; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a COLFONDOS S.A., pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de no ser beneficiaria del régimen de transición, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz, máxime cuando la información que se le brindó trajo consigo únicamente las ventajas del RAIS dejando de lado las desventajas y demás aspectos que traía consigo su decisión.

Refuerza lo anterior, el hecho en que si la demandante tuvo varios movimientos entre AFPS, también lo es que en el caso de HORIZONTE, SKANDÍA y PORVENIR, éstas no estaban obligadas a subsanar la información que en su momento no le brindó COLFONDOS, pues lo que ocurrió fue un traslado entre administradoras, por lo que aquellas solo les

bastaba con indicar las ventajas y desventajas frente a la otra administradora y si en gracia de discusión, se tuviere que estaban obligadas a asesorarla sobre el traslado de régimen, tal situación tampoco se demostró, en la medida que no existe prueba alguna que acredite que las afirmaciones contenidas en los formularios de afiliación relacionadas con la asesoría brindada.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual y que la integran con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

De ahí que COLFONDOS y OLD MUTUAL, también deba trasladar a COLPENSIONES lo relativo únicamente a gastos de administración, comisiones y seguros provisionales que le fueron descontados a la accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada en cada una de las administradoras, en tanto, ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales que surjan en favor de aquella y que estarán a cargo del ente de seguridad social.

Por lo que sobre estos puntos, se modificará la sentencia apelada en tanto el *a quo* con relación a PORVENIR, no ordenó la devolución de la totalidad de los rubros antes expuestos y respecto a COLFONDOS y OLD MUTUAL, se adicionará la sentencia, toda vez que no se impartió orden alguna de trasladar los emolumentos indicados en el párrafo que antecede, sin que se incluya en este último evento, algún tipo de rendimiento, habida cuenta que estos fueron trasladados en su momento a HORIZONTE y PORVENIR respectivamente, cuando devino la afiliación de la accionante a las mencionadas.

Finalmente y con relación a la imposición de condena en costas, realizada por el *a quo* en contra de COLPENSIONES y que fue otros de los puntos de disenso en el presente asunto, para la Sala es importante precisar que en consonancia con lo establecido en el numeral 1 del artículo 365 del CGP, COLPENSIONES fue vencida en juicio, al haber sido condenada a recibir todos los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante así como la de activar su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, en el que hay que precisar tal y como lo consideró el Juez de instancia que si bien no tuvo participación alguna en el acto de traslado inicial de un régimen a otro realizado por la demandante, lo cierto es que se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por lo que bajo ese entendido, se encuentra acertada la condena aquí impuesta.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁN EL ORDINAL TERCERO** y se **ADICIONARÁ** la sentencia apelada, en la forma antes expuesta y se **CONFIRMARÁ** en lo demás, por las razones aquí esbozadas.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de COLFONDOS S.A., OLD MUTUAL S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

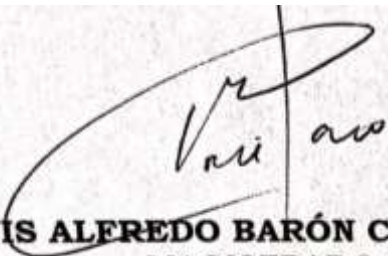
PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia apelada, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** traslade a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual.

SEGUNDO: ADICIONAR el proveído impugnado, en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** traslade a COLPENSIONES las sumas descontadas a la demandante por concepto de gastos de administración, comisiones y seguros provisionales, conforme a lo aquí considerado.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del 26 de febrero de 2019, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de COLFONDOS S.A., OLD MUTUAL S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

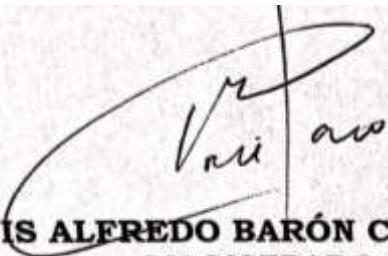


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A., OLD MUTUAL S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, la suma de \$900.000 pesos, para cada una.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE -BLANCA NOHORA CORTES DE POVEDA-
CONTRA -LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES-**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita la señora **BLANCA NOHORA CORTES DE POVEDA**, se **condene** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, ordenando la inclusión de la demandante en la nómina de pensionados y el pago retroactivo de las mesadas dejadas de pagar, asimismo se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas procesales (fl. 7-36).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 2 a 3 y 30 a 31 del plenario, en los cuales en síntesis se señaló; que el causante Diego Poveda Chávez trabajó para el INPEC desde 16 de agosto de 1965 hasta el 31 de julio de 1972, asimismo haber laborado para el señor MAURICIO LOPEZ CORREA desde el 1 de abril de 1973 hasta el 8 de julio de 1973, por lo que aseveró que los últimos aportes habían sido realizados a COLPENSIONES, aportando un total de 594 semanas conforme lo indicó la entidad en la Resolución SUB 21235 del 24 de enero de 2018, que le negó el reconocimiento pensional. Agregó que la fecha de su fallecimiento fue el 11 de julio de 1999 y que en vida contrajeron matrimonio por el rito católico el 5 de julio de 1967, conviviendo con el causante hasta el último día de vida, del cual procrearon 2 hijos de los cuales dependían económicamente a la fecha de su muerte.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 4, 11 y 13, no corresponder a una situación fáctica los numerales 8 y 12 y no constarle los restantes, propuso como excepciones de fondo las denominadas carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y de la obligación reclamada, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación e innominada o genérica (fls.42 a 49).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 7 de febrero de 2019, **absolvió** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora BLANCA NOHORA CORTES DE POVEDA, y **condenó** en costas al demandante (CD fl.70).

Como argumento de su decisión, el *a quo* precisó que conforme a registro civil de defunción se acreditaba, que el señor Diego Poveda Chávez había fallecido el 11 de julio de 1999, en cuanto la calidad de cónyuge indicó encontrarse acreditada mediante el registro civil de matrimonio allegada al infolio y en cuanto a la convivencia, haberse acreditado con los testigos recepcionados, por lo que partiendo de esta premisa, pasó a realizar el estudio, si el causante contó con la densidad de semanas mínimas de cotización para que su cónyuge tuviera derecho a percibir pensión de sobrevivientes y en la que atendiendo la fecha de fallecimiento del causante, la normatividad aplicable era la contenida en los artículos 46 y 47 Ley 100 de 1993 en su versión original.

Trajo a colación lo consignado en el acto administrativo que negó el reconocimiento pensional a la aquí demandante, indicando que para la fecha de fallecimiento no se encontraba cotizando al sistema y que tampoco había cotizado 26 semanas en el año inmediatamente anterior a su deceso, por lo que procedió a realizar el estudio bajo la condición más beneficiosa, esto es, bajo el acuerdo 049 de 1990, señalando que no había cotizado 300 semanas exclusivas al ISS en cualquier época, ni 150 semanas en los 6 años anteriores al 1 de abril de 1994, pues solo contaba con 233 semanas cotizadas a ese régimen, sin que pudiera tenerle en cuenta los servicios prestados al INPEC, toda vez que recordó que a los trabajadores oficiales no le era aplicable las mismas normas que a los particulares, por lo que no era procedente acumular tiempos

públicos y privados, razón por lo que no cumplía con los requisitos bajo la anterior normatividad .

APELACIÓN

LA PARTE ACTORA interpuso recurso de apelación, solicitando se revisara la presente decisión y en su lugar revocara la misma, aduciendo que ni la jurisprudencia ni la doctrina, ni la la Ley, señalaba la exclusividad de los aportes al sistema pensional, por lo que no excluía la acumulación de tiempos públicos para su estudio y que al tratarse de un sistema integral, le asistía derecho a percibir la prestación solicitada.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si a la demandante le asiste derecho a la pensión de sobrevivientes a causa el fallecimiento de su cónyuge DIEGO POVEDA CHAVEZ, en virtud del principio de la condición más beneficiosa.

Previo a resolver lo anterior, debe precisar la Sala que no fue objeto de controversia en el presente asunto la fecha de fallecimiento del señor Diego Poveda Chávez, para el 11 de julio de 1999, de conformidad con el registro civil de defunción que milita a folio 14 del expediente. De igual forma, tampoco fue objeto de controversia la calidad de cónyuge beneficiaria de la demandante, toda vez que encontró su respaldo con el registro civil de matrimonio (fl. 15) junto con la acreditación de la convivencia, con la versión de los testigos Héctor Alfonso Jiménez Mesa y Martha Doris Zamudio Rojas, allegados al plenario.

Pensión de sobrevivientes

Sobre el tema, es menester precisar que viene sentado por la Corte Suprema de Justicia, que es la fecha de fallecimiento la que determina la norma aplicable al caso, siendo ésta el 11 de julio de 1999 (fl. 14) por lo que al ser una pensión de sobrevivientes, ya que se trata de la muerte del afiliado, se debe estudiar si este dejó causada la prestación a los posibles beneficiarios, al tenor de lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, en la medida que para esa data no había entrado en vigencia la modificación de la ley 797 de 2003, la cual exige para acceder a la prestación,

que el afiliado hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

Al constatar si se acreditan tales requisitos, se tiene que la actora aportó la Resolución SUB 21235 del 21 de enero de 2018 que negó el reconocimiento pensional solicitado por la actora (fls. 11 a 13), en el que se establece que la demandante aportó para el INPEC un total de 2505 días, desde el 16 de agosto de 1965 hasta el 31 de julio de 1978, y por intermedio de los privados LOPEZ CORREA MAURICIO y COLMAQUINAS SAS aportó al ISS un total de 1655 días, este, desde el 12 de abril de 1973 hasta el 3 de abril de 1978.

Situación por la que se colige, que no se dan los presupuestos enunciados en la norma en cita para acceder a la pensión deprecada.

No obstante, en lo que tiene que ver con la **condición más beneficiosa**, la Corte Constitucional en la Sentencia SU 442 de 2016, analizó el caso de una pensión de invalidez en la que dio aplicación a dicho principio, el cual, también es dable en tratándose de pensiones de sobrevivientes como el presente asunto.

Así, dicha Corporación al analizar este principio, señaló:

“La Corte determinó que por haber reunido más de 300 semanas antes de entrar en vigencia el sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, momento para el cual su situación estaba gobernada por el Decreto 758 de 1990, se forjó entonces para el accionante una expectativa legítima de que, en lo pertinente, este requisito le sería respetado. Si bien el legislador podía introducir ajustes o incluso reformas estructurales al sistema pensional, debía hacerlo en un marco de respeto por los derechos adquiridos y las expectativas legítimas”

(..)

“La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional han señalado como fundamentos centrales de la condición más beneficiosa esencialmente los siguientes: (i) La seguridad social, la Constitución garantiza a todos los habitantes “el derecho irrenunciable a la seguridad social” (CP art 48). Por ser un derecho expresamente estatuido en la Carta, debe ser interpretado de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia; (ii) La protección de las personas que por sus condiciones de salud se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Cuando la condición más beneficiosa, se aplica a las solicitudes de pensión de invalidez, concurre además un grupo de principios constitucionales que protegen a las personas que –por ejemplo debido a su salud- están en circunstancias de debilidad manifiesta. La Constitución consagra el derecho de todas las personas que “se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” a ser protegidas “especialmente” con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad “real y efectiva”; (iii) La confianza legítima. Aunque el riesgo que activa

el acceso a la pensión de invalidez tiene por principio un carácter futuro, incierto e imprevisible, no por eso se pierde en este contexto el derecho a la protección de la confianza legítima. Quien ha reunido la densidad de semanas de cotización para pensionarse por invalidez en vigencia de un régimen, aun cuando no haya perdido aún la capacidad laboral en el grado exigido por la Ley, se forja la expectativa legítima consistente en la posibilidad de pensionarse en caso de que sobrevenga la ocurrencia del riesgo; (iv) La condición más beneficiosa. Una vez una persona contrae una expectativa legítima en vigencia de un esquema normativo alcanza entonces un derecho a que le sea protegida. Este derecho es además de raigambre constitucional, y por serlo ampara a la persona frente a una pérdida de su fuerza de trabajo o capacidad laboral. En tal virtud, le es aplicable la protección específica de la Constitución. (subrayado fuera del texto original).

Se puede caracterizar el principio de la condición más beneficiosa en pensiones de invalidez como un derecho constitucional, en virtud del cual una solicitud de reconocimiento pensional puede examinarse conforme a la condición más beneficiosa prevista en normas anteriores a la vigente al estructurarse una pérdida de 50% o más de capacidad laboral, en la medida en que la persona se haya forjado una expectativa legítima en vigencia de la normatividad anterior, y en que la reforma de esta última no se haya acompañado de un régimen de transición constitucionalmente aceptable. En la jurisprudencia se ha aplicado precisamente a la pensión de invalidez tras observar que la sucesión de regímenes y normas aplicables al aseguramiento de este riesgo ha estado desprovista de esquemas para la transición que protejan las expectativas legítimas”

Bajo ese entendido, es dable en aplicación al principio de la condición más beneficiosa, analizar si la demandante, tiene derecho a la pensión de sobrevivientes bajo los parámetros de la normatividad anterior, esto es, del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual exige acreditar 150 semanas cotizadas dentro de los 6 años anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o 300 semanas en cualquier tiempo previo a la muerte del afiliado.

Al verificar tales presupuestos, se extrae de la Resolución SUB 21235 del 24 de enero de 2018 expedida por COLPENSIONES, que negó el reconocimiento pensional, que el estudio se realizó bajo los presupuestos normativos contenidos en la Ley 100 de 1993, determinando que no se cumplía, por lo que acto seguido, procedió a realizar el estudio en aplicación de la condición más beneficiosa, esto es, bajo el Decreto 758 de 1990, no obstante concluyó que revisada la historia laboral, no acreditaba 300 semanas cotizadas de forma exclusiva al ISS, así como tampoco las 150 semanas dentro de los 6 años anteriores al 1 de abril de 1994, por lo que al contar con tan solo 236,43 semanas (sin contar el tiempos laborado con el INPEC), resolvió no acceder a la prestación solicitada; presupuesto fáctico avalado por el Juez de Primera Instancia, al indicar que dicha normativa no permitía que se computaran tiempos públicos y privados.

Así las cosas, es del caso indicar que la Corte Constitucional en sentencia SU – 769 de 2014, señaló que para la aplicación del Acuerdo 049 de 190 aprobado por el Decreto 758 de 1990 se podían acumular las semanas cotizadas al ISS hoy COLPENSIONES con tiempo servido al Estado no cotizado, en razón a que algunas personas no alcanzaban a obtener **el derecho a la pensión mínima** por no tener las 1,000 semanas en cualquier tiempo o las 500 dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad para pensionarse, maximizando de esa manera el goce efectivo del derecho fundamental a la seguridad social de un grupo poblacional vulnerable que se había visto disminuida en su capacidad laboral para obtener los recursos necesarios que le permitían tener una subsistencia en condiciones dignas.

Criterio que en su momento la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral aún no había adoptado, empero, en reciente jurisprudencia varió su postura, acogiendo los planteamientos dados por la Corte Constitucional, como se extrae en la sentencia **SL 1947 del 1° de julio de 2020**, en la cual se precisó:

“En este punto, es oportuno señalar que la jurisprudencia de esta Corporación ha adocinado la improcedencia en la sumatoria de semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales con tiempos de servicios públicos a efectos de conceder la pensión de vejez contemplada en el Acuerdo 049 de 1990, bajo el entendido de que esta normatividad no previó expresamente tal posibilidad, como sí lo hizo unos años atrás la Ley 71 de 1988.

En este sentido, la Sala predicó que la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990 solo podía configurarse con el cumplimiento de las edades mínimas allí previstas y un mínimo de 500 semanas de cotización en los 20 años anteriores a éstas o 1000 semanas en cualquier época, bajo el presupuesto que éstas fueran efectivamente aportadas al ISS y en los términos fijados por sus reglamentos.

Asimismo, la jurisprudencia de la casación del trabajo resaltó que el legislador en el año 1993 dispuso el cómputo de tiempos públicos y privados para el acceso a la pensión de vejez, a través de lo dispuesto en el parágrafo 1.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que éste resultaba aplicable a las pensiones gobernadas en su integridad por esta normativa

No obstante, ante un nuevo estudio del asunto, la Corte considera pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas.

Para modificar tal criterio jurisprudencial, debe destacarse que tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tuvo como finalidad esencial proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, a fin que estuvieran cobijados por la legislación precedente, en los aspectos definidos por el legislador.

Este tipo de regímenes se prevé en los sistemas de seguridad social a fin de que los cambios legislativos en materia pensional no sean abruptos para los ciudadanos, sino que su aplicación sea progresiva y gradual y no se afecten las expectativas legítimas de quienes se encontraban cerca de consolidar los derechos prestacionales. Es el

establecimiento de condiciones de transición lo que garantiza la aplicación ultra activa de la disposición anterior, se reitera, en algunos aspectos definidos por el propio legislador.

Específicamente, el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultra activos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

Lo anterior permite reconocer que, durante su trayectoria profesional, las personas pueden estar unos tiempos en el sector público o en el sector privado, dado que ello hace parte de las contingencias del mercado laboral y lo relevante es que el Estado permita tener en cuenta lo uno y lo otro para el acceso a prestaciones económicas, pues, en últimas, lo que debe contar es el trabajo humano.

La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultra activa de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

En tal dirección, así debe entenderse el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un parágrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este parágrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo

de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens.

Conforme al art. 36 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiario del régimen de transición en el caso de los hombres, debía contar para el 1° de abril de 1994, con 40 o más años de edad, o 15 o más años de servicios cotizados.

De acuerdo con lo anterior, quienes reúnan los requisitos señalados tendrán derecho a la pensión de vejez o de jubilación cuando cumplan la edad y el tiempo de servicios o el número de semanas establecidas en el régimen que se venía aplicando con anterioridad al 1° de abril de 1994". (subrayado y negrilla fuera del texto original).

Precisado lo anterior y atendiendo los tiempos públicos y privados cotizados por el señor POVEDA CHAVEZ previo a su deceso, se extrae que conforme a Certificado de Información Laboral – Formatos 1, 2 y 3 expedido por el Instituto Nacional Penitenciario Carcelario que milita a folios 16 a 25 del expediente, registra como entidad empleadora -Ministerio de Justicia- y entidad donde se realizaron los aportes pensionales -Cajanal- dentro del periodo comprendido entre 16 de agosto de 1965 hasta el 31 de julio de 1972, cotizando un total de 2557 días, equivalente a 368,28 semanas; y de los periodos privados cotizados ante el ISS con López Correa Mauricio y Colmaquinas S.A.S (fls. 11 a 13) un total de a 1655 días equivalente a 236.42 semanas, por lo que al 1° de abril de 1994, es decir, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el causante había cotizado un total de 604,7 semanas; tiempo que le permite acceder a la prestación en los términos del Decreto 758 de 1990, en la medida que acreditó más de 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo previo al fallecimiento.

En cuanto al monto de la prestación, debe precisar la Sala que conforme al material probatorio obrante en el expediente, no se allegó el reporte de semanas tradicional para determinar el ingreso base de cotización del tiempo en que realizó aportes al extinto ISS, por lo que este corresponderá al salario mínimo legal mensual vigente, el cual se cancelará sobre 14 mesadas al año, en la medida que la prestación se causó el 11 de julio de 1999, es decir, antes de la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005.

Prescripción

Al respecto, se tiene que la pensión se causó el 11 de julio de 1999 (fl. 14), la demandante solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 17 de noviembre de 2017 y fue negada mediante acto administrativo SUB 21235 del 24 de enero de 2018 (fls. 11 a 13) y la demanda la presentó el 29 de mayo de 2018 (fl. 28), sobrepasando el término trienal de que trata el artículo 151 del CPL, de ahí que se

encuentren prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 17 de noviembre de 2014.

En consecuencia de lo anterior, **se REVOCARA la sentencia apelada y en su lugar, ordenará el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante en un 100%, a partir del 11 de julio de 1999** la cual ascenderá a UN SMMLV, por no acreditarse los salarios sobre los que cotizaba el causante ante el ISS y, por 14 mesadas, juntos con los reajustes legales, de la cual **deberá pagarse** a partir del **17 de noviembre de 2014**, en la misma cuantía conforme al análisis realizado en precedencia, con relación a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES y cuyo **retroactivo** deberá cancelarse **a partir del 18 de noviembre de 2014**.

C O S T A S

En aplicación del artículo 365 del Código General del Proceso, no se causarán costas en esta instancia, las costas de primera instancia estarán a cargo de la parte demandada.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, LA SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

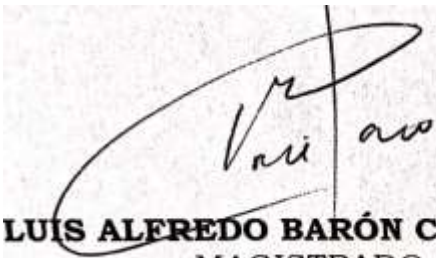
R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, el 08 de febrero de 2019 y en su lugar, condenar a la demandada a **reconocer y pagar** la pensión de sobrevivientes a la demandante, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre y sujeta a los reajustes de ley, a partir del 11 de julio de 1999 en cuantía de UN SMMLV, y a **pagarla** a partir del **17 de noviembre de 2014**, en cuantía de UN SMMLV, cuyo retroactivo deberá cancelarse a partir del 18 de noviembre de 2014, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción y no probadas las demás excepciones propuestas por COLPENSIONES.

TERCERO: SIN COSTAS en ésta instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARY YOLANDA GONZÁLEZ TORRADO contra ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PROTECCIÓN S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende la señora **MARY YOLANDA GONZÁLEZ TORRADO**, se **declare** la ineficacia y/o nulidad de la afiliación a las AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A, al no haber sido informada suficiente, veraz e idóneamente sobre las condiciones pensionales a las que tendría derecho en la etapa precontractual y durante la permanencia en el régimen de ahorro individual, así como la omisión en cuanto a las condiciones económicas, jurídicas, financieras, actuariales y comparativas entre los dos regímenes pensionales, asimismo se **declare** que COLPENSIONES debe verificar y recibir a satisfacción la integridad de los aportes pensionales efectuados al Régimen de Ahorro Individual, actualizando su historia laboral y sin deducción por parte de PROTECCIÓN y PORVENIR de costo administrativo o fondo de solidaridad y PROTECCIÓN trasladar todos los aportes con fecha

de afiliación al Régimen de Prima Media sin solución de continuidad, desde el 1 de octubre de 1983. . Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a COLPENSIONES a aceptar el traslado desde el 1 de octubre de 1983, se **condene** a COLPENSIONES a recibir los valores en su integridad, actualizando la historia laboral; y se **condene** ultra y extra petita y al pago de las costas y agencias en derecho a las demandadas (fl. 5). Con relación a lo solicitado en la pretensión quinta condenatoria, fue excluida del libelo inicial al momento de la subsanación de la demanda, al no haberse agotado reclamación administrativa con relación a esta (fl. 113)

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 a 4), señaló que nació el 28 de agosto de 1960 y que en la actualidad tiene 57 años de edad, agregó que se afilió al seguro social el 1 de octubre de 1983 y que para el 31 de agosto de 1995 le realizaron formulario de afiliación con la AFP PROTECCIÓN S.A., sin suministrarle información acerca de los regímenes pensionales, los beneficios y desventajas de cada uno de ellos, así como tampoco se le hizo entrega del reglamento de funcionamiento del fondo. Asimismo aseveró, no habersele informado sobre los riesgos de selección, ni advertirle por escrito la facultad de retractarse de la afiliación realizada, ni las diferentes modalidades pensionales existentes, ni que la conformación y edad de su núcleo familiar de beneficiarios tenían incidencia en el monto de la mesada pensional, ni que el reconocimiento y monto dependían de la acumulación de capital y rendimientos financieros, así como tampoco le informó de la imposibilidad de traslado cuando le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad pensional; que solo le fue informado que podía pensionarse a cualquier edad, que en ese régimen tendría mejores beneficios que en el régimen de prima media y con relación al asesor comercial, indicó que no contaba con la capacitación adecuada, así como tampoco, con el debido profesionalismo, sin advertirle los cobros que por concepto de comisión por la administración de los recursos se le cobraban.

Frente a la situación fáctica, con relación a la afiliación que realizó con posterioridad con la AFP PORVENIR, precisó que para el 31 de julio de 2003 le hicieron suscribir un formulario sin que se le ilustrara las desventajas y beneficios de afiliarse a cada uno de los regímenes pensionales, y trajo a

colación las mismas falencias narradas con la administradora PROTECCIÓN.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls.121 a 125), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos los numerales 1 y 2 y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho por falta de causa y título para pedir y declaratoria de otras excepciones.

A su turno, la **AFP PORVENIR S.A.** contestó el introductorio (fls. 134 a 144), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos aceptó los numerales 1 a 2, 25 a 26 y 29; no ser ciertos los numerales 20 a 24, 27 a 28,30 a 35, en cuanto a los demás manifestó no constarle, propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones.

Por su parte, la **AFP PROTECCIÓN S.A.** también dio respuesta al libelo demandatario, se opuso a las pretensiones contenidas en esta. En cuanto a los hechos aceptó el numeral 9, no ser ciertos los numerales 4 a 8 y 10 a 19 y no constarles los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 19 de febrero de 2019 (CD – fl. 256), **absolvió** de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante MARY YOLANDA GONZÁLEZ TORRADO a las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.,

condenó en costas y agencias en derecho a la demandante MARY YOLANDA GONZÁLEZ TORRADO.

Como **fundamentó su decisión**, indicó el *a quo* que, la ley 100 de 1993 en su artículo 13 literal b), hacía alusión a la elección del régimen que debía realizarse por escrito, indicó que a folio 145 estaba el certificado de asofondos en donde se indicaba que la demandante encontrándose afiliada inicialmente en Colpensiones, se trasladó a PROTECCIÓN y posteriormente se trasladó a COLMENA y finalmente se trasladó a PORVENIR, por lo que claramente se extraía que se encontraba la actora en el régimen de ahorro individual con solidaridad y que el traslado de régimen se había realizado para el mes de julio de 1995, conforme se extraía del formulario PROTECCIÓN S.A visible en el plenario a folio 44 y 20, por lo que lo que la pretensión se encontraba orientada a que se declara la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen así como el traslado que efectuó entre fondos pensionales.

Así las cosas, trajo a colación los artículos 1745 y 1741 del Código Civil, frente al traslado de régimen, indicó que estaba el formulario diligenciado por la demandante con fecha 31 de agosto de 1995, así como la fotocopia del documento de identidad en el que se extraía que había nacido el 28 de agosto de 1960, por lo que a la fecha de suscripción del mismo, tenía 34 años de edad, siendo una persona totalmente capaz y, con relación al acto jurídico, se verificaba que tenía un objeto y causa lícita conforme se encontraba reglado en la Ley 100 de 1993 así como en el artículo 2 del decreto 1642 de 1995 en su calidad de servidora pública, y en cuanto al error fuerza o dolo, se extraía que el traslado de régimen se había efectuado de manera libre y voluntaria y sin presiones y que había confesado en los hechos 9 y 10 de la demanda que PROTECCIÓN le dio información, al no haber asistido a la audiencia del artículo 80 en la que se le practicaría el interrogatorio de parte, situación que se tuvo como un indicio grave en su contra.

Aunado a lo anterior, indicó que el formulario de afiliación visible a folio 203 del expediente que no fue tachado de falso, y en el que se estipulaba lo correspondiente al retracto y la suscripción libre y voluntaria, así como los

formularios de los traslados entre las administradores pensionales que realizó con posterioridad, situación por la que concluyó que al ser mayor de edad, aunado a los actos jurídicos entre el traslado de régimen y los traslados efectuados entre administradores, eran totalmente lícitos y al no existir vicio del consentimiento, esto es al haberse realizado de forma libre, voluntaria y sin presiones, aparte de lo que se encuentra consignado en los formularios, que fue asesorada en debida forma, y la confesión de haber recibido asesoría, no decretó nulidad.

Sumado a lo anterior y con relación a la ineficacia, indicó haberse acreditado en el expediente, que las administradoras informaron por el medio más expedito, esto es, a través de edicto emplazatorio en un diario de alta circulación, la posibilidad que tenía la demandante de traslado, cuando le faltaran más de 10 años para pensionarse y así se acreditó en el plenario; aunado al hecho de los tres formularios que realizó de traslado ratificó su intención de pertenecer al régimen de ahorro individual, así como las semanas que se encuentra cotizando a PORVENIR desde el 2003 hasta el 2018.

CONSULTA

LA PARTE ACTORA no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP PROTECCIÓN es nula y/o ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a que PORVENIR traslade a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Traslado de régimen

Previo a resolver lo pertinente, se hace necesario establecer si en efecto, existió un traslado de régimen, como inicialmente lo estudio el *a quo* quien determinó que el mismo no era nulo, así como tampoco ineficaz.

Al respecto, se tiene que según el reporte de semanas cotizadas por la demandante al ISS hoy COLPENSIONES (fl. 131), se evidencia que efectuó aportes a este de manera interrumpida desde el 01 de marzo de 1984 hasta el 30 de junio de 1985 y posteriormente el 05 de junio de 1995 se afilió a la AFP PROTECCIÓN (fls. 44-203), de donde se colige, que en el presente caso lo que hubo fue una selección inicial de régimen y no un traslado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 13 de la ley 100 de 1993 y 3° del Decreto 692 de 1994, en tanto este último opera después de efectuada la selección inicial, en los términos del artículo 15 del aludido Decreto.

Ahora bien, de la historia laboral expedida por PORVENIR allegada por la demandante, se indica que laboró al servicio del MUNICIPIO DE BUCARAMANGA del 26 de agosto de 1986 al 30 de junio de 1995, tales aportes no aparecen en la historia laboral de COLPENSIONES luego es claro que los mismos se debieron efectuar a través del mismo municipio o a través de alguna caja, fondo o entidad de previsión social del orden territorial legalmente habilitada para ello.

Bajo ese entendido, al ser el MUNICIPIO DE BUCARAMANGA una entidad del orden territorial es claro que la **Ley 100 de 1993, en los términos del artículo 2° del Decreto 1642 de 1995, entró a regir para este tipo de servidores el 1° de enero de 1996**, de ahí que tenían hasta el 31 de diciembre de 1995 para seleccionar tanto el régimen de pensiones como la administradora con la cual deseaban vincularse, encontrando que en el caso de la demandante, ésta decidió acogerse al RAIS administrado por PROTECCIÓN según el aludido formulario de afiliación.

Dicho lo anterior, encuentra la Sala que la Corte Suprema de Justicia en sentencia 39772 del 5 de octubre de 2010, señaló:

“De acuerdo a lo anterior, confunde el Tribunal lo que es la afiliación al sistema de seguridad social, que ha sostenido la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como la de esta Sala, tiene un carácter vitalicio, se efectúa a través de una primera y única inscripción y no se pierde o suspende porque se dejen de causar cotizaciones en un determinado interregno de tiempo, con la vinculación a uno de los dos regímenes de pensiones que contempla dicho sistema, y que delimita muy claramente el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, en los siguientes términos:

*“**Permanencia de la afiliación.** La afiliación al Sistema General de Pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tengan más de seis meses de no pago de cotizaciones.”* (Subrayas fuera de texto)

Del hecho que la afiliación al Sistema General de Pensiones sea única y permanente, no se desprende, entonces, como lo dedujo el Tribunal, que para efectos de la selección de régimen de pensiones a que se refiere el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el trabajador ya estuviere matriculado en el correspondiente al de prima media con prestación definida, desde el año 1985, cuando se afilió por primera vez al ISS, porque esa vinculación anterior apenas se dio hasta el año de 1990, de modo que cuando entró a regir el nuevo sistema se encontraba inactivo, y el afiliado vino a manifestar su voluntad de matricularse en uno u otro de los regímenes contemplados en la nueva legislación apenas en el año de 1995, cuando se afilió al ISS, estando vigente la Ley 100 de 1993.

La selección prevista en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, solo vino a operar a partir del 1 de abril de 1994, tal como se establece en el artículo 3 del Decreto 692 de 1994, al disponer:

“Selección de régimen pensional. A partir del 1 de abril de 1994, los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen. En consecuencia deberán seleccionar un de los siguientes regímenes:

“a) Régimen Solidario de Prima Media de Prestación Definida;

“b) Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 100 de 1993, ninguna persona podrá estar simultáneamente afiliada a los dos regímenes del sistema.”

Ahora bien, caso diferente es el de aquellos que venían vinculados al ISS al 31 de marzo de 1994 y continuaron afiliados a dicha entidad en vigencia de la nueva legislación, frente a los cuales dispuso el inciso final del artículo 11 ibidem:

“Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS pueden continuar en dicho Instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento

se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado.”

Además, debe decirse que no cabe entender que el trabajador hubiere seleccionado régimen de pensiones desde el 8 de abril de 1985, como lo entendió el Tribunal, cuando aún no había entrado en vigencia el nuevo sistema general de pensiones y, por lo tanto, ni siquiera existía opción de régimen pensional a escoger, ya que el único existente era el administrado por los Seguros Sociales en el sector privado.”

Conforme a ello, es importante precisar que cuando empezó a regir el sistema general de pensiones para este tipo de servidores públicos -1° de enero de 1996-, la actora decidió afiliarse a PROTECCIÓN el 05 de junio de 1995, luego es claro que cuando surgió la oportunidad previo a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 de seleccionar entre uno u otro régimen, ella optó por el RAIS, pues así se desprende del formulario de afiliación (fl. 44-203), por lo que a ser esta su primera y única vinculación al sistema la vigencia del mismo, no resulta dable hablar de traslado de régimen, en tanto hasta ese momento (05 de junio de 1995), expreso su voluntad de selección de régimen.

De suerte, que en el presente asunto no había lugar a analizar las implicaciones que conllevaba el traslado de régimen, pues si bien esta Sala no desconoce que las AFP están obligadas a brindar una asesoría e informar de manera clara y eficaz las consecuencias que trae consigo la decisión de trasladarse, lo que conlleva a que en esos procesos se juzgue y reproche tal situación en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia en la línea jurisprudencial que a la fecha ha trazado sobre el tema, lo cierto es que en el caso puntual del demandante al no existir un traslado en tanto como se dijo, lo que devino fue una selección inicial de régimen, no procede el estudio de nulidad o ineficacia planteada.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia objeto de consulta en la forma antes anotada.

COSTAS

SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

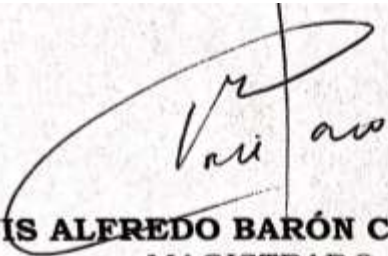
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NORA LEONOR LOCARNO DÍAZ GRANADOS contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende la señora **NORA LEONOR LOCARNO DÍAZ GRANADOS**, se **declare** la nulidad total del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual a través de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. por haber sido inducida a un error de hecho que vició su voluntad y, como consecuencia se **condene** a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. a devolver todas las sumas de dinero que hubiera recibido con motivo de la afiliación, así como los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, bonos pensionales, frutos e intereses en aplicación del artículo 1746 del Código Civil, sin deducción alguna de dineros por conceptos de mesada pensional (fl. 3 a 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 5 a 7), señaló que se afilió al ISS el 2 de marzo de 1990 cotizando un total de 236.57 semanas y que para el 31 de enero de 2002 realizó traslado a COLFONDOS S.A., en el que esta entidad le brindó beneficios de orden financiero, le informó que el ISS iba a desaparecer, no le indicó los elementos esenciales para el disfrute de la pensión, ni mucho menos lo correspondiente al valor de la mesada pensional. Agregó que para el 1 de marzo de 2002 realizó traslado a PORVENIR S.A., solicitándole a esta última entidad una simulación pensional, en la que se evidenciaba que su mesada era mayor en el régimen de prima media, no obstante guardó silencio y le indicó que ya se encontraba a menos de 10 años para pensionarse y que el dinero depositado por concepto de mesadas pensionales, solo se le reconocería el salario mínimo, situación que no le permite retirarse de forma digna de su actual actividad laboral.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls.61 a 63), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifestó ser cierto el numeral 3.3 y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho por falta de causa y título para pedir y declaratoria de otras excepciones.

A su turno, la **AFP PORVENIR S.A.** contestó el introductorio (fls. 74 a 81), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos aceptó los numerales 3.8 y 3.9; no ser cierto el numeral 3.7, en cuanto a los demás manifestó no constarle, propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

Por su parte, la **AFP COLFONDOS S.A.** también dio respuesta al libelo demandatario (fls. 130 a 135), se opuso a las pretensiones contenidas en esta. En cuanto a los hechos aceptó el numeral 3.7 y 3.9, no ser ciertos los

numerales 3.5 a 3.6 y no constarles los demás, propuso como excepciones de fondo las denominadas validez de la afiliación al RAIS con COLFONDOS, buena fe, prescripción de la acción para demandar la nulidad de la afiliación, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho e la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 04 de marzo de 2019 (CD – fl. 118), **absolvió** de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante NORA LEONOR LOCARNO DÍAZ GRANADOS a las demandadas COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A, **condenó** en costas y agencias en derecho a la demandante.

Como **fundamentó su decisión**, indicó el *a quo* que, la ley 100 de 1993 establece dos regímenes pensionales el régimen de prima media y el régimen de ahorro individual, precisó que el derecho a la seguridad social gozaba de rango constitucional, de igual forma hizo alusión al artículo 13 literal b) de la misma normatividad, con relación a la elección del régimen qué debe realizarse por escrito y que para el caso en particular, debía determinarse a que régimen pensional se encontraba la demandante.

Trajo a colación el documento de asofondos, de la que se extraía que inicialmente se encontraba afiliada al régimen de prima media con prestación definida y que para el año 1999 se había trasladado a COLFONDOS y que con posterioridad se había trasladado a PORVENIR para el año 2002, por lo que actualmente se encontraba afiliada al RAIS, por lo que procedió a determinar si el traslado se encontraba viciado de nulidad.

Conforme a lo anterior, resaltó con relación a la capacidad, que la demandante había aportado fotocopia de cédula de ciudadanía en la que se extraía que para la fecha de la suscripción del formulario, esto es, para el 6 de octubre de 1999, era una persona capaz al ser mayor de 18 años, con relación al objeto y la causa lícita, indicó que los dos regímenes pensionales se encuentran legalmente establecidos, sin que a la fecha haya alguna

declaratoria de inexequibilidad, con relación al consentimiento, indicó que debe estar libre de vicios (error, fuerza o dolo) y que era claro que el traslado lo había realizado la demandante de forma, libre, espontánea y voluntaria y sin presiones, como se consignó en el formulario de traslado, sumado al interrogatorio de parte cuando confesó que firmó el formulario, que leyó el formulario, por lo que la decisión de traslado fue voluntaria, siendo claro que no existe, vicio alguno de consentimiento.

Acotó con relación al cumplimiento de los requisitos especiales que exige la ley para el valor de dicho acto o contrato, que al momento de traslado y encontrándose la demandante laborando para el Hospital de San Blas, la norma aplicable, para efectos de formalidades y para que la afiliación fuera valida, lo consagraba el artículo 2 del decreto 1642 de 1995 en su calidad de servidora pública y que esta tenía plazo para escoger el régimen pensional hasta el 31 de diciembre de 1996, cumpliendo con la totalidad de los presupuestos, para el traslado conforme a la normatividad vigente.

Con relación a la información que debía suministrar los promotores de las administradoras, la demandante confesó en el interrogatorio de parte que la entidad demandada, había cumplido con el deber de informar, aunado a la información que se encuentra tanto en los formularios de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. Aunado a ello, la demandante había aportado más de 1000 semanas al RAIS, de manera continua, por lo que se denota actos de voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad, así como no cumplir con el régimen de transición, y a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 escasamente tenía 43.3 semanas cotizadas, estando alejada de los presupuestos para acceder al régimen pensional.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitó se revocara la decisión para que en su lugar se declarara la nulidad por haber existido un error que vició su voluntad, para la época de traslado se encontraba el decreto 720 de 1994, y que las sociedades debían tener promotores con unas características en particulares, sin que así se acreditara en el expediente, y con relación al formulario de afiliación indicó que si bien se consigna que el

mismo se suscribía de forma libre y voluntaria, ello no era óbice para así concluirlo, por lo que las entidades si faltaron a la labor del buen consejo, información completa y comprensible que en reiterada jurisprudencia se ha decantado, y en el que no se le informó lo correspondiente a su mesada pensional, de haber sido así no se habría trasladado.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de COLFONDOS S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su ineficacia y no mediante la nulidad, toda vez que 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, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vinculación de la demandante previo al traslado

En este punto es importante precisar, que conforme se extrae del reporte de semanas cotizadas en pensiones que milita a folios 34 a 39 del expediente, la entidad aportante al sistema general de seguridad social integral en pensiones era el Hospital San Blas y en su calidad de Bacterióloga, tal y como indicó en sus generales de Ley al momento de absolver interrogatorio de parte, en su calidad de servidora pública, la **Ley 100 de 1993, en los**

términos del artículo 2° del Decreto 1642 de 1995, entró a regir para este tipo de servidores el 1° de enero de 1996, de ahí que tenían hasta el 31 de diciembre de 1995 para seleccionar tanto el régimen de pensiones como la administradora con la cual deseaban vincularse.

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencia 39772 del 5 de octubre de 2010, señaló:

“De acuerdo a lo anterior, confunde el Tribunal lo que es la afiliación al sistema de seguridad social, que ha sostenido la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como la de esta Sala, tiene un carácter vitalicio, se efectúa a través de una primera y única inscripción y no se pierde o suspende porque se dejen de causar cotizaciones en un determinado interregno de tiempo, con la vinculación a uno de los dos regímenes de pensiones que contempla dicho sistema, y que delimita muy claramente el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, en los siguientes términos:

*“**Permanencia de la afiliación.** La afiliación al Sistema General de Pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tengan más de seis meses de no pago de cotizaciones.”* (Subrayas fuera de texto)

Del hecho que la afiliación al Sistema General de Pensiones sea única y permanente, no se desprende, entonces, como lo dedujo el Tribunal, que para efectos de la selección de régimen de pensiones a que se refiere el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el trabajador ya estuviere matriculado en el correspondiente al de prima media con prestación definida, desde el año 1985, cuando se afilió por primera vez al ISS, porque esa vinculación anterior apenas se dio hasta el año de 1990, de modo que cuando entró a regir el nuevo sistema se encontraba inactivo, y el afiliado vino a manifestar su voluntad de matricularse en uno u otro de los regímenes contemplados en la nueva legislación apenas en el año de 1995, cuando se afilió al ISS, estando vigente la Ley 100 de 1993.

La selección prevista en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, solo vino a operar a partir del 1 de abril de 1994, tal como se establece en el artículo 3 del Decreto 692 de 1994, al disponer:

“Selección de régimen pensional. A partir del 1 de abril de 1994, los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen. En consecuencia deberán seleccionar uno de los siguientes regímenes:

“a) Régimen Solidario de Prima Media de Prestación Definida;

“b) Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 100 de 1993, ninguna persona podrá estar simultáneamente afiliada a los dos regímenes del sistema.”

Ahora bien, caso diferente es el de aquellos que venían vinculados al ISS al 31 de marzo de 1994 y continuaron afiliados a dicha entidad en vigencia de la nueva legislación, frente a los cuales dispuso el inciso final del artículo 11 ibidem:

“Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS pueden continuar en dicho Instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado.” (Subrayas fuera de texto).

Además, debe decirse que no cabe entender que el trabajador hubiere seleccionado régimen de pensiones desde el 8 de abril de 1985, como lo entendió el Tribunal, cuando aún no había entrado en vigencia el nuevo sistema general de pensiones y, por lo tanto, ni siquiera existía opción de régimen pensional a escoger, ya que el único existente era el administrado por los Seguros Sociales en el sector privado.”

Conforme a ello, es claro que cuando empezó a regir el sistema general de pensiones para este tipo de trabajadores -1° de enero de 1996-, la actora guardó silencio, pues solo hasta octubre de 1999 decidió afiliarse a COLFONDOS, luego es claro que al quedarse en el extinto ISS hoy COLPENSIONES con posterioridad a la data en comentario, optó en por continuar en el régimen de prima media con prestación definida como lo dispone el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, de ahí que este evento haya operado un traslado de régimen.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador

sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, en los términos precisados por el *a quo*.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora NORA LEONOR LOCARNO DÍAZ GRANADOS el 06 de octubre de 1999 (fl. 42-136), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A. afiliación que surtió efectos a partir del 1° de diciembre de 1999 (fl. 89-137), afiliándose posteriormente a PORVENIR S.A., encontrándose actualmente afiliada en esa última entidad, efectuando cotizaciones en éste régimen desde octubre de 1999 a la fecha (fl.47 a 55). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES desde el 10 de julio de 1987 al 30 de septiembre de 1999 (fl. 34 a 39).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. obrante a folio 42 y 136 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea y que había sido asesorada sobre las implicaciones del régimen especialmente del de transición en caso de ser beneficiaria del mismo, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que no sea beneficiaria del régimen de transición lo que de plano desdibuja lo dicho en el formulario y menos aún, tenía una expectativa legítima, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del

bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión, esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; luego si no podía efectuar una proyección su afirmación carecía de sustento, de ahí que no era viable afirmar un hecho que era incierto más aún, sino tenía pruebas de ello; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a COLFONDOS S.A., pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de no ser beneficiaria del régimen de transición, incluida la firma del formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz, máxime cuando la información que se le brindó trajo consigo únicamente las ventajas del RAIS dejando de lado las desventajas y demás aspectos que traía consigo su decisión.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989)

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia apelada y en su lugar, se **DECLARARÁ** la ineficacia del traslado que hizo la actora del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A., con las consecuencias que ello implica.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado que hiciere la demandante del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a **PORVENIR S.A.** a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual.

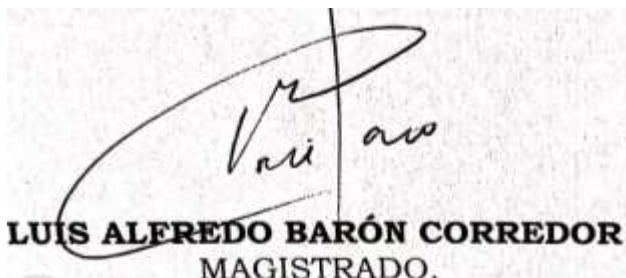
TERCERO: CONDENAR a **COLFONDOS S.A.** traslade a COLPENSIONES las sumas descontadas al demandante por concepto de gastos de administración, comisiones y seguros provisionales, durante su permanencia en dicho fondo.

CUARTO: ORDENAR a **COLPENSIONES** que una vez reciba de las AFPS los emolumentos indicados en el ordinal anterior, reactive la afiliación de la accionante al régimen de prima media con prestación definida y actualice la historia laboral con las cotizaciones devueltas.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SEXTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

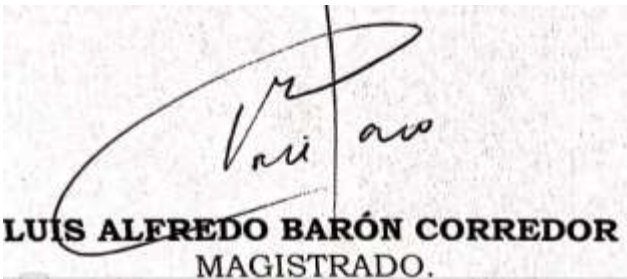


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, la suma de \$900.000 pesos, para cada una.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – NEYDI ESPERANZA MUÑOZ HERNÁNDEZ - contra –TECNIPERSONAL S.A.S Y OTROS-.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende la señora **NEYDI ESPERANZA MUÑOZ HERNÁNDEZ**, se **declare** que con las empresas ASEO TÉCNICO DE LA SABANA S.A. ESP-ATESA-, TECNIPERSONAL S.A.S., ASEAR PLURISERVICIOS S.A.S., EMPLEOS Y SERVICIOS ESPECIALES S.A.S. y COLTEMP S.A.S. existió un contrato laboral y que dicho contrato terminó por causa imputable al demandado, aunado a ello se **declare** que la relación de contrato de trabajo tuvo diferentes periodos de ejecución (i) 28 de enero a 29 de febrero de 2004, del 17 de marzo de 2004 a 01 de febrero de 2005 laborando para Aseo Técnico de la Sabana S.A. conforme lo certifica COLTEMP SAS, (ii) del 2 de marzo de 2005 hasta 15 de febrero de 2006 laborando para Aseo Técnico de la Sabana S.A. conforme lo certifica TECNIPERSONAL S.A.S; (iii) del 24 de noviembre de 2007 al 23 de noviembre de 2008 laborando para Aseo Técnico de la Sabana S.A. conforme lo certifica ASEAR PLURISERVICIOS S.A.S; (iv) del 1 de diciembre de 2008 al 16 de noviembre de 2009, laborando para EMPLEOS S.A.S; (v) del 1 de diciembre de 2009 al 15 de noviembre de 2010 laborando para Aseo Técnico de la Sabana S.A. conforme lo certifica ASEAR

PLURISERVICIOS S.A.S; (vi) del 1 de diciembre de 2010 al 30 de agosto de 2011 laborando para EMPLEOS S.A.S. y del (vii) 31 de agosto de 2011 al 9 de febrero de 2012 laborando para Aseo Técnico de la Sabana S.A. conforme lo certifica TECNIPERSONAL S.A.S. y que dicha relación laboral se sostuvo durante 1830 días conforme a las fechas relacionadas, de igual forma, solicita se **declare** que ejerció las labores de manera conjunta con las empresas TECNIPERSONAL S.A.S., ASEAR PLURISERVICIOS S.A.S., EMPLEOS Y SERVICIOS ESPECIALES S.A.S., COLTEMP S.A.S. y ASEO TÉCNICO DE LA SABANA S.A. por lo que son solidariamente responsables por el pago de prestaciones sociales, liquidación, acreencias laborales, sanción moratoria, indemnizaciones, pagos de seguridad social, vacaciones y cesantías con ocasión a la prestación del servicio. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a TECNIPERSONAL S.A.S., ASEAR PLURISERVICIOS S.A.S., EMPLEOS Y SERVICIOS ESPECIALES S.A.S., COLTEMP S.A.S. y ASEO TÉCNICO DE LA SABANA S.A. al pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, en todo el tiempo que fue desvinculada de sus labores, así como al pago de la indemnización de que trata la Ley 361 de 1997, sanción moratoria del artículo 65 del CST, al habersele descontado los días en que estuvo incapacitada junto con las indexación correspondiente; asimismo, se condene al reintegro al cargo desempeñado o alguno que pueda desempeñar, se **condene** ultra y extra petita y se **condene** al pago de costas procesales (fl. 5 a 8-143).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 4-142), señaló que el 24 de enero al 29 de febrero de 2004 y 17 de marzo de 2004 al 1 de febrero de 2005 suscribió contratos por obra o labor con COLTEMP S.A.S. para desempeñar el cargo de auxiliar de atención al usuario, que el 2 de marzo de 2005 al 15 de febrero de 2006 suscribió contrato por obra o labor para ejercer el cargo de coordinador de atención al cliente, que con ASEAR PLURISERVICIOS S.A.S. suscribió contrato a término fijo inferior a un año del 24 de noviembre de 2007 al 23 de noviembre de 2008, en el cargo de analista de cartera, que con EMPLEOS Y SERVICIOS ESPECIALES S.A.S. suscribió dos contratos a término fijo inferior a un año vigentes entre el 1 de diciembre de 2008 al 16 de noviembre de 2009 y 1 de diciembre de 2010 hasta el 30 de agosto de 2011 desempeñando el cargo de coordinador comercial, que el 31 de agosto de 2011 al 9 de febrero de 2012 suscribió

contrato por obra o labor con TECNIPERSONAL S.A.S desempeñando el cargo de coordinadora comercial; acotó que las labores que desempeñó para los periodos 24 de enero al 29 de febrero de 2004 y 17 de marzo de 2004 al 1 de febrero de 2005, 1 de diciembre de 2008 al 16 de noviembre de 2009 y 1 de diciembre de 2010 hasta el 30 de agosto de 2011, los desempeñó para la empresa ASEO TÉCNICO DE LA SABANA S.A. ESP y que para el 11 de febrero de 2010 presentó quebrantos de salud y se le expidieron incapacidades para 11 de febrero, 5 de mayo, 5 de agosto, 2 de noviembre de 2010, para el 20 de junio, 22 de junio, 15 de septiembre, 1 de noviembre y 26 de diciembre de 2011 y 10 de enero de 2012, y que en los días que estuvo incapacitada tuvo que presentarse a laborar y se le realizaron descuentos por nomina por parte de la empleadora ASEO TÉCNICO DE LA SABANA S.A. ESP. por concepto de incapacidad tal y como lo demuestra los comprobantes de nómina expedidos por EMPLEOS Y SERVICIO ESPECIALES S.A.S., manifestando adicionalmente que el 9 de febrero de 2012 le comunicaron la terminación de contrato por terminación de la obra o labor determinada y que fue ratificada mediante correo electrónico remitido el 10 de febrero de 2012, en el que le adjuntó adicionalmente un paz y salvo.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

ASEO TÉCNICO DE LA SABANA S.A.- contestó el introductorio (fls. 175 a 183), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, aceptó el contenido en el numeral 9 y no constarles los restantes, propuso como excepciones de fondo las denominadas manifestación expresa de coadyuvancia, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación de reintegro, pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, así como indemnización de 180 días de salario, prescripción, buena fe, genérica y como excepción subsidiaria propuso, inexistencia de presupuestos para vincular solidariamente a ASEO TÉCNICO DE LA SABANA S.A. ESP frente a eventuales acreencias laborales derivadas de la relación laboral que reclama el demandante.

EMPLEOS Y SERVICIOS ESPECIALES S.A.S. contestó el introductorio (fls. 262 a 275), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, aceptó

el contenido en el numerales 7 y no constarles los restantes, propuso como excepción previa prescripción y de fondo las denominadas prescripción, terminación de los contratos en forma legal, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, pago, compensación, buena fe exenta de culpa y las demás excepciones de fondo que encuentre probadas el despacho.

TECNIPERSONAL S.A.S. contestó el introductorio (fls. 339 a 346), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, aceptó el contenido en el numerales 8, 10, 13, no ser cierto el contenido en el numeral 11 y no constarles los restantes, propuso como excepciones de fondo prescripción, cobro de lo no debido, compensación, buena fe y las demás excepciones de fondo que encuentre probadas y que por no requerir formulación expresa declare de oficio.

COLTEMP S.A.S. contestó el introductorio (fls. 408 a 426), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 a 2 y no constarles los restantes, propuso como excepción previa prescripción y como excepciones de fondo prescripción, terminación de los contratos en forma legal, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones, pago, compensación, buena fe exenta de culpa y las demás excepciones de fondo que encuentre probadas el despacho.

ASEAR PLURISERVICIOS S.A.S contestó el introductorio (fls. 439 a 448), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 4, 6, 9 a 10, no ser ciertos los contenidos en los numerales 11 y 15 y no constarles los restantes, propuso como excepción previa prescripción y como excepciones de fondo prescripción, terminación de los contratos por causal objetiva justificante, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones, pago, compensación, buena fe exenta de culpa y las demás excepciones de fondo que encuentre probadas su despacho.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 6 de diciembre de 2018 (CD – fl. 504), **declaró** probadas las excepciones de

inexistencia de la obligación de reintegro de pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir así como indemnización de 180 días de salario formulada por ASEO TÉCNICO DE LA SABANA S.A. ESP- ATESA; inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido y pago formuladas por EMPLEOS Y SERVICIOS S.A.S. , ASEAR PLURISERVICIOS S.A.S. y COLTEMP SAS al igual que la excepción de cobro de lo no debido formulada por TECNIPERSONAL S.A.S; **declaró** que entre el demandante NEYDI ESPERANZA MUÑOZ HERNÁNDEZ y la demandada ASEO TÉCNICO DE LA SABANA S.A. ESP existieron dos contratos de trabajo, uno entre el 28 de enero de 2004 y el 15 de febrero de 2006 y el otro entre el 24 de noviembre de 2007 y el 9 de febrero de 2012 y **absolvió** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante y **no impuso condena** en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que, con relación al vínculo laboral entre las partes, tuvo diferentes contratos de trabajo, en el que adicionalmente se allegaron certificaciones de contrato de trabajo, en las que se evidencia que la beneficiaria del servicio siempre fue ATESA.

Acotó que conforme a los certificados de existencia y representación legal EMPLEOS Y SERVICIOS, TECNIPERSONAL COLTEMP Y ASEAR se observaba una relación entre las mismas o un estrecho vínculo entre ellas , aunado a lo referido por el testigo Germán, en lo que respecta a la dirección comercial de notificaciones de EMPLEOS Y SERVICIOS y COLTEMP son las mismas, y algunos de los documentos allegados al plenario los suscribe una persona que refiere pertenecer a otra sociedad de las aquí demandadas, lo que denota la confusión de la demandante en la demanda, por lo que era evidente que la demandante siempre prestó sus servicios a ASEO TÉCNICO DE LA SABANA- ATESA y la vinculación de la demandante siempre se realizó a través de terceros, para desnaturalizar lo en realidad sucedía, por lo que en el presente caso más que haber allegado los contratos con cada una de los codemandadas, lo cierto era que habiéndose probado la prestación del servicio así como la retribución, le correspondía a la demandada desvirtuar la subordinación, situación por la que concluyó que lo que se evidenciaba era el envío de trabajadores en misión, o que un tercero ejecutara cada una de las actividades de la empresa ATESA, pero que este tipo de trabajadores

solo se pueden enviar por un tiempo determinado, buscando desnaturalizar el contrato de trabajo, evitándose la contratación por ATESA, razón por la que declaró dos contratos de trabajo con la demandante y la demandada ASEO TÉCNICO DE LA SABANA S.A ESP, en el que acotó que si bien se pretendía que se declarara la existencia de un solo contrato de trabajo con cada una de las demandadas, se habían presentado interrupciones entre algunos de los contratos suscritos con el extremo pasivo, razón por la que era evidente que si hubo solución de continuidad, evidenciándose periodos de tiempo entre una vinculación y otra de casi un año o año y medio contrario a los dos contratos de trabajo que si evidenciaba la prestación continua del servicio, al haberse demostrado en la suscripción de uno y otro contrato solo 15 días de interrupción, es decir, lo correspondiente al periodo de vacaciones tal y como lo refirió la testigo Lina Barreto.

Ahora bien con relación a la terminación de contrato, se precisó que este último se había suscrito por duración de la obra y que dicha labor había finalizado por haber culminado esta, y que conforme a los testigos allegados al plenario, en el que manifestaron que dicha labor había finiquitado de manera intempestiva y que la demandante les comunicó la terminación, refirieron que en los días siguientes a la terminación, se había presentado otra persona a realizar su reemplazo, sin que se hubiera allegado al plenario el motivo o soporte de la finalización de la obra. No obstante, al pretenderse lo correspondiente al reintegro junto con la indemnización de la Ley 361 de 1997, la demandante no había acreditado que para la fecha en que se terminó el vínculo estuviera incapacitada, o hubiera allegado calificación de pérdida de capacidad laboral; si bien se evidenciaban unas situaciones de salud, conforme a las incapacidades, estas no daban cuenta que se hayan expedido por una misma situación médica, aunado al hecho que la última incapacidad otorgado fue por tres días en el mes de enero y la terminación se presentó en febrero de 2012, acotó adicionalmente, que las incapacidades no habían sido continuas, razones por las que denegó la estabilidad laboral reforzada pretendida y como consecuencia el reintegro solicitado junto con el pago de prestaciones con ocasión al mismo.

Con relación al pago de incapacidades que adujo fueron descontadas por nómina, indicó no observarse que se le hayan realizados descuentos por este

concepto, por el contrario, los comprobantes evidenciaban el pago de las mismas, y sin que acreditara cuales no habían sido canceladas, razón por la que tampoco prosperaba el pago de indemnización moratoria pretendido en la demanda, pues la actora había confesado adicionalmente que con los contratos que tuvo con cada una de las demandadas, estos fueron debidamente liquidados, por lo que concluyó que más allá de declarar la existencia de los contratos de trabajo, no había lugar a impartir condena alguna, razón por lo que no había lugar a analizar lo correspondiente a la solidaridad.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que si se declaró la existencia de contrato de trabajo con la demandada ASEO TÉCNICO DE LA SABANA S.A. ESP, debía indemnizarse por despido sin justa causa.

La parte demandada ASEO TÉCNICO DE LA SABANA S.A. ESP interpuso recurso de apelación, indicando que con relación a los dos contratos de trabajo que se declararon existía con su representada, no había lugar a ello por encontrarse prescrito, de igual forma, por no haber existido un contrato de trabajo firmado y finiquitado, y que así dio cuenta los testigos así como el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, en el que adicionalmente cada uno de las demandadas pagaron cada una de las acreencias, por lo que refutó la declaratoria de existencia de relación laboral porque no hubo prueba que así lo acreditara, solicitando la revocatoria de esa decisión.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si entre la demandante y ASEO TÉCNICA DE LA SABANA S.A. ESP -ATESA- existieron dos contratos de trabajo en virtud de la intermediación derivada de los contratos celebrados con EMPLEOS Y SERVICIOS ESPECIALES S.A.S, COLTEMP SAS, ASEAR PLURISERVICIOS S.A.S. y TECNIPERSONAL SAS, en los periodos comprendidos entre 28 de

enero de 2004 y el 15 de febrero de 2006 y del 24 de noviembre de 2007 al 9 de febrero de 2012 y adicionalmente, deberá determinarse si tiene derecho la demandante a que se le reconozca y pague la indemnización por despido sin justa causa.

Contrato de trabajo

Al respecto, se tiene que según el artículo 24 del CST, “*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”, de donde se colige que basta con que el trabajador demuestre la prestación personal del servicio a favor del empleador, para que se predique la existencia del elemento de subordinación y por ende, del contrato de trabajo, quedando la carga de la prueba en el patrono, quien deberá desvirtuar tal presunción, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia entre otras en las sentencias con radicado 44321 del 29 de octubre de 2014, donde puntualizó:

“Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.”

Al verificar si se acredita la prestación personal del servicio de la demandante para con la demandada ASEO TÉCNICO DE LA SABANA S.A. ESP –ATESA-, se extrae de la documental obrante en el infolio, lo siguiente:

CONTRATO DE TRABAJO	INICIO	FIN	CARGO	EMPRESA USUARIA/CONTRATANTE	DOCUMENTO QUE ACREDITA	FOLIOS
COLTEMP SAS	28/01/2004	29/02/2004	AUX. ATENCIÓN AL USUARIO	ASEO TÉCNICO DE LA SABANA	CERTIFICADO LABORAL	34
COLTEMP SAS	17/03/2004	1/02/2005	AUX ATENCIÓN AL USUARIO	ASEO TÉCNICO DE LA SABANA	CERTIFICADO LABORAL	34
TECNIPERSONAL SAS	2/03/2005	15/02/2006	COORDINADOR DE ATENCIÓN AL CLIENTE	ASEO TÉCNICO DE LA SABANA	CERTIFICADO LABORAL	35-36
ASEAR PLURISERVICIOS	24/11/2007	23/11/2008	ANALISTA DE CARTERA	ASEO TÉCNICO DE LA SABANA	CERTIFICADO LABORAL	37
EMPLEOS SAS	1/12/2008	16/11/2009	COORDINADOR COMERCIAL	ASEO TÉCNICO DE LA SABANA	CONTRATO, CARTA DE RENUNCIA, COMPROBANTES DE PAGO	277 a 281, 289 a 309
ASEAR PLURISERVICIOS	1/12/2009	15/11/2010	COORDINADOR COMERCIAL	ASEO TÉCNICO DE LA SABANA	CERTIFICADO LABORAL , PROCESO DE INDUCCIÓN, COMPROBANTES DE PAGO	37, 464, 471 a 487
EMPLEOS SAS	1/12/2010	30/08/2011	COORDINADOR COMERCIAL	ASEO TÉCNICO DE LA SABANA	LIQUIDACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO, COMPROBANTES DE PAGO	310, 317 a 331

TECNIPERSON AL SAS	31/08/2011	9/02/2012	COORDINAD OR COMERCIAL	ASEO TÉCNICO DE LA SABANA	CERTIFICADO LABORAL	36

Contrato de trabajo con EMPLEOS SAS y ASEAR PLURISERVICIOS

Efectuado el recuento anterior, la Sala centra su estudio, en la vinculación que tuvo con ASEAR PLURISERVICIOS en el periodo comprendido entre el 24 de noviembre de 2007 al 23 de noviembre de 2008 y posteriormente, entre el 1 de diciembre de 2009 al 15 de noviembre de 2010 y con EMPLEOS S.A.S entre el 1 de diciembre de 2008 al 16 de noviembre de 2009 y entre el 1 de diciembre de 2010 al 30 de agosto de 2011, para prestar sus servicios a un tercero, más exactamente ASEO TÉCNICO DE LA SABANA S.A. ESP-ATESA, en el que se establece que estas dos demandadas, no tienen la calidad de una empresa de servicios temporales según se desprende del certificado de existencia y representación legal visible, entre otras, a folios 16 a 23 del expediente.

Por lo anterior y a efectos de determinar si en la realidad existió una relación laboral de la demandante con ATESA como verdadera empleadora, se debe traer a colación el artículo 35 del C.S.T.:

- “1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un patrono.*
- 2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un patrono para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.*
- 3. El que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del patrono. Si no lo hiciere así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas.”*

Sobre este punto, la Sala de Casación Laboral, en sentencia SL 467 de 2019, dejó por sentado que *“(...) el suministro de mano de obra se encuentra permitido en Colombia, bajo las restricciones y límites consagrados en los artículos 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990, esta actividad solo puede ser desarrollada por empresas de servicios temporales constituidas con ese objeto social y autorizadas por el Ministerio del Trabajo. El suministro de trabajadores, realizado por entes que no tengan esa calidad, sean cooperativas, precooperativas o empresas asociativas de trabajo, o ya sean sociedades comerciales u otro tipo de creaciones jurídicas, es ilegal (...)”*

Pues bien, teniendo en cuenta los elementos materiales probatorios y al revisar el contrato de trabajo a término fijo suscrito el 1 de diciembre de 2008 entre la demandante y EMPLEOS S.A.S y que se encontró vigente hasta el 16 de noviembre de 2009, se advierte que del objeto del mismo nada se logra extraer con relación al cargo de COORDINADORA DE ATENCIÓN AL CLIENTE en el que fue contratada, pues se pactó lo correspondiente a la exclusividad y la prohibición de prestar servicios a otras empresas o empleador, no obstante conforme a los comprobantes de pago de manera ineludible se advierte, que se relacionaba el centro de costos ASEO TÉCNICO DE LA SABANA, en el que adicionalmente se extrae de la carta de renuncia presentada para el 16 de noviembre de 2009, la demandante consignó de manera puntual que presentaba carta de renuncia al cargo que venía *“(...) desempeñando en misión con ATESA (...)”* y que fue debidamente aceptada por EMPLEOS S.A sin reparo alguno.

Ahora bien, con relación al segundo contrato laboral suscrito con EMPLEOS SAS dentro del periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2010 hasta el 31 de agosto de 2011, en el que no se allegó el correspondiente acuerdo de voluntades, no obstante el mismo se ratifica, con la liquidación de contrato de trabajo, en el que se consignó adicionalmente como centro de costo ASEO TÉCNICO DE LA SABANA, así como con los desprendibles de nómina en el que también se relacionó el centro de costos ATESA, aunado a las versiones rendidas por los testigos, en el que Germán Isaza indicó haber conocido a la demandante desde enero de 2010, en el que desempeñaba las funciones a favor de ATESA en su centro de atención al usuario y Lina Barreto quien indicó

que la demandante era su jefe desde enero de 2011, prestando los servicios en ATESA como coordinadora de atención al cliente, quien adicionalmente respondía los PQR y apoyaba lo relacionado con la atención de los usuarios en la ventanilla cuando estaba lleno de usuarios.

Pasa ahora analizar la Sala, los contratos suscritos por la demandante con ASEAR PLURISERVICIOS, en el que se establece del primer vínculo contractual, vigente entre 24 de noviembre de 2007 al 23 de noviembre de 2008, en el que si bien tampoco se allegó el correspondiente acuerdo de voluntades, lo cierto es que de este vínculo, se allegó certificado laboral que ratifica los extremos y adicionalmente relaciona como empresa contratante ASEO TÉCNICO DE LA SABANA S.A. ESP y con relación al segundo contrato laboral que tuvo la demandante con ASEAR, entre 1 de diciembre de 2009 al 15 de noviembre de 2010, se allegó para ratificar lo correspondiente a este vínculo, certificado laboral junto los comprobantes de pago en los en los que se relacionó nuevamente como empresa contratante ASEO TÉCNICO DE LA SABANA, aunado a lo dicho por el testigo Germán Isaza , en el que indicó que en efecto le constaba las funciones que realizaba la demandante para ATESA, desde enero de 2010 hasta el momento de su retiro de la empresa.

En este orden de ideas, es claro para la Sala que EMPLEOS S.A. y ASEAR PLURISERVICIOS, actuaron como simples intermediarias, pues si bien fueron contratados de manera directa por estas, lo servicios fueron prestados a un tercero, siendo claro que el verdadero empleador fue ASEO TÉCNICO DE LA SABANA.

Contrato de trabajo con COLTEMP SAS y TECNIPERSONAL S.A.S.

Con relación a los contratos trabajo por duración de la obra para personal en misión con las empresas de servicios temporales COLTEMP SAS y TECNIPERSONAL, conforme se dejó reseñado con anterioridad, debe precisarse que en casos donde la oposición descansa en la configuración de una relación laboral triangular, conformada por: 1) El demandante en calidad de trabajador en misión; 2) La empresa de servicios temporales como empleador, y; 3) La sociedad demandada en calidad de usuaria; se hace

necesario aclarar que el estudio frente a la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo por dicho lapso, **no debe fundarse en el elemento de subordinación de la empresa usuaria frente al trabajador en misión**, pues tal aspecto por sí solo no determina la existencia de un contrato de trabajo, al contar las empresas usuarias con la potestad de ejercer la subordinación frente a los trabajadores en misión, pudiendo exigir a aquellos el cumplimiento de órdenes, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo en virtud de la delegación que hace la empresa de servicios temporales, tal y como lo aceptado la doctrina asentada desde vieja data la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Es por ello que la valoración probatoria debe apuntar al análisis del cumplimiento de los presupuestos que autorizan acudir a la vinculación de trabajadores en misión, en contraste con las prohibiciones establecidas en la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006 compilado hoy en el Decreto 1072 de 2015, que regula el funcionamiento de las empresas de servicios temporales.

De tal forma que de conformidad con las disposiciones antes señaladas, los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

- 1. Cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias que se refiere el artículo 6 del Código Sustantivo del Trabajo.*
- 2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.*
- 3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) mes más.*

En este mismo hilo conductor, huelga decir que las empresas de servicios temporales tienen prohibido por expreso mandato legal¹, prestar sus servicios en los siguientes escenarios: i) cuando entre la empresa usuaria y la empresa de servicios temporales se estructure una vinculación económica en los términos de que trata el Capítulo XI del Libro Segundo del Código de Comercio; ii) cuando las actividades laborales de la empresa usuaria se encuentren suspendidas, por encontrarse sus trabajadores en huelga, y; iii) cuando se pretende vincular trabajadores en misión para ejercer funciones con vocación de permanencia indefinida.

Así las cosas, es claro que la actora prestó sus servicios a favor de la accionada ATESA S.A. ESP en calidad de trabajadora en misión a través de las empresas de servicios temporales COLTEMP S.A.S en los periodos 28/01/2004 al 29/02/2004 y 17/03/2004 al 1/02/2005 y TECNIPERSONAL para los periodos comprendidos entre 2/03/2005 al 15/02/2006 y 31/08/2011 al 9/02/2012.

Por lo anterior y al encontrarse acreditada la relación triangular a la que se hizo alusión, se trasladaba la carga de la prueba a la parte demandada a fin que acreditara o bien demostrara que la vinculación obedeció a cualquiera de los escenarios consagrados en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, circunstancias que no se acreditaron en el presente asunto dado que la encartada ASEO TÉCNICO DE LA SABANA S.A ESP –ATESA-, solo se limitó a indicar en su contestación así como en su recurso de alzada que el vínculo contractual que tuvo con la trabajadora se dio a través de otras empresas y que por lo tanto nunca fue su empleada y que entre las partes no existió ni se suscribió contrato de trabajo.

Ahora, lo que se advierte es que la contratación de la demandante no obedeció a ninguna de las causales establecidas en la ley 50 de 1990, y por el contrario, lo que se extrae es que sus vinculaciones obedecieron al cumplimiento de unos objetivos propios de la misma empresa usuaria.

¹ Ley 50 de 1990.

Artículo 80. Las empresas de servicios temporales no podrán prestar sus servicios a usuarias con las que tenga vinculación económica en los términos de que trata el Capítulo XI del Libro Segundo del Código de Comercio.

Artículo 89. Las empresas de servicios temporales no podrán prestar sus servicios a usuarios cuyos trabajadores se encuentren en huelga.

Aunado a lo anterior y adicionando los argumentos realizados por el *a quo*, con relación al estrecho el vínculo entre las temporales y las demandadas “contratistas” ASEAR PLURISERVICIOS S.A. y EMPLEOS S.A., en el que adicionalmente se extrae, que esta última certificó con inicio de relación laboral para el 1 de diciembre de 2010, no obstante el contrato de trabajo que se elaboró y se suscribió para esa misma data fue con ASEAR. (fls. 454 a 455)

Así las cosas, conforme a las pruebas que obran en el expediente, y no acogiendo los argumentos de disenso expuestos por la demandada ATESA, se extrae que en efecto la demandante estuvo vinculada por empresas de servicios temporales, así como por las presuntas contratistas EMPLEOS S.A y ASEAR PLURISERVICIOS, concluyéndose entonces, que la actora cuando prestó sus servicios personales a través de las mencionadas y a favor de ASEO TÉCNICO DE LA SABANA S.A ESP –ATESA- no desarrolló labores ocasionales, accidentales o transitorias, caracterizándose adicionalmente ATESA por un endeble ejercicio probatorio incumpliendo la carga de la prueba que le incumbía a la luz de lo dispuesto por el artículo 167 del C.G.P, por lo que con certeza se concluye que en efecto existió una verdadera relación de trabajo con NEYDI ESPERANZA MUÑOZ HERNÁNDEZ, en la que estuvo vinculada para desempeñar funciones con vocación de permanencia indefinida, independientemente del nombre que se le haya dado a los cargos en cada contrato, máxime cuando tampoco acreditaron cada una de las entidades del extremo pasivo, que en efecto se trataron de actividades diferentes efectuadas por la actora.

No puede pasar por alto la Sala que existen unos periodos de interrupción, en que la Corte Suprema de Justicia ha precisado que “(...) *las interrupciones que no sean amplias, relevantes o de gran envergadura, no desvirtúan la unidad contractual*(...), tales interrupciones se refieren a todas aquellas que no superan los 6 días, escenario diametralmente diferente al que aquí se verifica, en el que es evidente que las interrupciones entre una relación y otra superaron con creces dicho término (15 de febrero de 2011 radicado 40273, 25 de marzo de 2015 radicado 45303 y SL 19093-2017). No obstante, los testigos Lina Barreto y Germán Isaza de manera uniforme y convincente indicaron que la demandante laboró de manera continua y que cuando se

realizaban las contrataciones se esperaba un periodo de quince días “*como un tiempo de descanso o vacaciones*”, por lo que es evidente que lo que se quería evitar era lo correspondiente a la continuidad entre un contrato a otro, sin que así se haya demostrado.

Es de acotar que la declaratoria de los contratos de trabajo que se impone por la vinculación de la demandante fue de carácter permanente, prolongada en el tiempo y fue la forma que utilizó ATESA para vincularla, desconociendo de forma diáfana que desempeñaba sus funciones desde el año 2004 hasta el 2006 y posteriormente desde el año d 2007 al 2012 de manera ininterrumpida y en ese sentido las empresas de servicios temporales junto con las contratistas actuaron como empleadores aparentes, su actividad solo se circunscribió en reclutar a la ex trabajadora, fungiendo como verdaderos intermediarios a la luz de lo señalado en el art. 35 del C.S.T.

Concluido lo anterior, procede la Sala a estudiar el segundo punto de disenso expuesto por la demandada ATESA, en el que indicó que los contratos de trabajo que declaró el *a quo* estaban prescritos, razón por la que debe precisarse que en los asuntos en los que se pretende se declare una relación laboral, no debe analizarse para su declaratoria si existe prescripción o no, toda vez que dicha situación solo pasa analizase para aquellas pretensiones en la que se solicite que se reconozcan prestaciones de tipo pecuniario, razón por la que no se acogen los argumentos expuestos en la alzada sobre este tópico.

Finalmente y con relación a lo solicitado por la parte demandante en su apelación, con relación al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, una vez revisado el libelo demandatorio, se observa que si bien dentro de las pretensiones declarativas solicitó se declarara que la relación laboral había finiquitado por causas imputables al empleador, también lo es que dentro de sus pretensiones condenatorias solo solicitó lo correspondiente al reintegro y la indemnización de los 180 días de que trata la Ley 361 de 1997, por lo que en virtud de los principios de lealtad procesal, contradicción y de defensa y la congruencia que debe existir entre el recurso, la sentencia y la demanda y su cotestación, imponen que al apelante le esté vedado exponer en el recurso de apelación hechos, cargos y presentar

pretensiones nuevas que no alegó ni en la demanda ni en la contestación, si así lo hiciere, el *ad quem* no puede abordar el estudio de estos nuevos reproches, pues es de hacerlo sería atentatorio de los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa del extremo pasivo en determinado proceso.

Precisado lo anterior, se trae a colación lo establecido en el artículo 281 del CGP, aplicable al proceso laboral por remisión del artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral, establece que:

“(...) La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta(...)”

Así las cosas, resulta forzoso concluir que no se ordenara reconocimiento y pago alguno de la indemnización por despido sin justa causa solicitada en la alzada, pues conforme al principio de congruencia, los fallos de primera y segunda instancia deben guardar coherencia entre el contenido del fondo de la relación jurídico procesal, de los hechos y las peticiones de la demanda, de su contestación y de las excepciones formuladas, así como de lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes, siendo deber del sentenciador, obrar dentro del marco trazado por las partes en conflicto, situación que así ratifica la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL 911 de 2016 *“(...) Es así que esta Sala de la Corte, de antaño ha señalado que es base esencial del debido proceso laboral, que las sentencias se enmarquen dentro de la causa petendi invocada por el promotor del proceso (...)”*

Así las cosas y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

COSTAS

Sería del caso condenar a la demandante y a la demandada ASEO TÉCNICO DE LA SABANA S.A. ESP-ATESA- en costas en esta instancia, empero, las mismas se dan por compensadas dada la improsperidad de los recursos interpuestos por las partes.

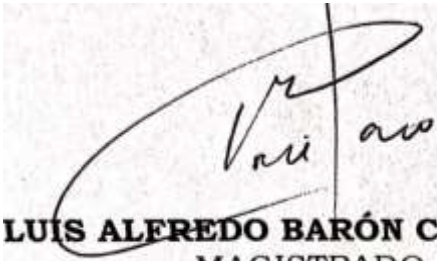
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

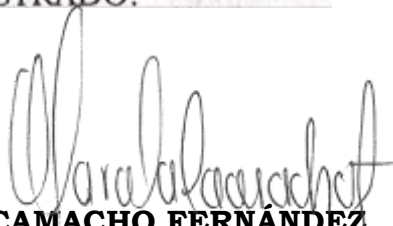
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, según las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GONZALO MURCIA RÍOS contra
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende el señor **GONZALO MURCIA RÍOS**, se **declare** la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada al régimen de ahorro individual, teniendo como afiliación válida la que se hizo ante el ISS, retrotrayendo los efectos de la afiliación y trasladando la totalidad dineros aportados a COLPENSIONES, junto con la **condena** a costas y agencias en derecho y se **condene** ultra y extra petita (fls. 40 a 41)

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 40), señaló que nació el 29 de enero de 1956, cumpliendo 52 años en el 2008 y 62 años en el 2018, agregó que inició su vida laboral en el régimen de prima media con prestación definida, teniendo su última cotización en diciembre de 2000 y que para enero de 2001, teniendo para dicha fecha más de 760 semanas cotizadas conforme lo certifica PORVENIR, no recibió previo a la afiliación ni

durante su permanencia en el RAIS ninguna asesoría que le permitiera evaluar sus condiciones pensionales, manifestó adicionalmente que conforme a proyecciones pensionales realizadas entre los dos regímenes, le resulta más favorable la arrojada con el régimen de prima media con prestación definida, situación por la que le solicitó ante PORVENIR se anulara la afiliación, sin que accediera de forma favorable a sus suplicas (fls. 39 a 40).

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls.57 a 65), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifestó ser cierto el numeral 1, no ser ciertos los numerales 3 a 4, en cuanto a los demás manifestó no constarle o no corresponder a una situación fáctica, propuso como excepciones de fondo validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación e innominada o genérica.

A su turno, la **AFP PORVENIR S.A.** contestó el introductorio (fls. 108 a 113), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos aceptó los numerales 1, 3 a 4 y 8; no ser ciertos los numerales 5 a 6, en cuanto a los demás manifestó no constarle, propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, innominada o genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y asesoría del fondo.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 04 de marzo de 2019 (CD – fl. 144), declaró probada la excepción de prescripción propuestas por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR, conforme a

lo expuesto en la parte motiva y **absolvió** de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante GONZALO MURCIA RÍOS a las demandadas COLPENSIONES, y PORVENIR S.A, **condenó** en costas y agencias en derecho a la demandante.

Como **fundamentó su decisión**, indicó el *a quo* que, estaba debidamente acreditado que el demandante se afilió al régimen de prima media con prestación definida, habiendo cotizado desde el 4 de marzo de 1987 hasta 31 de diciembre de 2000 un total de 693.14 semanas, conforme a historia laboral expedida por COLPENSIONES, de igual forma se establecía que el demandante se trasladó el 27 de noviembre de 2000 del ISS a HORIZONTE, encontrándose vinculado con la universidad Unitec, el cual se hizo efectivo el 1 de enero de 2001, conforme el reporte SIAFP, y que posteriormente por fusión tuvo vinculación con la demandada PORVENIR S.A., cotizando un total de 904 semanas en esta última entidad desde enero de 2001 hasta julio de 2018, indicando que el actor tenía un total de 1.600 semanas cotizadas tanto al régimen de prima media como en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Acotó que también se encontraba acreditada la fecha de nacimiento del demandante para el 29 de enero de 1956, por lo que a la fecha ya contaba con 63 años de edad, por lo que procedió a realizar el estudio de la nulidad de traslado que realizó para el año 2000, trayendo a colación la Ley 100 de 1993 así como la Ley 797 de 2003, en la que indicó lo correspondiente a los traslado que se podía realizar entre regímenes cada 5 años, así como la prohibición de traslado cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad pensional, situación por la que indicó no se acogió a dicha normativa. De igual forma, trajo a colación lo indicado en el interrogatorio de parte el demandante, así como el testigo, José Duarte, indicando haberse acreditado que en efecto PORVENIR no había cumplido con el deber de informar de manera veraz y suficiente al momento en que se realizó el traslado, situación por la que era viable declarar la nulidad de traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual.

No obstante, conforme a las excepciones de prescripción propuestas por la entidad demandada, indicó que cuando se pretendía la nulidad absoluta en

civil esta se presenta a los 10 años, y las nulidades relativas eran de 4 años, (arts. 1742 y 1750 del CC) por lo que en el presente caso, conforme a lo indicado en el interrogatorio de parte el demandante junto con el testigo, que al unísono indicaron que en el año 2010 cuando los visitó el asesor del ISS y que fue cuando se percataron del error cometido en el que el actor indicó que en ese momento cuando intentó regresar al ISS, por la edad no pudo materializar su deseo, por lo que a partir e año 2010 empezó a contar el termino de prescripción, cuando fue el momento que el demandante tuvo conciencia de la situación cuando se hizo exigible el derecho para contar la prescripción, encontrándose entonces que como lo que se pretende es la nulidad de vicios del consentimiento, que se traduce en una nulidad relativa, el termino de prescripción es de 4 años en materia civil o en materia laboral es de 3 años, por lo que a la fecha en que el demandante solicitó ante PORVENIR la nulidad de su traslado, 23 de enero de 2018, ya había superado más del término referido, declarando probada el medio exceptivo propuesto, en el que si bien conforme a reiterada jurisprudencia el derecho pensional es imprescriptible, acotó que en su decisión no se vulnera derecho a la pensión, teniendo en cuenta que conforme a proyecciones pensionales tiene derecho a la pensión tanto en el régimen de prima medio como en el régimen de ahorro individual.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación en el que si bien se acogieron los argumentos con relación a la falta de asesoría propuestos desde la demanda así como en las alegaciones de conclusión, también había obviado abordar su estudio desde la ineficacia, que se reduce a la inexistencia del acto de afiliación y que este no prescribía, situación que al haberse abordado solo desde la nulidad, rechazó que se haya declarado probada la excepción de prescripción.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de

PORVENIR S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien en la demanda se solicitó la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, abordándose su estudio solo desde su nulidad, lo cierto es que esta circunstancia debió abordarse desde su ineficacia, al haber consagrado expresamente el legislador que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, sin que deba acreditar el afiliado los vicios de consentimiento: *error, fuerza y dolo*. Así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019, sin que haya que realizar lo correspondiente a los vicios del consentimiento.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener

una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el señor GONZALO MURCIA RÍOS el 27 de noviembre de 2000 (fl. 135), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. afiliación que surtió efectos a partir del 1° de enero de 2001 (fl. 125), y encontrándose actualmente afiliado a esa administradora (fl. 114), efectuando cotizaciones en éste régimen desde enero de 2001 a la fecha (fl.126 a 128). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES desde el 04 de marzo de 1987 al 31 de diciembre de 2000 (fl. 71).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP HORIZONTE hoy PROTECCIÓN S.A. obrante a folio 135 se denota que el accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión, esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; luego si no podía efectuar una proyección su afirmación carecía de sustento, de ahí que no era viable afirmar un hecho que era incierto más aún, sino tenía pruebas de ello; de suerte que estaba

obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PORVENIR S.A., pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio al demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz, máxime cuando la información que se le brindó trajo consigo únicamente las ventajas del RAIS dejando de lado las desventajas y demás aspectos que traía consigo su decisión.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación del actor al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989)

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que contrario a la concluido por el Juez de

Primera Instancia, someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia apelada y en su lugar, se **DECLARARÁ** la ineficacia del traslado que hizo el actor del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., con las consecuencias que ello implica.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado que hiciere el demandante del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual.

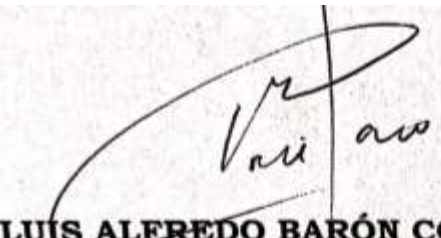
TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que una vez reciba de las AFPS los emolumentos indicados en el ordinal anterior, reactive la afiliación de la

accionante al régimen de prima media con prestación definida y actualice la historia laboral con las cotizaciones devueltas.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

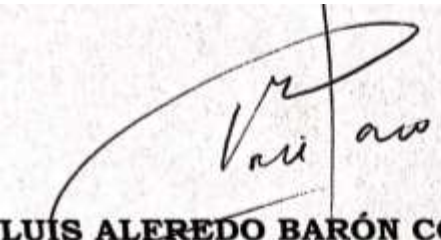


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, la suma de \$900.000 pesos, para cada una.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – HENRY AUDEN RAMIREZ YULE -
contra –REPREVENTAS DE BOGOTÁ S.A. Y OTROS-.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende el señor **HENRY AUDEN RAMIREZ YULE** , se **declare** que entre las empresas REPREVENTAS DE BOGOTÁ S.A. y GASEOSAS LUX S.A.S., existió un contrato de trabajo a término fijo entre el 20 de octubre de 1994 y el 9 de abril de 2012 y se declare que entre las empresas PRODEVENTAS DE LA SABANA S.A. y GASEOSAS COLOMBIANAS S.A.S existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 9 de abril de 2012 hasta el 16 de febrero de 2016, asimismo se declare que para todos los efectos laborales entre las demandadas REPREVENTAS DE BOGOTÁ S.A. y PRODEVENTAS DE LA SABANA S.A. existe unidad de empresa por contener actividades similares conexas o complementarias, así como al pertenecer como filiales de la compañía POSTOBON, por lo que ante la declaratoria de unidad de empresa debe declararse adicionalmente que laboró de manera simultánea para las demandadas REPREVENTAS DE BOGOTÁ S.A., GASEOSAS LUX S.A.S., PRODEVENTAS DE LA SABANA S.A. Y GASEOSAS COLOMBIANA S.A.S. entre el 20 de octubre de 1994 hasta el 16 de febrero de 2016 y que solo tuvo un solo empleador. Como consecuencia de lo anterior, solicitó se

condenara a la empleadora REPRESENTAS DE BOGOTA S.A. y en solidaridad y de manera ilimitada a GASEOSAS LUX S.A.S., PRODEVENTAS DE LA SABANA S.A. y GASEOSAS COLOMBIANA S.A.S a reconocer, liquidar y pagar al actor todos los conceptos por valores salariales y prestacionales pendientes por despido injusto, que la renuncia suscrita constituyó a un despido indirecto, y que la indemnización por despido injusto debe calcularse entre el 20 de octubre de 1994 hasta el 16 de febrero de 2016, junto con los respectivos intereses moratorios, se **condene** ultra y extra petita y se **condene** al pago de costas procesales (fl. 39 a 41-58 a 59).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 36 a 39 – 54 a 58), señaló que se vinculó laboralmente con las empresa REPRESENTAS DE BOGOTÁ S.A. y GASEOSAS LUX S.A.S., vinculado mediante contrato de trabajo a término fijo con fecha de ingreso 20 de octubre de 1994, que REPRESENTAS DE BOGOTÁ S.A. tiene como objeto social la comercialización y distribución de toda clase de bienes y mercancías, así como la asesoría en materia de mercado y ventas y que fue constituida para manejar las área de mercado y ventas de la compañía GASEOSAS LUX S.A.S., teniendo esta última como objeto social la producción, importación, envase, distribución y comercialización por medios propios o ajenos en el país o en el exterior de bebidas gaseosas; agregó que las funciones se desarrollaron de manera simultánea entre estas dos demandadas y que el cargo inicialmente desempeñado fue el de representante de ventas, posteriormente fue avance de ventas, coordinador de ventas, jefe de clientes especiales y desempeñando como último cargo el de asistencia de gerencia general, con una intensidad horaria de lunes a sábado de 6 am a 6pm incluidos festivos y que este acuerdo de voluntades se renovó de manera indefinida por 18 años, devengando como último salario la suma de \$2.785.000, que el desarrollo de las labores se llevó a cabo en la Avenida de las Américas #53-09 y que la subordinación estaba en cabeza de los Gerentes de ventas de REPRESENTAS DE BOGOTÁ S.A. y por el gerente General de GASEOSAS LUX S.A.S.. Agregó que para abril del año 2012 le ofreció un ascenso el Gerente General de REPRESENTAS DE BOGOTÁ S.A. así como gerente de ventas de PRODEVENTAS – GASEOSAS COLOMBIANAS, solicitándole las empresas REPRESENTAS DE BOGOTÁ y GASEOSAS COLOMBIANAS renuncia voluntaria al cargo con fecha 9 de

abril de 2012 para poder aplicar la ascenso, siendo aceptada para esa misma fecha y procediendo a suscribir contrato de trabajo a término indefinido para el 9 de abril de 2012 con las compañías PRODEVENTAS DE LA SABANA S.A. quien tiene como objeto social la comercialización y distribución de toda clase de bienes y mercancías, así como la asesoría en materia de mercadeo y ventas y GASEOSAS COLOMBIANA S.A.S. que tiene como objeto social principal la producción, importación envase, distribución y comercialización por medios propios terceros bebidas gaseosas, y afirmó que con estas dos entidades desarrollaba las labores de manera simultánea, de lunes a sábado de 6am a 6pm, que los cargos desempeñados, correspondieron a gerente de Ventas, gerente residencial e institucional, gerente regional, clientes especiales y jefe de ventas y que la última remuneración ascendió a \$8.962.915 y que las vacaciones, descuentos por salud, pensión y retenciones en la fuente fue asumido por PRODEVENTAS DE LA SABANA, que las funciones las desarrolló en Bogotá y que las ordenes eran impartidas por el Gerente del Distrito de PROVENTAS DE LA SABANA y por el Director de Ventas de GASEOSAS COLOMBIANA S.A.S.

Indicó que el 16 de febrero de 2016, el representante legal de PROVENTAS DE LA SABANA S.A. dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa por la suma de \$18.771.331, en el que solo se tuvo en cuenta para su liquidación el contrato a término indefinido entre el 9 de abril de 2012 hasta 16 de febrero de 2016, sin que se tuvieran en cuenta los 18 años de servicio entre el 20 de octubre de 1994 al 9 de abril de 2012 y aseveró que las demandadas forman una unidad de empresa ya que REPREVENTAS DE BOGOTÁ y PRODEVENTAS DE LA SABANA S.A. tienen el mismo objeto social y manejan el área de mercadeo y ventas de GASEOSAS LUX S.A.S y GASEOSSAS COLOMBIANAS S.A.S quienes también tiene el mismo objeto social, aunado al hecho que pertenecen como filiales de la compañía POSTOBON, por lo que la indemnización por despido debía contemplar la totalidad del tiempo laborado.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

REPREVENTAS DE BOGOTÁ S.A.- contestó el introductorio (fls. 93 a 102), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, aceptó los

contenidos en los numerales 3,11,18 y 22, parcialmente ciertos los numerales 1 a 2, 9 a 10, 12, no ser ciertos los numerales 4,6 a 8, 13 a 17, 19 a 20 y 32 a 34 y no constarles los restantes, propuso como excepciones de fondo las denominadas prescripción, pago e inexistencia de la obligación, inexistencia de solidaridad e inexistencia de la unidad de empresa.

GASEOSAS LUX S.A.S contestó el introductorio (fls. 183 a 191), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 5 y 22, no ser ciertos los numerales 1, 2, 4, 6 a 13, 15 a 19, 32 a 34 y no constarles los restantes, propuso como excepciones de fondo prescripción, inexistencia del contrato de trabajo e inexistencia de la obligación.

GASEOSAS COLOMBIANAS S.A.S contestó el introductorio (fls. 193 a 203), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 5 y 22, no ser ciertos los numerales 2, 14, 16,19, 21, 23 A 28, 32 a 34 y no constarles los restantes, propuso como excepciones de fondo prescripción, inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de la obligación y falta de legitimación en la causa por pasiva.

PRODEVENTAS DE LA SABANA S.A. EN LIQUIDACIÓN- contestó el introductorio (fls. 205 a 215), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 22, 29 a 30, no ser ciertos los numerales 8, 14, 16, 19 a 21, 23 a 24, 26, a 28, 31 a 34 y no constarles los restantes, propuso como excepciones de fondo prescripción, pago, inexistencia de la obligación, inexistencia de solidaridad e inexistencia de unidad de empresa.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 13 de diciembre de 2018 (CD – fl. 286), **declaró** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre la SOCIEDAD PRODEVENTAS DE LA SABANA S.A. y el demandante HENRY AUDEN RAMIREZ YULE, vigente entre el 9 de abril de 2012 y el 16 de febrero de 2016, que terminó sin justa causa previo pago de la indemnización de que trata el artículo 64

del C.S.T. y **absolvió** a las demandadas SOCIEDAD PROVENTAS DE LA SABANA S.A. EN LIQUIDACIÓN, GASEOSAS LUX S.A.S, REPRESENTAS DE BOGOTÁ S.A. y GASEOSAS COLOMBIANAS S.A.S de todas y cada una de las pretensiones de la demanda propuestas por el demandante y **condenó** en costas al demandante en la suma de \$1 SMLMV.

Fundamentó su decisión, indicando que se encontraba establecido que el demandante se había vinculado inicialmente mediante contrato de trabajo a término indefinido con la SOCIEDAD REPRESENTAS DE BOGOTÁ el 20 de octubre de 1994 estando vigente hasta el 9 de abril de 2012, desempeñándose en el cargo de asistente de representante de ventas y que fue terminado por renuncia voluntaria el 9 de abril de 2012 en el que se argumentó el traslado y ascenso al gerente de ventas, siendo aceptado por la empresa ese mismo día, por lo que inmediatamente fue contratado PRODEVENTAS DE LA SABANA mediante contrato de trabajo a término indefinido a partir del 9 de abril de 2012 hasta el 16 de febrero de 2016, con una remuneración final de \$8.962.915, advirtió que el contrato finalizó sin justa causa, pagándose la respectiva indemnización y liquidación de contrato.

Concluyó que para el despacho se habían presentado dos vinculaciones laborales sustentadas en contratos de trabajo independientes, la una con la sociedad REPRESENTAS DE BOGOTA desde 20 octubre de 1994 hasta el 9 de abril de 2012 en que presentó renuncia voluntaria y posteriormente con PRODEVENTAS DE LA SEMANA desde el 9 de abril de 2012 hasta el 16 de febrero de 2016 en el que se pagó lo correspondiente a la indemnización por despido sin justa causa, en el que si bien el demandante alegó haber existido un único contrato de trabajo bajo la figura de unidad de empresa, lo cierto era que no había demostrado lo correspondiente respecto de toda la pasiva dado que estas empresas realizan las actividades de manera independiente e inconexa.

Agregó con relación a la pretensión de querer anular los efectos de la renuncia voluntaria presentada 9 de abril de 2012, en la que consignó puntualmente que la presentaba para ascender o mejorar el cargo que desempeñaba, el demandante no se detuvo a pensar que estaba

suscribiendo un contrato con una persona jurídica diferente, señalando adicionalmente, que para la ruptura del vínculo, la parte que decide darlo por terminado, debe darle conocer a la otra los motivos de su decisión, ya que posteriormente no se pueden alegar situaciones diferentes a las que no fueron consignadas en el referido escrito, por lo que para el caso en concreto, quien dio por terminado el contrato de trabajo fue el trabajador para postularse a un cargo de mayor jerarquía.

Con relación al despido indirecto alegado por la parte demandante, indicó que los motivos expuestos en la carta de renuncia eran claros, traslado y ascenso-, sin que en ningún momento advirtiera a que compañía era el ascenso al cargo de Gerente de Ventas, por lo que se denota que en dicho comunicado renuncia de manera voluntaria a un mejor cargo laboral, sin que pueda imputársele situación alguna al empleador, constatándose conforme al acervo probatorio, que la decisión se tomó porque desempeñaría un mejor cargo, con una indiscutible mejora salarial, cambio que se materializó con un nuevo contrato con un tiempo de cuatro años con la sociedad PRODEVENTAS DE LA SABANA, hasta el 16 de febrero de 2016, cuando este empleador dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa pagando la respectiva indemnización.

Acotó que no existe nulidad en la renuncia presentada por el actor el 9 de abril de 2012, por las razones expuestas y que no había probado vicio de consentimiento alguno, por lo que relación a la carga de la prueba, consideró, que no había lugar a condenar a las entidades demandas al pago de la indemnización por despido sin justa causa, en los términos pretendidos en la demanda.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que entre el demandante y las demandadas existió una relación laboral, que fue revertida por la renuncia que el demandante presentó ante REPRESENTAS con el fin de continuar laborando con la sociedad PRODEVENTAS quien a su vez labora para GASEOSAS COLOMBIANAS, por lo que se probó la continuidad laboral entre REPRESENTAS y PRODEVENTAS, en el que si bien

los contratos se suscribieron de manera independiente, se demuestra con las certificaciones laborales obrantes en el expediente que no fueron tenidas en cuenta en la decisión que se trató de un sola relación laboral, de este modo las sociedades demandadas desconocieron la totalidad de los años laborados a su servicio, la renuncia tuvo un único objeto, solo por el hecho de ser ascendido al cargo de gerente de ventas para la sociedad PRODEVENTAS Y GASEOSAS COLOMBIANAS, empresas que pertenecen a la filial POSTOBON y que dicha situación así se probó, y con relación a lo considerado por la señora juez de no haberse probado que renunció para ascender al cargo de gerente de ventas, este no podía retractarse de esa renuncia, porque de esto dependía el ascenso.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si se encuentra demostrado la unidad de empresa entre las demandadas a efectos de declarar una sola relación laboral, asimismo, se analizará la renuncia presentada por el demandante para el 9 de abril de 2012 ante la sociedad REPRESENTAS DE BOGOTÁ S.A.

Unidad de Empresa

Procede la Sala a estudiar, si en efecto, tal y como lo expone el demandante en el recurso de alzada, en el presente caso es posible predicar la unidad empresa entre las sociedades REPRESENTAS DE BOGOTÁ S.A., GASEOSAS LUX S.A.S, PRODEVENTAS DE LA SABANA S.A. EN LIQUIDACIÓN y GASEOSAS COLOMBIANAS S.A.S., por ser estas filiales de la casa matriz de Postobon.

Sobre esta materia, el artículo 194 del CST establece “*entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que corresponda a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a sus servicios*”, advirtiendo que “*En el caso de las personas*

jurídicas existirá unidad de empresa entre la principal y las filiales o subsidiarias en que aquella predomine económicamente, cuando, además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias; (..)”.

De igual forma, resulta oportuno traer a colación la sentencia CSJ SL 31 agosto de 2010, con radicado 32060, en la que señaló que la declaratoria de unidad de empresa, propende:

“(..) impedir el desmejoramiento de la situación del trabajador, a través de la fragmentación del capital o del tiempo necesario para acceder a algunas prestaciones o beneficios establecidos en la ley o en las convenciones colectivas.

(..)

Su finalidad inequívoca es la de evitar que, mediante el expediente de constituir diferentes sociedades dotadas de personalidad jurídica, se oculte o simule la verdadera realidad económica en detrimento del trabajador, a los efectos de hacerla prevalecer, a plenitud, con toda su rica gama de consecuencias jurídicas.

(..)

Afirmar la existencia de una unidad económica y, en tránsito por esa vía, romper la apariencia de varios dueños, que se presenta a través del fraccionamiento del capital, para establecer la unidad patrimonial de la explotación económica, es el trascendental designio de la declaratoria de unidad de empresa.

(..)

El efecto jurídico de su declaratoria, por los senderos administrativos o judiciales, es tener a las varias personas jurídicas, o las varias unidades de una misma persona natural o jurídica, como una sola empresa, en beneficio del trabajador, con miras a que éste pueda obtener el reconocimiento y pago de prestaciones que sólo están a cargo de una empresa.

De lo anterior, se concluye que, tratándose de la existencia de varias personas jurídicas, como ocurre en el presente asunto, para que se configure la denominada unidad de empresa, deben concurrir la existencia de una principal o matriz y otra subordinada que se denomina filial o subsidiaria.

Ahora, esa dependencia se presenta solo cuando la primera de ellas ejerce un predominio económico sobre la segunda, por lo que, precisamente, es este elemento el que debe verificarse, a efectos de declarar la existencia de dicha figura, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las providencias (CSJ SL6228-2016 y CSJ SL6313-2016).

Precisado lo anterior y del acervo probatorio obrante en el expediente, no se evidencia que alguna de las aquí convocadas a juicio tenga sobre la otra un inequívoco control financiero en los términos de las disposiciones que regulan el área mercantil, menos aún que dependan económicamente la una de la otra y, por lo que no se cumpliría con la primera exigencia del artículo 194 traído a colación, para considerarlas como componentes de la misma unidad de explotación económica; toda vez que si bien el demandante en su interrogatorio de parte, junto con los testigos Miguel Sanabria y Oscar Espinel, efectuaron un recuento acerca de la constitución de las empresas y en sus términos indicaron el objeto social de cada una de ellas, -cuya veracidad se confirma con los mismos certificados de existencia representación legal allegados al infolio (fls. 4-24), lo cierto es que tal situación, no supe la interrelación económica y control financiero que se debe presentar entre ellas, sin que tal requisito permita que se sustituya por una alegada similitud, conexidad o complementación de las actividades de las empresas, razón por la que se concluye que la parte demandante no probó que existiese unidad de empresa entre las entidades aquí demandadas y mucho menos con la casa matriz Postobon S.A. de la que ni siquiera allego prueba alguna para respaldar su dicho.

Por todo lo anterior y compartiendo los argumentos expuestos por el a *quo*, no hay lugar a declarar una sola relación laboral, sino por el contrario, forzoso resulta concluir que existieron dos contratos de trabajo con diferentes empleadores, el primero con REPRESENTAS DE BOGOTÁ S.A., vigente entre el 20 de octubre de 1994 y el 9 de abril de 2012 (folio 24), donde registra adicionalmente le fueron canceladas las prestaciones sociales causadas (fl. 107).

Ahora bien, con relación a la renuncia presentada por el demandante el 9 de abril de 2012 visible a folio 27 del expediente, en la que indicó “(..) con la

presente renuncio voluntariamente al cargo que he venido desempeñando como en el de asistente de ventas , a partir del 9 de abril de 201, por motivo de traslado y ascenso al cargo de Gerente de ventas (..) agradezco el apoyo brindado por ustedes (..)” respecto de la finalización de este primer vínculo, no se probó que haya existido un vicio en el consentimiento del demandante, pues si bien se afirmó tanto en la demanda como en el interrogatorio de parte que para poder aceptar el ascenso o nuevo cargo, fue conminado a elaborar la carta de renuncia en los términos consignados, lo cierto es que de las pruebas recaudadas, no dan cuenta que la ruptura del vínculo se hubiese dado por error, fuerza o dolo, ya que de los testimonios de Miguel Sanabria y Oscar Ruiz, nada logra extraerse, toda vez que los dos indicaron no haber estado presentes al momento que el demandante presentó la renuncia, aunado a ello, también se observa que si en gracia de discusión, se hubiese presentado la situación fáctica en los términos indicados por el demandante, tenía la libre discreción de no haber aceptado la oferta laboral y continuar con las labores que tenía a su cargo, pues tal y como lo indicó en su interrogatorio de parte, lo oferta llevaba consigo, un cargo de mayor jerarquía y una mayor remuneración salarial, razón por la que no demostró la invalidez de la renuncia presentada.

Por otra lado y con relación al segundo vínculo laboral que existió con PRODEVENTAS DE LA SABANA S.A. EN LIQUIDACIÓN, se allegó contrato de trabajo a término indefinido (fl. 216 a 219) el cual dio inicio el 9 de abril de 2012 y finalizó el 16 de febrero de 2016 sin justa, en la que se evidencia el respectivo pago de sus prestaciones sociales, así como de indemnización por despido (fl. 221).

Finalmente y con relación a los motivos de disenso expuestos por el apelante, en el que indica que el Juez no valoró en debida forma las certificaciones que fueron expedidas por GASEOSAS LUX (fl. 26) y GASEOSAS COLOMBIANAS (fl. 30), en las que la primera de ellas se consignó que el trabajador había laborado del 20 de octubre de 1994 a 09 de abril de 2012 y en la segunda que había laborado del 9 de abril de 2012 hasta 16 de febrero de 2016, respectivamente, lo cierto es que dicha documental no modifica en nada lo concluido hasta aquí por la Sala, toda vez que nada puede concatenarse que se haya tratado de un solo vínculo laboral, pues corresponden a dos

certificaciones expedidas por dos personas jurídicas diferentes y en tiempos diferentes; ni mucho menos dichas documentales, prueban que el demandante haya sido inducido a presentar la carta de renuncia para el 9 de abril de 2012 o el despido indirecto que adujo en la demanda.

En tales condiciones y sin que sean necesarias consideraciones adicionales, se **CONFIRMARÁ** la decisión impartida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de HENRY AUDEN RAMIREZ YULE, de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

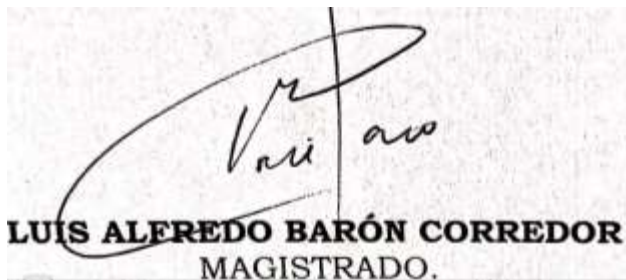
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a cargo de HENRY AUDEN RAMIREZ YULE.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

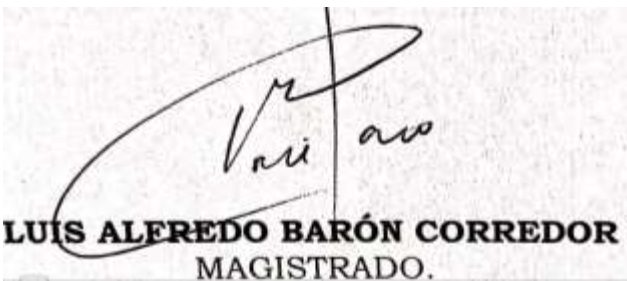


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de HENRY AUDEN RAMIREZ YULE, en la suma de \$300.000 pesos.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE -LISIMACO GONZÁLEZ-CONTRA -LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita el señor **LISIMACO GONZÁLEZ**, se **condene** a COLPENSIONES a reconocer y pagar las mesadas pensionales dejadas de cancelar desde el 13 de enero de 2013 hasta el mes de mayo de 2015, junto con la indexación que haya lugar por tratarse de una prestación de tracto sucesivo así como los intereses moratorios correspondiente a cada una de las mesadas dejadas de cancelar desde el 1 de enero de 2013, por otro lado, solicitó se **condenara** al reconocimiento y pago del 14% por su compañera permanente Daissy Rubio y se **condene** conforme a las facultades ultra y extra petita, junto con el pago de las costas procesales (fl. 16).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fl. 15 del plenario, en los cuales en síntesis señaló; que nació el 15 de enero de 1953 y realizó cotizaciones desde el 5 de diciembre de 1970 hasta el 30 de junio de 2015, aportes que se realizaron con exclusividad al ISS hoy COLPENSIONES; agregó que radicó ante la entidad demandada reconocimiento y pago de la pensión de vejez con radicado 2013-7153364 y que fue reconocida mediante acto administrativo GNR 111076 del 19 de abril de 2015 con efectos a partir del 1 de mayo de 2015 y que en su parte resolutive se consignó que el retroactivo sería cancelado una vez se ingresara a nómina, sin que hubiese procedido con su pago desde el 14 de enero de 2013 fecha en la que cumplió

la edad pensional; acotó que aunado a lo anterior, tiene derecho a que se le cancele el reconocimiento y pago del incremento de la pensión de vejez en un 14% y finalizó indicando que había cotizado más de 1200 semanas .

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 3 a 6 y 12, con relación a los numerales 2, 7 a 8 y 11 indicó no ser ciertos y no constarle los demás, propuso como excepción previa falta de competencia por no agotamiento de la reclamación administrativa, esto con relación a la pretensión de reconocimiento y pago de incremento pensional por cónyuge a cargo y de fondo propuso las denominadas inexistencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación e innominada o genérica (fls. 20 a 28).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 4 de marzo de 2019, **absolvió** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, **requirió** a la entidad para que adelantara todas las acciones administrativas y judiciales a su cargo, tendientes a obtener la revocatoria del acto administrativo de reconocimiento y pago de la pensión de vejez, en los términos del artículo 19 de la Ley 797 de 2003, declaró parcialmente probada la excepción de fondo denominada falta de agotamiento de reclamación administrativa frente a la solicitud de reconocimiento y pago de incremento pensional por cónyuge a cargo y no probadas la excepción inexistencia de causa para demandar y **condenó** en costas al demandante (CD fl.74).

Como argumento de su decisión, el *a quo* precisó que no fue materia de controversia la calidad de pensionado, conforme a resolución de reconocimiento obrante en el infolio, con relación al régimen de transición indicó que conforme al acto legislativo 01 de 2005 el actor no había mantenido dicho beneficio, toda vez que no contó con las 750 semanas al 31 de julio de 2005, por lo que no fue procedente el reconocimiento y pago por parte de la entidad bajo el decreto 758 de 1990, en el que si bien el reconocimiento de la pensión se dio por cumplimiento a un fallo de tutela y en el que se indicó bajo los presupuestos normativos ya anotados, lo cierto era que en la parte motiva de la providencia constitucional, el juez de tutela no tuvo en cuenta lo referente al acto legislativo 01 de 2005, razón por la que dicha decisión junto con el acto

administrativo de reconocimiento son totalmente contrarios a los postulados normativos que rigen el tema.

APELACIÓN

LA PARTE ACTORA interpuso recurso de apelación, argumentando que se encontraba demostrado lo referente a la edad, que al 1 de abril de 1994 contaba con 41 años de edad, por lo que aseveró, si debía aplicársele lo dispuesto en el decreto 758 de 1990, en atención que era beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que conforme al acto legislativo debían cumplirse la totalidad de requisitos hasta el año 2014, quien para dicha data ya tenía la edad pensional y las 1000 semanas para hacerse acreedor de la pensión de vejez.

Agregó que no se puede desconocer lo contenido en las consideraciones realizadas en la sentencia de tutela, ya que en su momento no fue recurrido por COLPENSIONES, situación por lo que aceptó la entidad la decisión allí adoptada y por la que no era dable que el juez cuestionara la decisión del juez de tutela ya que había quedado en firme y no era dable en este momento cuestionarla, cuando lo solicitado en la demanda es el pago de unas mesadas pensionales de manera retroactiva.

Agregó adicionalmente que no debía haber declarado probada la excepción de fondo de falta de reclamación administrativa por cónyuge a cargo, toda vez que dicha situación ya se había resuelto con anterioridad mediante excepción previa y ya no era materia de debate.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de alzada, corresponde a esta Sala de decisión determinar si el *a quo* debía o no estudiar si el actor cumplía con los postulados para haber mantenido el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y si debió haberse reconocido la pensión de vejez conforme al Decreto 758 de 1990; asimismo determinar, si tiene derecho a que se reconozca y pague el retroactivo solicitado en el petitum de la demanda.

Previo a resolver lo anterior, dentro de los puntos de disenso expuestos por el accionante, se encuentra relacionado con haberse declarado el medio exceptivo propuesto denominado falta de agotamiento de reclamación administrativo frente a la

solicitud de reconocimiento y pago de incremento pensional, como de fondo cuando este ya se había resuelto como previo con anterioridad, asistiéndole razón al recurrente sobre este punto, toda vez que dicha situación fue dirimida mediante proveído de fecha 26 de septiembre de 2018 (fl. 67 –CD) en la que en esta instancia, confirmó la decisión de declararlo probado y excluyó de la litis dicha pretensión, razón por la que se revocará el numeral tercero sin que se requiera realizar consideraciones adicionales.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor LISIMACO GONZÁLEZ, tal y como se corrobora con la copia de la Resolución GNR 111076 del 19 de abril de 2015 (fls. 10 a 11 y expediente administrativo digital fl. 38), mediante la cual COLPENSIONES reconoce la pensión de vejez, en cuantía de \$644.350 a partir del 1° de mayo de 2015.

Cosa Juzgada Constitucional

Solicitó la parte actora le fuera reconocido el disfrute de la pensión otorgada por COLPENSIONES a partir del 1 de enero de 2013, momento en que cumplió los 60 años de edad y acreditaba la totalidad de semanas requeridas para acceder a la prestación solicitada, por su parte el *a quo* indicó que conforme se extraía del acto administrativo de reconocimiento pensional, el demandante no era beneficiario del régimen de transición, aunado a las inconsistencias que evidenció en la providencia de tutela que determinó el reconocimiento derecho pensional tanto en su parte considerativa como en la resolutive; por lo que precedió a realizar el computo de semanas, concluyendo que definitivamente para la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 el actor no contaba con 750 semanas cotizadas, concluyendo que no era beneficiario del régimen de transición.

Precisado lo anterior, resulta forzoso traer a colación lo establecido en el artículo 303 del C.G.P y recordar que la cosa juzgada es una institución jurídica procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica

Es así, que para que una decisión alcance el valor de cosa juzgada se requiere:

- **Identidad de objeto**, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.
- **Identidad de causa petendi** (eadem causa petendi), es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.
- **Identidad de partes**, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada.

Finalmente, y con relación a la cosa juzgada constitucional, la sentencia T 272 de 2019 precisó:

“(...) Se trata de una institución jurídico-procesal en cuya virtud se dota de carácter inmutable, vinculante y definitivo a las decisiones adoptadas por las autoridades judiciales en sus providencias definitivas, con lo cual se garantiza la finalización imperativa de los litigios y en ese sentido el predominio del principio de seguridad jurídica.

(...)

En este sentido, una providencia pasa a ser cosa juzgada constitucional frente a otra cuando existe identidad de objeto, de causa petendi y de partes. “Específicamente, las decisiones proferidas dentro de un proceso de amparo constituyen cosa juzgada cuando la Corte Constitucional adquiere conocimiento de los fallos de tutela adoptados por los jueces de instancia, y decide excluirlos de revisión o seleccionarlos para su posterior confirmatoria o revocatoria”.

Así entonces, de cara al fundamento jurídico expuesto por el *a quo* y en atención a lo manifestado por el apelante, **la Sala considera que le asiste razón a este último,**

pues del fallo de tutela proferido por el Juzgado Promiscuo del Líbano - Tolima el 8 de abril de 2014 y que fue allegado al expediente administrativo (fl. 38 -CD), se logra extraer que el señor LISIMACO GONZÁLEZ presentó acción constitucional en contra de COLPENSIONES, en la que expuso como situación fáctica que había presentado solicitud de reconocimiento y pago de pensión de vejez, prestación que le fue negada ante el no cumplimiento de requisitos mínimos para acceder a la prestación, en dicho proveído se realizaron las siguientes precisiones:

“(...) COLPENSIONES denegó la pensión por aplicación de la reglas 797 de 2003 y exclusión del régimen de transición (...) el accionante alega que esta cobijado por el régimen de transición ya que a la entrada en vigencia de la Ley 100 tenía 41 años (...) Ahora bien el régimen aplicable al accionante es el establecido en el decreto 758 de 1990 que acogió el acuerdo 049 de 1990 del ISS, por cuanto el actor había cotizado a dicha entidad durante los periodos 1970 a 1976 (...) no se entiende cual es la razón para que COLPENSIONES haya aplicado una normatividad diferente en perjuicio de los derechos del solicitante y en violación a los principio de seguridad social (...) COLPENSIONES está obligada a analizar el derecho del accionante al régimen de transición y en al caso la aplicación del régimen anterior ya enunciado con anterioridad. Aplicar el régimen de la ley 797 de 2003 resulta un error sustancial, a menos que COLPENSIONES, al resolver los recursos, sustente de manera suficiente, desde el punto de vista legal y constitucional, que el solicitante no es beneficiario del régimen de transición y no se le puede aplicar el régimen del acuerdo 049 de 1990 (...)”

Pese a lo anterior, en el numeral segundo de la parte resolutive del referido fallo de tutela se ordenó:

“(...) En consecuencia se ORDENA al doctor MAURICIO OLIVERA GONZÁLEZ presidente de COLPENSIONES que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta providencia resuelva los recursos propuestos por el señor LISIMACO GONZÁLEZ, con cedula de ciudadanía número 14.989.811, contra la resolución GNR 249334 del 7 de octubre de 2013, y al resolverlos tenga en cuenta que el accionante tiene derecho al régimen de transición y por ello a que se le aplique el decreto 758 de 1990 (...)”

Por lo anterior, es claro que desde la providencia de tutela citada en precedencia, se debatió lo correspondiente al beneficio del actor en el régimen de transición y en el que si bien, se observan inconsistencias en lo contenido en su parte considerativa con lo consignado en la resolutive, lo cierto es que dicha situación no fue materia de

debate en el presente asunto, de hecho, lo solicitado por el actor ese el reconocimiento de un retroactivo pensional en el que considera tener un derecho causado con anterioridad, pero dicha situación no lo facultaba a cuestionar o a estudiar nuevamente si el actor era beneficiario o no del régimen de transición o si en su defecto se había extendido hasta la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, pues, era COLPENSIONES quien debía develar los yerros anotados a través de los mecanismo judiciales, pero contrario a ello guardó silencio y realizó la salvedad en el acto administrativo de reconocimiento, de reconocer la pensión de vejez bajo el decreto 758 de 1990 acatando una orden judicial.

En este punto precisa la Sala, que independientemente de que cumpla o no el demandante con los requisitos para haber extendido el beneficio del régimen de transición conforme al acto legislativo 01 de 2005, o si en su defecto, debía agotarse todas las posibilidades de estudio de derecho pensional, acudiendo inclusive, a la figura constitucional de *condición más beneficiosa* para determinar si cumplía con la prerrogativa; lo cierto es que esta situación no fue materia de controversia dentro del presente asunto, y existe cosa juzgada constitucional, razón por la que no era procedente realizar el estudio sobre esa materia en la forma abordada por el *a quo*, razones suficientes para proceder a revocar el numeral segundo de la sentencia de primera instancia en la que requirió a COLPENSIONES para que por las vías judiciales y/o administrativas demandara su propio acto administrativo que ordenó el reconocimiento de la pensión de vejez del actor, y contrario a ello, será la entidad demandada que en uso de su discrecionalidad, determine si decide emprender algún tipo de acción de revisión del acto administrativo de reconocimiento pensional.

Retroactivo pensional

Ahora bien, solicita el actor se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de las mesadas pensionales a partir del 13 de enero de 2013 hasta mayo de 2015, toda vez que la prestación fue reconocida a partir del 1 de mayo de 2015.

Por lo anterior, al revisarse la historia laboral del actor la cual milita a folios 34 a 36, se observa que el último aporte realizado al sistema lo fue para el ciclo 04-2015 y que las últimas cotizaciones se efectuaron a través del régimen subsidiado.

Sobre tal situación, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha estimado, que por regla general, la desafiliación al sistema es la determinación que debe tener el en cuenta el *a quo* para el otorgamiento de la pensión y solamente ha acudido a

soluciones diferentes como en los casos en los que el demandante despliega alguna conducta tendiente a no continuar vinculado al sistema, como lo sería el cese de las cotizaciones (CSJ SL 35605, 20 oct. 2009; CSJ SL4611-2015), o cuando pese a no haber desafiliación del sistema, el juzgador advierte su voluntad de no seguir vinculado al régimen de pensiones, por ejemplo, porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez (CSJ SL5603-2016); o en casos en que la entidad de seguridad social fue renuente al reconocimiento de la prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de los requisitos (CSJ SL 34514, 1.º sep. 2009; CSJ SL 39391, 22 feb. 2011; CSJ SL15559-2017).

Siguiendo los parámetros enunciados, en el presente asunto se tiene que el demandante solicitó por primera vez el reconocimiento pensional el 4 de octubre de 2013, momento para el cual la entidad demandada indicó que no cumplía con la totalidad de las semanas requeridas para acceder al derecho pensional, tal y como se desprende de la (i) resolución GNR 249334 del 07 de octubre de 2013 bajo los presupuestos normativos de la ley 797 de 2003, por lo que procedió a interponer recurso de reposición y en subsidio el de apelación, bajo el argumento de ser beneficiario de régimen de transición, por lo que al no obtener respuesta, el actor presentó acción constitucional que fue (ii) decidida a su favor el 8 de abril de 2014 por el Juzgado Promiscuo de Familia del Líbano- Tolima, situación por la que mediante (iii) acto administrativo GNR 168281 de 14 de mayo de 2014, niega el reconocimiento pensional en el que indican que a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 no contaba con 750 semanas, posteriormente se observa dentro del expediente administrativo y mediante (iv) proveído de fecha de 9 de enero de 2015 se admite por parte del Juzgado Promiscuo de Familia del Líbano Tolima el incidente de Desacato, para el (v) 22 de enero de 2015, declaró en Desacato al presidente de COLPENSIONES y mediante (vi) resolución VPB 14965 de 19 de febrero de 2015 se resuelve recurso de apelación, bajo el mismo argumento normativo de no ser beneficiario del régimen de transición y no cumplir con la densidad de semanas de la Ley 797 de 2003; por otro lado y con relación al incidente de desacato que cursaba en su contra, (vii) para el 10 de abril de 2015 el superior confirma la imposición de sanción y finalmente para el (viii) 19 de abril de 2015 se profiere el acto administrativo GNR 111076 de 19 de abril de 2015, **otorgando su disfrute a partir del día siguiente a la última cotización al sistema.**

Conforme a los anteriores antecedentes, es claro que la entidad demandada no fue renuente al reconocimiento de la prestación, pues todas sus actuaciones estuvieron debidamente fundadas en lo que concierne a su negativa del reconocimiento pensional de no cumplimiento de requisitos mínimos para acceder a la prestación, resolviendo

los recursos de reposición y apelación y solo hasta cuando se confirma la sanción por desacato, procedió a reconocer la pensión de vejez bajo la salvedad “(...) *Colpensiones salva cualquier tipo de responsabilidad toda vez que el objeto del presente acto administrativo es dar cabal cumplimiento a la decisión proferida en virtud del fallo de tutela tramitado ante el JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DE LIBANO TOLIMA y en razón a ello Colpensiones salvaguarda las responsabilidades de orden fiscal, económico y judicial que se deriven del acatamiento de esta orden impartida (...)*”, situación por la que no se dan los presupuestos traídos a colación en jurisprudencia en cita para ordenar el reconocimiento pensional en los términos pretendidos en la demanda, aunado al ello, se encuentra que su reconocimiento se encontró ajustado conforme lo establece el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, que dispone: “*La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma*”, razones suficientes para no acceder a las suplicas contenidas en el libelo demandatorio.

Conforme a lo anterior, se **CONFIRMARÁ** parcialmente la decisión de primera instancia, pero bajo los argumentos anteriormente señalados.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de LISIMACO GONZÁLEZ, de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el ordinal segundo que requirió a COLPENSIONES para que adelantara las actuaciones administrativas y/o judiciales tendientes a obtener la revocatoria del acto administrativo de reconocimiento, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

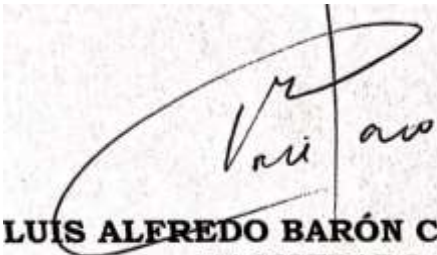
SEGUNDO: REVOCAR el ordinal tercero que declaró parcialmente probada la excepción de fondo denominada falta de agotamiento de reclamación administrativa

frente a la solicitud de reconocimiento y pago de incremento pensional por cónyuge a cargo, atendiendo las consideraciones realizadas en el presente proveído.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: COSTAS en ambas instancias a cargo del demandante LISIMACO GONZÁLEZ.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

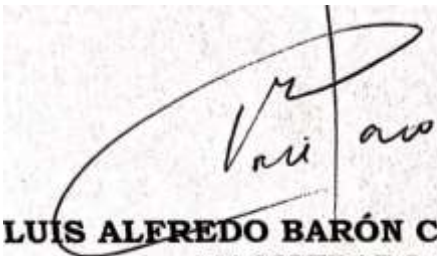


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de LISIMACO GONZÁLEZ, en la suma de \$300.000 pesos.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE -JOSE RUBIEL BETANCUR VALENCIA-
CONTRA -LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES-**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita el señor **JOSE RUBIEL BETANCUR VALENCIA**, se **declare** que es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que le asiste derecho a que su pensión de vejez se reconozca en los términos del Acuerdo 049 de 1990, asimismo que se **declare** que COLPENSIONES lo indujo al inevitable error de continuar cotizando entre el 3 de octubre de 2014 al 31 de marzo de 2018 al haberle indicado mediante acto administrativo de fecha 27 de diciembre de 2014, que no contaba con las semanas mínimas de cotización y edad para acceder a la pensión. Como consecuencia, solicita se **condene** a COLPENSIONES a rectificar la historia laboral incluyendo la totalidad de semanas reportadas, incluyendo, las que se encuentran en mora y las que se contabilizaron en forma errónea, se le **reconozca y pague** la pensión de vejez por cumplir con los requisitos exigidos a partir del 3 de octubre de 2013, o de **manera subsidiaria**, le sea **reconocida** a partir del **31 de marzo de 2018** conforme a la última cotización realizada en el sistema pensional, se **condene** al pago de intereses moratorios, o de manera subsidiaria, se **condene** a la indexación, se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas procesales (fl.5 a 6).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 3 a 5 del plenario, en los cuales en síntesis se señaló; que nació el 13 de abril de 1953, que la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida se realizó el 1 de enero 1974 y que su última cotización la realizó en marzo de 2018, acumulando un total de 1395,143semana, que al 1 de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad, haciéndolo beneficiario del régimen de transición, que en historia laboral expedido por COLPENSIONES se registró un total de 1200,71 contabilizando en ceros semanas cotizadas con (i) Inversiones Herrera (enero 2003), (ii) Sebastián León Moreno (octubre 2003) y (iii) Betancur Valencia Jose Rubiel (marzo 2003), asimismo, contabilizó erróneamente las semanas cotizadas con (i) Olaya Ballen Jorge Roberto (abril 1996), (ii) Inversiones Herrera (diciembre 2002, abril 2006, enero-febrero 2007) y finalmente indicó no haberle contabilizado los periodos laborados con (i) Olaya Ballen Jorge Roberto (octubre 1996 a septiembre 1999) e (ii) Inversiones Herrera (mayo 2007), aseveró que los errores cometidos por la entidad pensional ascendían a un total de 194. 43 semanas, solicitando entones la corrección de semanas mediante derecho de petición el 11 de diciembre de 2012, contestándole la demandada el 5 de agosto de 2013 de manera parcial y no de fondo lo solicitado, por lo que para el 3 de octubre de 2014 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez y mediante Resolución No. 442154 del 27 de diciembre de 2014 le fue negada la prestación, por lo que para el 25 de marzo de 2015 le solicitó a la entidad que iniciara las acciones de cobro de los meses de octubre de 1996 y septiembre de 1999, sin obtener una respuesta de fondo, finalmente manifestó que a la entrada en vigencia del acto legislativo 1 de 2005 contaba con un total de 799,42 semanas y que para el 13 de marzo de 2013 cumplió con 60 años de edad, por lo que para dicha data contaba con un total de 1165,28 semanas cotizadas, cumpliendo a cabalidad con los requisitos contemplados en el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990 para acceder a la prestación pensional.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 3, 6 a 7,11 y 13 a 18, no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación pretendida, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del I.P.C. ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, excepción de compensación inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión pretendida y la innominada o genérica (fls.63 a 66).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 14 de febrero de 2019, **condenó** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del señor JOSE RUBIEL BETANCUR VALENCIA, la pensión de vejez a partir del 3 de octubre de 2014 en cuantía inicial de \$616.000 y, como consecuencia, ordenó a cancelar la suma de \$34.563.428 por concepto de retroactivo pensional causado dentro del periodo comprendido entre el 6 de junio de 2015 al 31 de enero de 2018, el cual incluía la mesada pensional y los reajustes anuales y a partir del 1 de febrero de 2019, ordenó pagar debidamente ajustada la mesada pensional, asimismo, **condenó** a COLPENSIONES a reconocer y pagar al actor los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, respecto de las mesadas causadas a partir del 6 de junio de 2015, sobre la tasa máxima de interés para créditos de libre asignación, certificada por la superintendencia financiera para el periodo correspondiente al momento en que se efectúe su pago, **declaró** parcialmente probada la excepción de prescripción, y **condenó** en costas en la suma de \$1.000.000 (CD fl.79).

Como argumento de su decisión, el *a quo* trajo a colación lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con relación al régimen de transición, indicó que en principio el demandante era beneficiario del régimen de transición al contar con 41 años de edad para el 1° de abril de 1994 y con relación a la normatividad aplicable al actor, precisó que primero debía establecerse donde se realizaron las cotizaciones, por lo que conforme a la documental que obraba en el infolio, se extraía que había realizado cotizaciones al ISS-COLPENSIONES de manera ininterrumpida, entre septiembre de 1985 a marzo de 2018, de igual forma trajo a colación lo correspondiente a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, en cuanto a la densidad de semanas indicó que al encontrarse en discusión lo correspondiente, debía analizarse el reporte de semanas cotizadas con fecha de expedición -11 de diciembre de 2012-, en el que se extraía que para los periodos cotizados para el 1 de octubre de 1996 al 30 de septiembre de 1999, enero-octubre 2003 y mayo 2007, reflejaba la observación que el empleador presentaba deuda por no pago, no obstante llamaba especialmente la atención que para una historia laboral expedida por la misma entidad para el 15 de agosto de 2018, se haya excluido esta observación, sin dejar constancia de este retiro.

Por lo anterior, concluyó con relación a las observaciones y su exclusión sin justificación alguna, que se encontraba demostrado en el expediente, que el extinto

ISS no había adelantado las labores de cobro coactivo como estaba a su cargo, siendo estas, efectivamente laboradas por el actor.

Ahora bien con relación a los periodos que adujo el demandante el demandante de no encontrarse debidamente contabilizados abril 1996, diciembre 2002, abril 2006, enero-febrero 2007, sostuvo el *a quo* que dichos periodos, si fueron contabilizados en debida forma, conforme se extraía del reporte de semanas expedido el agosto 2018, por lo que al realizar el computo de semanas entre el 25 de septiembre de 1985 al 25 de octubre de 2005 fecha de entrada en vigencia del acto legislativo se evidenciaba un total de 777.33 semanas sumando los periodos que se encontraban en mora, razón por la que se le extendía el régimen de transición hasta diciembre de 2014, aplicable entonces el acuerdo 049 de 1990, toda vez que al 13 de abril de 2013 cumplió los 60 años de edad y contaba para dicha data con un total de 1138.58 semanas sufragas en cualquier tiempo.

Agregó con relación a la fecha del reconocimiento pensional, que conforme a la historia laboral de agosto de 2018, se extraía que la desafiliación surtió en marzo de 2018, no obstante indicó que en el presente asunto el afiliado había sido conminado a continuar con las cotizaciones ante la conducta renuente por parte de la entidad pensional conforme al acto administrativo que negó el reconocimiento, por lo que procedió a reconocer la prestación a partir del 3 de octubre de 2014, en cuantía de un salario mínimo legal vigente para la época y con relación al retroactivo, acotó que declaraba probada parcialmente la excepción de prescripción declarando prescritas las mesadas que se causaron con anterioridad al 5 de junio de 2015.

Finalmente y con relación a los intereses moratorios, indicó que el actor había petitionado para el 3 de octubre de 2014 y que la entidad contaba hasta el 3 de febrero de 2015 para proferir el acto administrativo de reconocimiento, como en efecto no ocurrió, situación por la que al haber sometido al actor a trámites engorrosos para su reconocimiento, condenó por este rubro a partir de 6 de junio de atendiendo el fenómeno de prescripción parcial que había acaecido en el presente asunto.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación señalando que COLPENSIONES siempre actúa de buena fe, por lo que solicito se revisara la comunicación del 5 de agosto de 2013 en la que contestó de manera parcial el derecho de petición, así como todas las resoluciones emitidas por la entidad.

CONSIDERACIONES

En este punto es importante precisar que si bien el procurador judicial de **COLPENSIONES interpuso recurso de apelación**, lo cierto es que no expuso los reparos de manera puntual en los cuales fundaba el disenso, razón por la que esta Sala, **lo declara desierto** y procede a resolver el presente asunto, bajo el grado jurisdiccional de **consulta** en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Así las cosas, corresponde a la Sala determinar, si es posible validar los ciclos solicitados en la demanda dentro de la historia laboral del demandante, si acreditó ser beneficiario del régimen de transición y, en consecuencia, si cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, si hay lugar al pago de intereses moratorios y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Reconocimiento de semanas

Indica la parte demandante dentro en su escrito de demanda que la entidad pensional incurrió en diferentes imprecisiones en su historia laboral, una de ellas, es haber contabilizado erróneamente las semanas cotizadas con (i) -Olaya Ballen Jorge Roberto- ciclo abril 1996, (ii) -Inversiones Herrera- ciclos diciembre 2002, abril 2006, enero-febrero 2007 y la otra, es no haber contabilizado los periodos laborados con (i) Olaya Ballen Jorge Roberto ciclos octubre 1996 a septiembre 1999 e (ii) Inversiones Herrera ciclo mayo 2007.

Así las cosas y una vez revisadas las documentales que obran en el plenario, se evidencia varios reportes de semanas cotizadas por el actor con diferentes fechas de actualización, (i) 11 de diciembre de 2012 (fls. 20 a 22), (ii) 14 de septiembre de 2014 (fls. 27 a 31), (iii) 8 de mayo de 2018 (fls. 54 a 57) y el aportado por COLPENSIONES con fecha de expedición (iv) 15 de agosto de 2018 (fls. 71 a 74).

Con relación a los periodos que indica fueron computados de manera errónea con (i) -Olaya Ballen Jorge Roberto- ciclo abril 1996, (ii) -Inversiones Herrera- ciclos diciembre 2002, abril 2006, enero-febrero 2007, se tiene que una vez validadas cada uno de los periodos referidos, no existe incongruencia o inexactitud con relación a los mismos, toda vez que cada uno de ellos presentan como cotizados sobre 30 días y/o

4.29 semanas (diciembre 2002 y abril 2006) y 8.57 semanas sobre los dos ciclos reclamados (enero-febrero 2007), razón por lo que no procede corrección alguna.

Finalmente y con relación a los tiempos que cuestiona no haber sido tenidos en cuenta dentro del reporte de semanas de los periodos laborados con (i) Olaya Ballen Jorge Roberto -ciclos octubre 1996 a septiembre 1999- e (ii) Inversiones Herrera ciclo mayo 2007, se observa que en el reporte de semanas cotizadas en pensiones con fecha de expedición 11 de diciembre de 2012, registra con observación “*su empleador presenta deuda por no pago*” y para el reporte de semanas cotizadas con fecha de expedición 15 de agosto de 2018, dichos ciclos ya no registran bajo ninguna observación, es decir fueron suprimidos del documento.

En relación a los tiempos en mora registrado dentro de la historia laboral de los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones, la alta Corporación ha sostenido que la existencia de un contrato de trabajo impone *per se* el deber de afiliación e inscripción por parte del empleador y la correlativa de pagar las cotizaciones, tal como lo disponen los artículos 15 y 17 de la Ley 100 de 1993, **es natural que para que exista la obligación de cobro de los aportes por parte de la administradora, debe mediar la afiliación e inscripción correspondiente por parte del empleador** **sentencia** SL 290 del 5 de febrero de 2020, en la cual se reitera la sentencia con radicado No. 37555 del 23 febrero de 2010, citando:

*“Y en lo que atañe a la nueva construcción jurisprudencial que alude el censor, que tiene que ver con la responsabilidad de las administradoras del régimen de pensiones, frente a la omisión del empleador de su obligación de pagar los aportes, cuando ésta no utiliza las herramientas legales de cobro para realizar el recaudo efectivo de la cotización, es menester aclarar, que **tal orientación doctrinaria no tiene aplicación en asuntos donde se presenta el incumplimiento en el deber de inscripción o afiliación del trabajador**, que es lo que acontece en la presente causa, en la cual la demandada Federación Nacional de Algodoneros omitió afiliar al ISS al trabajador demandante desde la fecha de inicio de labores, y lo hizo luego de transcurrido varios ciclos o meses, que es el tiempo que ahora reclama la parte actora se le tenga en cuenta para alcanzar las 1.000 semanas de cotización exigidas por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de igual año. Lo anterior por cuanto al no mediar afiliación o inscripción, **no surge la cotización que permita hablar de mora en el cubrimiento de aportes, ni se abren paso las acciones de cobro que contemplan las normas referentes a la recaudación de cotizaciones**”.*

(..)

*Como estrictamente y según lo arriba explicado **en este evento no hubo mora de los empleadores en el pago de las cotizaciones, sino incumplimiento en su deber de inscripción**, el Tribunal, en consecuencia, no incurrió en desatino jurídico alguno, pues, frente a la falta de inscripción del trabajador Delio de Jesús Zapata Correal por parte de Antonio y Darío Macías Duque, al sistema*

de seguridad social en pensiones –no discutida, antes, por el contrario, admitida por la impugnación extraordinaria-, la conclusión no era otra distinta a la de condenar a los últimos a pagar la pensión de sobrevivientes causada por la muerte del primero”.

Siguiendo el anterior derrotero jurisprudencial, se tiene que el actor mediante derecho de petición radicado ante la entidad pensional el 25 de marzo de 2015 (fl. 39) y dentro de la situación fáctica indicaba que el pasado 16 de enero de 2015 se había notificado personalmente de la Resolución No. GNR 442154 del 27 de diciembre de 2014, que le negó el reconocimiento pensional por falta de semanas y haciendo énfasis en el reporte de semanas del año 2014 en el que registraban los periodos octubre de 1996 a septiembre de 1999 en cero (0), solicitando entonces, de manera puntual, se iniciaran las acciones de cobro, habida cuenta que sí los había laborado con el sector privado.

COLPENSIONES en respuesta a lo solicitado el 28 de abril de 2015, indicó que con ese empleador registraba relación laboral con fecha de inicio enero 1995 hasta septiembre de 1996 sin reporte de novedad de retiro, por lo que indicó que de manera inmediata se iniciarían los requerimientos de los ciclos faltantes y con ello registrar de manera correcta la novedad de retiro conforme a la finalización del vínculo laboral (fl. 40). No obstante no obra en el expediente, actuación alguna por parte de COLPENSIONES tendiente a obtener algún tipo de gestión por parte del empleador moroso y contrario a ello, sí existen inconsistencias de las historias laborales del demandante, tal y como lo precisó el *a quo*, sin COLPENSIONES haya acreditado de manera clara porque fueron eliminados los periodos que registraban en mora, siendo este su deber legal al tener la custodia de los aportes a efectuados a favor del afiliado, más aún cuando el demandante ha venido insistiendo en que le sea corregida su historia laboral, debiendo la entidad procurar por desentrañar las inconsistencias señaladas por el propio actor, entonces no es dable aducir que no existió afiliación al sistema, cuando está en realidad existió a, sin que se realizara el correspondiente recobro.

Cabe resaltar que la CSJ Sala de Casación Laboral ha aceptado los argumentos aquí expuestos estableciendo que cuando COLPENSIONES expide un resumen de semanas de cotizaciones, la información allí plasmada se presume cierta y veraz, a la vez que es vinculante. Por ello, no es posible para la entidad emisora proferir posteriormente y sin dar explicaciones razonables, otra historia laboral con información distinta a la inicialmente certificada. Ya que al hacerlo transgrede la confianza depositada por los miles de afiliados en su gestión, sobre todo en temas tan sensibles para el tejido social como lo son las pensiones, compromiso que exige un tratamiento bastante riguroso de los archivos y bases de datos (SL 5170-2019).

Adicionalmente, debe recordarse que en la sentencia T -343 del 2014 la Corte Constitucional se pronunció sobre el deber de custodia, conservación y guarda de la información concerniente al Sistema de Seguridad Social Integral, definiendo que, como las entidades administradoras de fondos de pensiones, sin excepción, tienen a su cargo el manejo de las base datos contentivas de la información que comprende la historia laboral de los afiliados, tiene el deber de garantizar el adecuado manejo y conservación de los datos correspondientes a aquellos, a tal punto que puedan entrar a responder por una determinada prestación económica, cuando quiera que no aportan los elementos de juicio suficientes que justifiquen un cambio brusco en dicha información, o que simplemente no justifique su pérdida total, o parcial y, en general, su deterioro. Así las cosas, en concordancia con lo señalado por el juez de instancia, si debían computar dentro de la historia laboral del demandante el periodo comprendido entre el 10-1996 a 09-1999 y 05-2007 los cuales corresponden a **158.57 semanas** cotizadas.

Régimen de transición

Conforme al art. 36 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiario del régimen de transición en el caso de los hombres debía contar para el 1° de abril de 1994, con 40 o más años de edad, o 15 o más años de servicios cotizados.

Reuniendo los requisitos señalados tendrá derecho a la pensión de vejez o de jubilación cuando cumplan la edad y el tiempo de servicios o el número de semanas establecidas en el régimen que se venía aplicando con anterioridad al 1° de abril de 1994, el cual para el caso concreto es el dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Dto. 758 del mismo año, por contar con semanas cotizadas al ISS hoy Colpensiones.

Dicho lo anterior, y conforme a la copia de la cédula de ciudadanía del demandante y que obra dentro del expediente administrativo, se tiene que el actor nació el **13 de abril de 1953**, por lo que al 1° de abril de 1994, contaba con 41 años de edad cumplidos, reuniendo así los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, en lo que se refiere a la vigencia del citado régimen, el parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, dispone que éste no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para las personas que estando en el mismo tengan cotizadas

750 semanas o su equivalente en tiempo a la entrada en rigor de dicho acto, a quienes se les mantendría el referido régimen **hasta diciembre de 2014**.

Precisado lo anterior y compartiendo los argumentos esbozados por el *a quo*, en efecto el demandante cuenta con 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, al 29 de julio de 2005 y que según la documental de folios 71 a 74, registra **768,57 semanas** de cotización, incluyendo el periodo de 10-1996 a 09-1999 que fue excluido del reporte de semanas cotizadas en pensiones, lo que hace que su beneficio se extienda hasta el 31 de diciembre de 2014.

Pensión de vejez – Acuerdo 049 de 1990

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, establece que para acceder a la pensión de vejez en el caso de los hombres debía acreditar 60 años de edad y un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1,000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Al respecto, se tiene que el actor cumplió los 60 años de edad el **13 de abril de 2013**, al verificarse las semanas cotizadas durante los **20 años anteriores al cumplimiento de la edad**, esto es, del 13 de abril de 1993 al 13 de abril de 2013, se acreditó en la historia laboral allegada al proceso **733,61 semanas** de cotización y en **toda la vida laboral** reunió un total de **1,188 semanas de cotización**, con anterioridad al 31 de diciembre de 2014, incluyendo tal y como se relacionó en precedencia, las **158.57 semanas** (ciclos 10-1996 a 09-1999 y 05-2007) que no fueron tenidas en cuenta en su historia laboral, lo cual dio lugar a que sea reconociera la pensión solicitada, la cual se causó el **13 de abril de 2013**, momento en que cumplió los 60 años de edad y contaba con las semanas exigidas por la normatividad aplicable a su caso, tal y como lo consideró el *a quo*.

Disfrute de la pensión y monto

Al respecto, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, dispone que es necesaria la desafiliación del sistema para entrar a disfrutar de la pensión y solo en casos excepcionales la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha estimado, reconocerla con anterioridad cuando el demandante despliega alguna conducta tendiente a no continuar vinculado al sistema, como lo sería el cese de las cotizaciones (CSJ SL 35605, 20 oct. 2009; CSJ SL4611-2015), o cuando pese a no haber desafiliación del sistema, el juzgador

advierte su voluntad de no seguir vinculado al régimen de pensiones, por ejemplo, porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez (CSJ SL5603-2016); o **en casos en que la entidad de seguridad social fue renuente al reconocimiento de la prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de los requisitos** (CSJ SL 34514, 1.º sep. 2009; CSJ SL 39391, 22 feb. 2011; CSJ SL15559-2017).

En el caso del demandante se tiene que solicitó el reconocimiento pensional 3 de octubre de 2014 oportunidad en la que se encontraba cotizando como independiente y bajo el régimen subsidiado, solicitud que fue resuelta mediante resolución No. GNR 442154 de 27 de diciembre de 2014 (fls.36 a 38) en la cual la entidad demandada le informa que conforme a los requisitos establecidos en la Ley 797 de 2003 no acreditaba el total de semanas requeridas, situación que llevó al demandante a seguir cotizando, tal como se puede ver de su historia laboral y como lo precisó el juez de instancia, pues una vez negada la prestación el demandante continuó a través del régimen subsidiado realizando sus aportes hasta el año 2018 reuniendo 1,200.71 semanas (fl. 71), demostrándose con ello, que la entidad accionada fue renuente en el reconocimiento de la pensión a pesar de que el actor ya reunía los requisitos para ella, aspectos que dejan entrever que se trata de una situación excepcional y por lo tanto, si debía reconocerse la prestación a partir del **13 de octubre de 2014**.

En cuanto el **monto de la mesada**, se tiene que la mayor parte de los aportes efectuados al sistema se hicieron con base en el SMLMV de cada año laborado, por consiguiente, al efectuarse el cálculo con lo cotizado en los últimos 10 años de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y aplicándose una tasa de remplazo del 84% que sería la que le correspondería de acuerdo al parágrafo 2º del Acuerdo 049 de 1990, arroja una suma inferior al SMLMV, por lo encuentra la Sala que las consideraciones efectuadas por el *a quo* con relación a la mesada pensional reconocida se encuentra ajustada a derecho.

Prescripción

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción se tiene que la misma alcanzó a operar parcialmente, tal y como acotó en la decisión de primera instancia, como quiera que la demandante reclamó inicialmente la prestación el día 3 de octubre de 2014, la cual se negó mediante resolución GNR 442154 de 27 de diciembre de 2014, frente a la cual no se interpusieron los recursos de Ley, ni se acudió ante la jurisdicción ordinaria laboral para reclamar dejando transcurrir más de los 3 años que contempla el artículo 151 del CPTSS, presentándose la demanda el día 6 de junio

de 2018 (fl.59), de manera que en efecto, se encuentran prescritas las mesadas pensionales que se causaron con anterioridad al **5 de junio de 2015**.

Intereses moratorios (ponencia compartida)

Sobre el tema, ha sido clara la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en señalar que los mismos también proceden para las pensiones otorgadas bajo los preceptos del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, como así lo indicó en la sentencia SL – 2834 de 2018 radicado 63344 de sala de Descongestión N° 1 y en sentencia más reciente SL 1681 del 3 de junio de 2020.

Así mismo, no debe olvidarse, que el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 y 4° de la ley 700 de 2001, establecen que las entidades que tengan a su cargo el reconocimiento del derecho pensional tendrán un plazo no mayor de 6 meses a partir del momento en que se eleve la solicitud de pensión para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes. **No obstante, para la mayoría de los integrantes de la Sala, el término para contabilizar los mismos debe ser de 4 meses, como lo establece la primera de las normas citadas.**

En ese orden de ideas, se tiene que la demandante reclamó **el 3 de octubre de 2014** (fl.50), de manera que COLPENSIONES tenía hasta el **3 de febrero de 2015**, para resolver positivamente la solicitud y no lo hizo a pesar de reunir el demandante con los requisitos legales para ello, y teniendo en cuenta que en el presente asunto, prosperó de manera parcial la excepción de prescripción propuesta por la entidad pensional y en congruencia con lo considerado por el juez de instancia, deben reconocerse los mismos a partir del **6 de junio de 2015**, sobre cada una de las mesadas causadas y no pagadas, y hasta que se haga efectivo su pago.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia objeto de consulta en la forma antes anotada.

COSTAS

SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

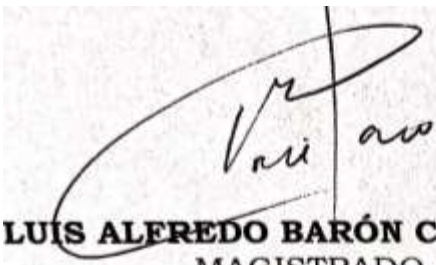
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

(Salvamento de voto parcial en la forma de contabilizar los intereses moratorios)



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE - ANGIE MARITZA QUEVEDO GÓMEZ - contra -SALUD TOTAL EPS S.A. y COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM EN LIQUIDACIÓN-

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende la señora **ANGIE MARITZA QUEVEDO GÓMEZ**, se **declare** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con SALUD TOTAL EPS, que fue ejecutado dentro del periodo comprendido entre el 22 de marzo de 2012 y el 13 de enero de 2014 teniendo como último salario devengado la suma de un salario mínimo legal mensual vigente. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a SALUD TOTAL EPS al pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicios, aportes a pensión y salud, de todo el tiempo laborado, asimismo se **condene** la sanción por no consignación a las cesantías y la sanción contemplada en el numeral 3 del artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la sanción moratoria del artículo 65 del CST ante el retardo en el pago de cesantías junto con sus intereses, vacaciones, primas, así como a la diferencia dejada de pagar por concepto de aportes patronales a pensión y a salud. Aunado a ello, se declare y se condene a SALUD TOTAL y COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM de la obligación de pagar solidariamente por concepto de cesantías, intereses a

las cesantías, primas, vacaciones, aportes a salud y pensión en cuantía correspondiente al salario mínimo legal mensual vigentes, junto con todas las sanciones moratorias, sumas que deben indexarse al momento de su pago, se **condene** ultra y extra petita.

De manera **subsidiaria**, solicitó la demandante se declarara la existencia del contrato de trabajo a término indefinido con la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM vigente entre el 22 de marzo de 2012 al 13 de enero de 2014, teniendo como salario el mínimo legal mensual vigente. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM al pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicios, aportes a pensión y salud, de todo el tiempo laborado, asimismo se **condene** a la sanción por no consignación a las cesantías y la sanción contemplada en el numeral 3 del artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la sanción moratoria del artículo 65 del CST ante el retardo en el pago de cesantías junto con sus intereses, vacaciones, primas, así como a la diferencia dejada de pagar por concepto de aportes patronales a pensión y a salud. Aunado a ello, se declare y se condene a COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM y a SALUD TOTAL de la obligación de pagar solidariamente cesantías, intereses a las cesantías, primas, vacaciones, aportes a salud y pensión en cuantía correspondiente al salario mínimo legal mensual vigente, junto con todas las sanciones moratorias, sumas que deben indexarse al momento de su pago y se **condene** ultra y extra petita (fl. 2 a 7).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 7 a 12), señaló en síntesis que, la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM presentó a SALUD TOTAL EPS S.A. oferta mercantil el 30 de julio de 2008, la cual fue aceptada por esta última el 1 de agosto de 2008, por lo que atendiendo el objeto de la referida, SALUD TOTAL contrató con TALENTUM todo el proceso comercial derivados del proceso de afiliación a los usuarios del SGSSS, razón por la que suscribió convenio contractual asociativo a término indefinido, firmado el 22 de marzo de 2012 y finiquitado el 13 de enero de 2014, acordando como remuneración denominada compensación

básica ordinaria mensual la suma de \$461.500 y desempeñando el cargo de asesor comercial, suma que se modificó posteriormente a \$508.326 pactándose adicionalmente exclusividad en la prestación de sus servicios para SALUD TOTAL EPS, así como que cada afiliación efectiva realizada al POS recibiría una suma de dinero denominado incentivo o medios de transporte, sin que estos emolumentos se tuvieran en cuenta para el pago de pensión ni salud así como los premios que recibían en dinero, que para el pago de los incentivos dentro del mismo clausulado se pactaron unas “escalas”, realizó la remuneración mensual de enero de 2012 a diciembre de 2013 e indicó que la última remuneración mensual recibida ascendió a un total de \$646.500, indicó que presta sus servicios personales, relacionó cada uno de las actividades o servicios prestados, con relación al horario era de lunes a viernes de 7am a 6pm, sin que se prestara ningún tipo de servicio a TALENTUM, agregó que los medios de producción de la CTA son propiedad de SALUD TOTAL conforme a contrato de comodato y que los accionistas mayoritaria de SALUD TOTAL con socios fundadores de la COOPERATIVA TALENTUM y finalizó indicando que entre TALENTUM y SALUD TOTAL suscribieron un acuerdo de formalización laboral con el visto bueno del viceministerio de relaciones laborales del Ministro de Trabajo y que la misma obedeció a la intermediación laboral del extremo pasivo.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

SALUD TOTAL EPS S.A contestó el introductorio (fls. 175 a 183), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 a 4 y 41, no ser ciertos los numerales 27 a 28, 31 a 32 y 42 y no constarles los restantes, propuso como excepciones de fondo las denominadas inexistencia de la relación laboral entre la demandante y SALUD TOTAL EPSS S.A., inexistencia de intermediación laboral de TALENTUM CTA y SALUD TOTAL S.A. EPS, imposibilidad de establecer vínculo laboral en razón del lugar de prestación del servicio, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, inexistencia de solidaridad de SALUD TOTAL EPS S.A. y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM frente a los hechos y pretensiones de la demanda, propuso como excepciones falta de legitimación en la causa por pasiva de SALUD TOTAL S.A. EPS, incongruencia entre lo pedido por la parte demandante y los

hechos establecidos en el libelo de la demanda, absoluta y plena legalidad y validez de la oferta mercantil suscrita entre SALUD TOTAL EPS y TALENTUM CTA, aplicación del principio *nemo auditor propiam turpitudinem allegans* – “nadie puede alegar su propia culpa”, inexistencia de la obligación, de innominada de que trata el artículo 282 del CGP, el pago y compensación.

COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM EN LIQUIDACIÓN

contestó el introductorio (fls. 478 a 509), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 a 6, 8, 37 y 41, no constarles los numerales 38 a 40 y no ser ciertos los restantes, propuso como excepciones de fondo las denominadas inexistencia de relación laboral entre la CTA TALENTUM y ANGIE MARITZA QUEVEDO GÓMEZ y por tanto del contrato de trabajo entre la CTA y el demandante, inexistencia de intermediación de la CTA TALENTUM, inexistencia de solidaridad, pago, prescripción falta de causa para pedir en razón a su pago, falta de causa para pedir por ausencia de presupuestos legales, buena fe, cobro de lo no debido, la innominada, inexistencia de la obligación, compensación buena fe de la demandada, inexistencia de la relación laboral entre ANGIE MARITZA QUEVEDO GÓMEZ y SALUD TOTAL EPS S.A., aplicación del principio *nemo auditor propiam turpitudinem allegans* – “nadie puede alegar su propia culpa”, inexistencia de engaño frente al cooperativismo y absoluta y plena legalidad y validez de la oferta mercantil suscrita entre SALUD TOTAL EPS y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 25 de enero de 2019 (CD – fl. 919), **absolvió** a la COOPERATIVA DE TRABAJO TALENTUM EN LIQUIDACIÓN y a la SALUD TOTAL EPS S.A., de las pretensiones formuladas en la demanda por la demandante, se relevó de los medios exceptivos propuestos dadas las resultados del proceso y **condenó** en costas a la demandante.

Fundamentó su decisión, indicando que, conforme a las documentales que fueron allegadas al infolio, se concluía que con el comportamiento de la demandante con la convocada a juicio CTA TALENTUM fue concordante con la vinculación como trabajadora asociada y excluida entonces de la regulación laboral contenida en el código sustantivo de trabajo, intención inequívoca de las partes que esa fuera la vinculación que la rigiera, pues desde el inicio existió claridad del objeto que lo iba a regir, la cual se vio seguido con un constante monitoreo de las actuaciones desplegadas por la actora, guía de instrucción de términos de prestación de servicio, pago de compensación de servicios de manera directa, pues en tales circunstancias no se puede demostrar una subordinada relación laboral, simplemente es el cumplimiento de las obligaciones estatutarias, a las que se obligó la accionante, ajustándose al objeto de la CTA. Y con relación a la continuada subordinación, no se extrae del acervo probatorio obrante en el expediente, que se pudieran enmarcar de relaciones laborales, pues de los documentos que se remitían entre las demandadas hacía parte de ese convenio de cooperativa, así como el acatamiento de la asociada de los reglamentos del ente corporativo.

Con relación al testigo, que informó la forma en que se adelantaba las labores ante la cooperativa sin que se pueda concluir de sus dichos que efectivamente se enmarcara la de un trabajador asociado, y no tuvo en cuenta el testigo Lisbeth Devia, por estar cursando en ese despacho judicial un proceso en el que funge como demandante, por lo que no goza de imparcialidad. No obstante acotó si en gracia de discusión se revisara lo correspondiente a un tipo de relación subordinada de la demandante con SALUD TOTAL EPS, no obraba en el infolio prueba alguna que llevara al convencimiento de que en efecto esta entidad través de sus representantes impartieran ordenes o instrucciones a la demandante, pues lo que se evidencia es que se ejercían algunas actividades bajo la supervisión de la misma CTA a la que se encontraba vinculada, razón por la que no declaró la relación laboral ni con SALUD TOTAL EPS ni con la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO, en la que acotó adicionalmente que en la forma como se había planteado la demanda de pretender la relación laboral de manera principal y subsidiaria con dos demandadas diferentes resultaba anti

técnico, no obstante se interpretó lo pretendido en la demanda en su totalidad, pronunciándose con relación a las dos demandadas.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que se había vulnerado el debido proceso, en el entendido que se violó el principio de congruencia, al contener la demanda, unos hechos unas pretensiones y unos fundamentos de derecho, sin que el despacho se pronunciara conforme a los fundamentos de derecho así como en los alegatos de conclusión expuso unas normas prohibitivas con la Ley 1233 de 2008, por lo que si el Despacho consideró que la demandante no tenía derecho, debió adicionalmente pronunciarse sobre esa normativa,.

Con relación a los argumentos y consideraciones del despacho, indicó encontrarse demostrado en el aspecto probatorio 3 aspectos, el primero la prestación del servicio personal, y que en el contrato cooperativo se indicó que los servicios iban a ser prestados directamente para SALUD TOTAL, para procesos de afiliaciones, cuando no solo lo indicó la demandante, así como los testigos, por lo que precisó existir una coherencia documental en el que demuestran que la demandante prestaba servicios para SALUD TOTAL, entonces al haber prestado el servicio operaba lo correspondiente a la presunción, demostrando ellos aún cuando no les correspondía, la subordinación, el horario de trabajo, poniendo la huella en las instalaciones de Salud Total, en la que recibió capacitaciones con ocasión a las afiliaciones que debía realizar, por lo que quien se beneficiaba de las afiliaciones que realizaba la demandante era SALUD TOTAL, se demostró adicionalmente que recibía ordenes de la Gerente Regional de SALUD TOTAL, quedando demostrado en los audios, también recibía ordenes de su jefe inmediata LUZ MENDOZA, quien era la Gerente de Cuenta, también contratada por la CTA, y quien ya se confirmó lo correspondiente relación laboral con SALUD TOTAL, en el que le exigían un cumplimiento de metas para poder tener un subsidio especial, adicionalmente le exigían informe de gestión, por lo que la subordinación quedo plenamente demostrada, ahora con relación al salario indicó que tenían u auxilio de transporte de \$4.000.000, \$2.800.000,

\$3.500.000 que eran cancelados por afiliación efectiva, por lo que aquí debió realizarse un estudio bajo la primacía de la realidad, sin que así se realizara, ahora con relación a la vinculación a SALUD TOTAL existen una serie de documentos, pero que se dijo desde un principio que quien había hecho la entrevista había sido personal de SALUD TOTAL, y al verla apta, le pasaron los documentos de vinculación por TALENTUM, por lo que la vinculación formal se realizó a través de la CTA pero en realidad fue para SALUD TOTAL, ya que la prestación de servicio fue para esta última.

Insistió entonces que la continuada subordinación si estaba probada, y que con los testigos se encontraba probado lo correspondiente y solicitando se tuviera en cuenta el testimonio de la señor Daysi Devia, así como las sentencias de la CSJ aportadas al plenario.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si efectivamente entre la señora ANGIE MARITZA QUEVEDO GÓMEZ, se suscribió un convenio de asociación y por lo tanto, si el vínculo estuvo regido bajo las normas que regulan el asunto o si por el contrario, se demuestra que la demandada SALUD TOTAL EPSS S.A. actuó como verdadero empleador siendo la CTA TALENTUM EN LIQUIDACIÓN una simple intermediaria, en caso afirmativo, se analizará si hay lugar a las pretensiones de la demanda y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Existencia de un contrato laboral

En el caso en estudio es de tener en cuenta que el Decreto 4588 de 2006, en su Artículo 17°, expresamente señaló la prohibición para las Cooperativas de Trabajo Asociado de actuar como empresa de intermediación laboral o como Empresa de Servicios Temporales para el envío de trabajadores que atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio.

Posteriormente, dicha prohibición fue reiterada por el Artículo 7 de la Ley 1233 de 2008, en el sentido que ninguna Cooperativa de Trabajo Asociado puede actuar como empresa de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión.

Así mismo, el Artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, en un sentido general referido a la contratación de personal a través de Cooperativas de Trabajo Asociado, ratificó tal prohibición cuando dispuso que los trabajadores no podrán ser vinculados a través de Cooperativas de Trabajo Asociado que realicen intermediación para el desarrollo de actividades misionales permanentes.

El Decreto Reglamentario 4588 de 2006 en su artículo 17 consagra expresamente lo siguiente: *“Prohibición para actuar como intermediario o empresa de servicios temporales.- **Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes. Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.**”*

Ahora, sobre las relaciones entre una Cooperativa de Trabajo Asociado y sus asociados pueden surgir diversas relaciones de índole contractual e incluso puede llegar a ser necesario aplicar el principio de la primacía de la realidad sobre la forma jurídica que las partes hayan dado a la relación contractual, para lo que se debe tenerse en cuenta que las cooperativas de trabajo asociado son aquellas que vinculan el trabajo de personas para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios, nacen de la libre y autónoma voluntad de un grupo de personas que decide unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos.

Como en el caso de las Cooperativas los socios son los mismos trabajadores, éstos pueden pactar las reglas que han de gobernar sus relaciones y tienen derecho a recibir una compensación por el trabajo aportado, además de participar en la distribución equitativa de los excedentes que obtenga la cooperativa.

De acuerdo con los elementos establecidos en la Ley 79 de 1988, las cooperativas de trabajo asociado se caracterizan por ser asociados al mismo tiempo, los aportantes de capital y los gestores de la empresa; el régimen de trabajo, de previsión, de seguridad social y compensación está consagrado en los estatutos y reglamentos de la Cooperativa y las diferencias que surjan entre las partes se someterán al procedimiento arbitral o a la justicia laboral ordinaria.

Frente al tema de la contratación a través de las Cooperativas de Trabajo Asociado ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias proferidas dentro de los Radicados Nos. 25713 del 6 de diciembre de 2006, 32505 del 17 de febrero de 2009 y 35790 del 25 de mayo de 2010 y sentencia SL 6441 del 15 de abril de 2015, en relación a que la celebración de contratos con dichas cooperativas, no puede ser utilizado para ocultar la existencia de una relación de trabajo con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales que se causen.

De otro lado, la Corte Constitucional ha precisado *“Es posible afirmar que cuando se utiliza la cooperativa de trabajo asociado para ocultar una verdadera relación laboral, en la que el cooperado no desempeña sus funciones directamente en la cooperativa, sino que presta un servicio a un tercero, quien le da órdenes y le impone un horario de trabajo, es evidente la existencia de la subordinación propia de una relación laboral. Situación que contraviene los supuestos legales que las regulan. Esto significa que al presentarse una intermediación se convierte el vínculo cooperativo en una verdadera relación laboral entre el asociado cooperado y la cooperativa, al generarse el factor de subordinación en la realización de una labor en favor de otro. En consecuencia, es claro que nace un contrato realidad y, por tanto, la jurisdicción laboral es la competente para conocer de las controversias que se generan dentro de la relación horizontal (empleador-empleado). Asimismo, la jurisprudencia ha desarrollado algunos aspectos que permiten identificar cuándo la relación cooperativa muta en una laboral. Destacando, por ejemplo, (i) el*

condicionamiento del pago del aporte al cumplimiento de las condiciones señaladas, bien por la cooperativa o por un tercero; (ii) uso del poder coercitivo (disciplinario) sobre el asociado; (iii) la dependencia y subordinación del asociado en relación con el tercero al que deberá prestar sus servicios, así como las condiciones de trabajo. (T-173-2011).

Establece el artículo 24 del CST “*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”. Así pues, bastaría al trabajador, probar con suficiente rigor la prestación del servicio, para amparar dicha relación bajo las características de un contrato laboral, correspondiéndole al empleador, en consecuencia, desvirtuar su existencia objetando bien sea el tipo de prestación personal de trabajo, o bien, la existencia de subordinación laboral. Es así, como en el presente asunto, obra plena operancia de la presunción del antedicho artículo 24 CST, por lo cual es obligación de la parte pasiva desvirtuar la existencia de un contrato laboral.

Como **pruebas documentales** se aportaron al proceso las siguientes:

- A folios 58 a 71 Acta 001 -Asamblea de Constitución de la Cooperativa de Trabajo Asociado TALENTUM con fecha 8 de marzo de 2004.
- A folio 77, 432 y 673 orden de compra de servicios con fecha 1 de agosto de 2008, en los términos y condiciones establecidos en la oferta mercantil propuesta por la CTA TALENTUM de fecha 30 de julio de 2008, la cual tiene por objeto el manejo y administración total de los procesos y/o subprocesos asistencial, operativo, comercial y jurídico de SALUD TOTAL EPSS S.A.
- A folio 138 a 139 comunicación dirigida al Gerente General de la CTA TALENTUM por parte de la revisora fiscal de la misma Cooperativa, en la que le pone en confinamiento entre otros, los temas que han girado en torno a las CTA y la sanciones que ya han sido impuestas, por temas de tercerización de mano de obra misional permanente y emite una serie de recomendaciones.
- A folios 140 a 164 y 800 a 822 acuerdo No 001 de fecha 10 de diciembre de 2009 en el que se aprueba el régimen de trabajo asociado.
- A folios 165 a 177 y 795 a 799 acuerdo No 002 de fecha 10 de diciembre de 2009 en el que se aprueba el régimen de compensaciones.
- A folios 178 a 190 y 517 a 524 obra el compromiso contractual asociativo suscrito entre el demandante y la CTA TALENTUM el 22 de marzo de 2012, en

el cual se estipula en su objeto, que el trabajador asociado restara sus servicios personales para desarrollar las labores u oficios en el cargo de ASESOR NOVATO en el horario de 7 am a 6pm y pactándose en su cláusula quinta, dentro de las funciones y obligaciones *“(..) los trabajadores asociados que desarrollan actividades en el proceso de ventas como asesores de ventas, mientras presten sus servicios en la unidad Estratégica de negocios de TALENTUM en SALUD TOTAL EPS (..).*

- A folio 191 a 223 y 527 a 543 obran 4 *otrosí* al convenio de asociación suscrito entre la demandante y CTA TALENTUM en el cual se estipuló la modificación al contrato inicial en cuanto garantizar las acreditaciones de las afiliaciones enviadas por internet, mantener el vínculo de asesoría comercial en salud presencial, así como el reconocimiento de medios de transporte por los desplazamientos realizados por afiliación efectiva y se pactó los diferentes condiciones a efectos de poder hacerse acreedor de los mismos y se ratificó el valor de la compensación ordinaria.
- A folio 225 a 226 y 515 a 516 obra terminación por mutuo consentimiento con efectos transaccionales del compromiso contractual asociativo suscrito entre la CTA TALENTUM y la actora.
- A folio 227 certificación expedida por la CTA TALENTUM en el que se consignó los extremos del convenio asociativo a término indefinido desde el 22 de marzo de 2012 hasta el 13 de enero de 2014, en el cargo de asesor junior y relacionó las funciones realizadas por la trabajadora asociada.
- A folio 233 a 263 y 514 liquidación del convenio de asociación junto con los comprobantes de pago del periodo comprendido entre 22 de marzo de 2012 a 13 de enero de 2014.
- A folios 348 a 361 y 823 a 823 a 854 contrato de prestación de servicios suscrito entre SALUD TOTAL EPSS S.A. Y CTA TALENTUM el 30 de julio de 2008, y del que se extrae que en su cláusula primera denominada objeto se pactó lo siguiente: *“(..) TALENTUM se obliga a prestar en outsourcing “in situ” los servicios sobre los procesos previstos en la propuesta (..).”*
- A folios 375 a 424 y 605 a 655 oferta mercantil con fecha 30 de julio de 2008, presentada por la CTA TALENTUM a SALUD TOTAL ESS S.A. y del que del objeto se extrae *“(..) el oferente se obliga a favor de la empresa a la prestación de los servicios para el manejo y administración total de los procesos y/o subproceso asistencial, operativo comercial y jurídico (..)”*

- A folios 425 a 431 y 656 a 672 adenda a la oferta mercantil del proceso y subproceso de gestión humana esto es capacitación y formación, compensación y beneficios, salud ocupacional entre otros, así como otrosí modificatorio al contrato inicial suscrito entre las demandadas.
- A folios 433 a 441 conceptos emitidos por el Ministerio de la Protección Social con fechas 07 de septiembre de 2011 y 06 de agosto de 2012 con relación a todos los temas relacionados con las cooperativas de trabajo asociado y la contratación de personal a través de las mismas.
- A folio 442 auto de archivo proferido por el Ministerio de la Protección social el 11 de enero de 2011 en el que consignó que CTA TALENTUM cumplía con todos los preceptos legales como cooperativa y no aplicó medida sancionatoria.
- A folios 551 a 571 obra solicitud de explicaciones y recordatorio de deberes de la trabajadora en las que se le solicitaba la correspondiente cumplimiento de las metas de radicación de afiliaciones, acatamiento de ordenes emitidos por su superior funcional, así como lo relacionado a la no asistencia de reuniones asociadas con el cooperativismo, en los que se extrae de igual forma la justificación dada por la trabajadora en cada uno de los requerimientos realizados.
- A folios 586 autorización de descuento suscrita por la demandante para celebración del día de los niños dirigida a CTA TALENTUM en la que se relaciona como UEN la demandada SALUD TOTAL.
- -A folio 581 a 585 y 586 a 590 autorizaciones de descuentos suscritas por la demandante con papelería de TALENTUM en el que autorizó deducciones por concepto de esferos, colores, sim card, llaveros, pastilleros, cobija, paraguas, carnet institucional, entre otros, así como, solicitud de préstamos realizados por la demandante con papelería de TALENTUM, para plan de celular, lentes, montura, libre inversión entre otros (fls. 591 a 594).
- A folios 595 a 598 memorando interno de CTA TALENTUM dirigido a la demandante con asunto entrega de carnet y relacionando como sede SALUD TOTAL -BOGOTA D.C.
- A folios 601 a 602 constancia de la participación de la demandante a cursos de cooperativismo.
- A folio 603 comunicación de cambio de cargo a asesor Junior con fecha 1 de noviembre de 2012 relacionando como UEN a la demandada SALUD TOTAL.

- A folios 604 a 606 evaluación desempeño realizada por CTA TALENTUM el 11 de octubre de 2012 a la demandante en el que se consignó como unidad estratégica de negocios SALUD TOTAL.
- A folios 675 a 676 Acta de terminación por mutuo acuerdo –total y gradual- de la oferta mercantil de prestación de servicios entre CTA TALENTUM y SALUD TOTAL EPS S.A. con fecha 30 de diciembre de 2013.
- A folios 692 a 764 estatutos de la CTA TALENTUM junto con su reforma a folios 855 a 846.

En **interrogatorio de parte declaró la demandante** haber presentado la solicitud de vinculación por corresponder a los documentos o formatos que ya tenía la CTA TALENTUM para poder trabajar con SALUD TOTAL, pues ya había laborado para otras EPS, agregó que no conocía se sus jefes inmediatos pertenecían a SALUD TOTAL o a la cooperativa y que el nombre de unos de sus jefes era Luz Mireya Mendoza, e indicó que en alguna oportunidad le fue solicitada explicaciones porque no cumplía con el número de afiliaciones que se le exigían, que les hacían una reuniones semanales de indicadores para saber cómo iba lo correspondiente al trámite comercial encomendado, agregó que las labores las prestaba en las instalaciones de SALUD TOTAL en las américas con 68.

Como **pruebas testimoniales** declaró la señora Aida Ariza, quien indicó que conoció a la demandante por haber prestado su fuerza de trabajo para la CTA TALENTUM y haberse apersonado de tramites tales como solicitudes de préstamos, para compra de celular línea telefónica entre otros, agregó que las funciones de la demandante correspondía a conseguir usuarios hasta quedar debidamente cargado o la colocación del usuario en la plataforma esto es debidamente afiliado a SALUD TOTAL y que el gerente de cuenta era quien coordinaba las labores del asesor comercial y que para el caso puntual la señora Mireya Mendoza era la que coordinaba sus labores así como German Cardozo y que esta también era una trabajadora cooperada y que a su vez ellos también dependían de un gerente que también hacía parte de la CTA TALENTUM y en la que rechazó que tuviera algún tipo de injerencia SALUD TOTAL, agregó que se hacían reuniones de indicadores pero que los únicos que participaban eran los trabajadores asociados, con relación al lugar donde desempeñaban, indicó haberse suscrito un contrato de arrendamiento y que era el lugar donde solo estaba el personal de la CTA, donde se adelantaban capacitaciones, reuniones, y todo lo que los asesores necesitaran

de ese espacio, indicó que todo el tema de nómina iba atado al centro de costo, que en este caso era SALUD TOTAL, que el horario de trabajo era el de la cooperativa, se le entregó carnet en el que estaba tanto el logo de SALUD TOTAL así como el de la CTA TALENTUM, que el uniforme fue solicitado por la demandante pero se le descontó por nómina y con relación a los procesos disciplinarios que se le indiciaron fue relacionado principalmente con el no cumplimiento de metas conforme había quedado pactado en el convenio, así como el querer evadir el cumplimiento del conducto regular, con relación a que quería abordar temas directamente con el cliente, en este caso SALUD TOTAL, y no con sus líderes de la CTA, agregó que no existía nada relacionado con exclusividad de labores, pues tan es así que podían vender una póliza que se llamaba más POS liberty, que era como una prepagada y que los resultados de esa gestión las cancelaba directamente Liberty.

DAISY DEVIA relató conoció a la demandante por ser compañera de trabajo desde el año 2012 hasta el año 2014, que sus funciones era las de hacer afiliaciones, inclusiones, traslado, manejar el tema de cartera, el jefe les daba la base de datos, y manejaban los temas de promoción y prevención de SALUD TOTAL, indicó que debían cumplir con alrededor de 110 a 120 afiliaciones mensuales, que la jefe era María Antonia Bernal que trabajaba para Salud Total, y Cesar Corredor, agregó que les hacía reuniones de indicadores, que les pagaban auxilios de medios de transporte así como en reconocimiento por cumplir con las metas propuestas, que las instalaciones donde se reunían quedaba las américas con 68 en SALUD TOTAL, que les daban papelería, carnet, tarjetas de presentación, uniformes y sellos de SALUD TOTAL y solo laboraban para esta EPS.

Ahora, en lo atinente a la testigo DAISY DEVIA, tachada por tener en contra de las aquí demandadas, proceso cuyas pretensiones son similares a las planteadas en el presente, situación por la que el *a quo* no valoró su declaración en la decisión de instancia y que fue reprochada por el apelante en su recurso de alzada; ha de tenerse en cuenta lo dicho al respecto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL – 3160 de 2019, en la que hizo alusión a la 22842 del 30 de septiembre de 2004, al indicar:

“Teniendo en cuenta lo anterior, en primer lugar, resulta desacertado el cuestionamiento del recurrente a los testigos decretados y practicados en favor del demandante, dado que el hecho de que los deponentes

hubieran efectuado reclamaciones judiciales o extrajudiciales contra una de las partes del proceso, o simplemente pertenezcan a un círculo social o determinada posición socioeconómica, no invalida el testimonio, ya que es de su declaración, el contenido de sus afirmaciones y explicaciones, su ubicación temporal en los hechos, entre otros aspectos objetivos en el momento de su práctica, lo que el juzgador debe valorar, a fin de encontrar la verdad real de lo planteado por los contendientes.

Precisamente, cuando se trata de compañeros de trabajo, la Corte ha sostenido la importancia de su declaración, si el objeto de lo debatido tiene que ver con el escenario laboral. Así, en sentencia CSJ, rad. 22842, del 30 sep. 2004, se dijo:

«(...) En efecto, cabe advertir inicialmente que no es atendible la alegación según la cual los testimonios fueron mal apreciados por las declarantes por haber entablado un proceso laboral contra la compañía demandada por los mismos hechos debatidos en el que ahora ocupa la atención de la Corte, pues esa circunstancia no fue inadvertida para el Tribunal, que consideró que la tacha efectuada sobre esos testigos fue extemporánea, cuestión que la censura no controvierte, y que no se puede pensar que un testimonio sea sospechoso cuando se trata de “las personas presenciales de los hechos, porque los sufrieron igual que los demás trabajadores, porque asistieron al mismo lugar, el día hora (sic)” (folio 164 del cuaderno del Tribunal).

Este razonamiento para la Corte no es notoriamente desacertado, porque si se da una circunstancia que involucra al testigo con el hecho del cual tiene conocimiento, el juez debe sopesar la declaración y no desestimarla por esa sola razón, pues si el declarante estuvo presente cuando sucedieron los hechos y puede dar noticia acerca de ellos, su versión puede ser fundamental para establecer la verdad real.

Por tal razón, ha explicado esta Sala de la Corte:

“Empero, las reglas de la sana crítica no obligan a negarle credibilidad a un testigo por la sola circunstancia del interés que pueda en él existir, ya que difícilmente habrá un proceso laboral en el cual quienes declaren no tengan alguna relación o bien con el patrono, por ser empleados directivos o representantes del mismo frente a los demás trabajadores, o bien con el trabajador, por ser sus compañeros de labor o por la circunstancia de pertenecer al mismo sindicato. En un proceso laboral lo usual es que quienes rinden testimonio son las personas que conviven en la empresa y que entre sí tienen tratos de diferente índole, unos jerárquicos, otros de amistad, o al menos de compañerismo, e incluso relaciones inamistosas, por ser también natural que la convivencia pueda generar discordias o desavenencias, e incluso ‘celos profesionales’.

Por todos estos especiales motivos la labor del juez laboral en ejercicio de las amplias facultades que le confiere el artículo 61 del Código Procesal del

Trabajo debe ser especialmente cuidadosa, y debe por ello el juzgador extremar su prudencia y su buen juicio para no caer en el facilismo de negar credibilidad a un testigo por circunstancias que en procesos de naturaleza diferente serían motivo fundado para admitir una tacha o poner en serias dudas la franqueza y veracidad de lo declarado por el deponente” (Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de Casación Laboral del 4 de octubre de 1995. Radicado 7202). (...)»”

Conforme a ello, si bien la referida testigo fue coincidente en sus respuestas en cuanto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrolló la labor de la demandante y tiene un proceso en contra de las aquí demandadas, ello no le resta credibilidad a su dicho, máxime si fue compañera de trabajo de la accionante y conoció de antemano como se desarrolló la prestación del servicio, la cual, aduce ella, también ejecutó en similares condiciones, de ahí que la Sala, le dé pleno valor probatorio.

Teniendo en cuenta las anteriores probanzas concluye la Sala que se dan todos los presupuestos que conllevan a declarar la existencia de una relación laboral, por cuanto es evidente que la actora actuó bajo una actividad misional, prestando directamente su servicios en las instalaciones de SALUD TOTAL EPS S.A., y que éste ejerció la dirección de tales servicios mediante subordinación, ya que conforme a la declaración de Daisy Devia ex compañera de trabajo en el mismo cargo de asesora comercial en cuanto a labores, la reuniones de indicadores, la exigencia de cumplimiento de metas conforme a la labor de afiliaciones y todo lo inherente a ello, el carnet que tenía los dos logos de las demandadas así como los uniformes que le entregaban, junto con la papelería y bases de datos que le eran entregados por unos gerentes de nombres Cesar y Mireya quienes eran sus jefes directos, en el que si bien se indicó en la declaración rendida por Aida Ariza quien fungió como -Directora administrativa de la CTA TALENTUM- esos gerentes pertenecían a la CTA TALENTUM lo cierto es que las demandadas nada probaron con relación a ese tópico, pues de Cesar Corredor no existe un solo documento que acredite su vínculo con la CTA y con relación a Mireya Sandoval, si bien realizó una evaluación de desempeño con papelería de la CTA TALENTUM tal y como se relacionó en precedencia, lo cierto es que con esa sola situación no se logra concluir nada diferente, pues huelga recordar que como lo manifestó la demandante en su interrogatorio de parte, cuando se le cuestionó sobre si conocía con cuál de las dos

demandadas tenía vínculo sus jefes inmediatos, lo único que refirió era que no sabía, lo cual denota su clara confusión de quien realmente ejercía subordinación en las actividades.

Obran además como evidencia de la conclusión a la que llega la Sala: (i) el contrato de asociación que establece para la demandante cláusula quinta (exclusividad) prestar sus servicios exclusivamente con SALUD TOTAL EPS y aunque si bien la testigo Aida Ariza indicó que en lo absoluto había existido dicha exclusividad, al punto que tenían una póliza denominada mas pos liberty, y que en caso de comercialización y venta efectiva las comisiones eran canceladas por Liberty, lo cierto es que en nada modifica lo aquí concluido, pues tal como ella misma lo afirmó, se trataba como un beneficio similar al de medicina prepagada, por lo que dicha situación en nada desdibuja la exclusividad que se pactó desde el inicio de esa relación contractual.

Aunado al hecho, de la reunión de indicadores que realizaban semanalmente que al unísono indicaron las dos testigos, así se realizaban para revisar lo correspondiente a la meta pactada en el convenio asociativo o a las afiliaciones que se exigían tener de manera mensual, los otros íes que modificaban las metas con relación a las afiliaciones a realizar, la solicitud de explicaciones con relación a incumplimientos de metas pactadas, así como las evaluaciones de desempeño, sin poder obviar las bases de datos que le entregaban para poder desarrollar la labor comercial, en la que la trabajadora no distinguía si el personal que le hacía entrega pertenecía a la CTA o a SALUD TOTAL, denotan también que la CTA TALENTUM no actuó tampoco de manera correcta frente a la contratación de la demandante, pues si bien se suscribió un convenio de asociación con ella, el mismo no cumple con las condiciones de este tipo de contratación, ya que se entiende que quien es vinculado a través de dicha modalidad se considera como asociado, de manera que no puede recibir órdenes y debe actuar de manera autónoma frente al servicio prestado, aspectos que claramente no se dan en el presente caso.

Por lo anterior, resulta evidente que la Cooperativa de Trabajo Asociado TALENTUM, actuó como un mero intermediario y aunque se indique o se

insinué que el demandante aceptó durante esos años que la prestación de servicios lo era por una oferta mercantil, de la cual se desempeñó como Asesor Comercial en SALUD TOTAL EPS y que ejecutó sin ningún reparo ni inconformidad durante su vínculo las funciones impartidas, en el sentir de la Sala no son suficientes argumentos para desvirtuar lo que en realidad se evidenció en este proceso, pues de los referidos medios se evidencia que SALUD TOTAL EPS no logró derruir la presunción y no desvirtuó la subordinación pues, se reitera, aunque para el efecto la testigo Aida Ariza, indicó que la demandante solo aportaba una fuerza comercial a la cooperativa y que los supervisores o jefes directos de la demandante eran trabajadores asociados, , no es menos cierto, como se dijo anteriormente, que los servicios se prestaron en las instalaciones de SALUD TOTAL EPS ubicada las Américas y las funciones desempeñadas por la actora siempre fue en favor de SALUD TOTAL EPS, desarrollando en si labores afines o conexas al objeto misional de una EPS¹ (objeto que según el literal e del artículo 156 de la Ley 100 de 1993 incluye la afiliación, el registro de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud y el recaudo de los aportes que trabajadores y empleadores), la labor que SALUD TOTAL EPS contrató con la CTA. con el objeto social de esta EPS, según certificado de existencia y representación legal. (folio 860 a 869).

Ahora bien con relación a las documentales aportadas por el extremo pasivo, haciendo creer que efectivamente la promotora del proceso había convenido de manera libre y voluntaria un convenio de asociación, aportando las capacitaciones y juntas de socios a las que asistía, lo cual únicamente dejan ver que el trabajador debía hacerlo cumpliendo así con una obligación dada por la demandada más no porque realmente hubiese actuado como asociada, así como el haberle dado la oportunidad de acceder a participar “en la distribución equitativa de los excedentes de la cooperativa”, los cuales deben corresponderle a cada uno de los cooperados y que constituye un elemento esencial de esa modalidad específica de asociación. Tampoco, se evidencia que la asociada hubiera participado en

¹ SALUD TOTAL EPS.” *El objeto de la sociedad será organizar y garantizar directa o indirectamente la prestación del plan obligatorio de salud a los afiliados del régimen contributivo, y del régimen subsidiado (...) “Promover la afiliación de los habitantes de Colombia al sistema general de seguridad social en salud en su ámbito geográfico de influencia, garantizando siempre la libre escogencia del usuario c) organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias pueden acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional”.*

actividades de organización y administración mediante el desempeño de cargos sociales, otro elemento que cobra relevancia para determinar si en efecto se trataba de un acuerdo cooperativo o de otro tipo de relación contractual.

De lo anterior, emerge con absoluta claridad que el demandante se afilió a la Cooperativa y ésta la envió a trabajar a SALUD TOTAL EPS S.A. incumpliendo con las normas que rigen éste tipo de Cooperativas, toda vez que como ya se hizo referencia al artículo 16 y 17 del Decreto 4588 de 2006, la Cooperativa tenía prohibido llevar a cabo tales ejecuciones y tales conductas y en consecuencia desbordó las facultades que le concedía la ley para afiliar personas como cooperados, por ello se debe declarar la existencia de un contrato realidad, entendiéndose como verdadero empleador SALUD TOTAL EPS S.A. pues fue a quien se le prestó el servicio y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM EN LIQUIDACIÓN se entenderá como simple intermediario.

Extremos laborales y salario

En cuanto a los **extremos laborales** se tiene que el extremo inicial correspondió al **22 de marzo de 2012** y en cuanto al extremo final corresponde al **13 de enero de 2014**, como se puede ver de la documental obrante a folio 514 del expediente, donde se encuentra la liquidación de convenio de asociación.

En relación a los **salarios**, del contrato suscrito el 22 de marzo de 2012 se tiene que dentro del mismo se pactó como asignación básica la suma un salario mínimo mensual legal vigente.

Pretensiones condenatorias

Ahora bien, reclama la demandante el pago de **prestaciones sociales y vacaciones** durante la vigencia de la relación laboral, debiéndose estudiar la excepción de *PRESCRIPCIÓN* propuesta por las demandadas. Como es sabido, el término de prescripción en materia laboral está regulado por los artículo 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normas que establecen que las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años que se contarán desde que la respectiva obligación se hizo exigible, y que el simple reclamo escrito del

trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, tiene efectos de interrumpir el término de prescripción, únicamente por un lapso igual.

En el presente caso, quedó establecido que la relación laboral que ligó a las partes estuvo vigente desde el 22 de marzo de 2012 hasta el 13 de enero de 2014, y dado que la demanda se presentó el día 10 de mayo de 2016, este despacho deberá declarar probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por las demandadas frente a las acreencias laborales causadas con anterioridad al **10 de mayo de 2013**, sin que se vean afectadas por el fenómeno de la prescripción las cesantías, dado que las mismas se hicieron exigibles a la terminación del contrato de trabajo, y entre fecha y la presentación de la demandada no transcurrió el trienio prescriptivo.

Ahora bien, en el presente asunto la actora pretendió el pago de las prestaciones sociales junto con las vacaciones, no obstante en el presente asunto no puede pasar por alto la Sala, que en el interrogatorio de parte la actora confesó que a ella bajo otras denominaciones dadas por la CTA TALENTUM, le fue cancelado la totalidad de los salarios, las primas de junio y diciembre, cesantías e intereses así como las vacaciones, aunado a ello se le canceló lo correspondiente a la liquidación de contrato de todo el tiempo laborado de la totalidad del tiempo laborado, teniendo como salario base, el mínimo legal mensual vigente; situación que ratificó la deponente Daisy Lisbeth Devia, en el que indicó que le pagaron la totalidad de los salarios, primas, cesantías e intereses, y las vacaciones también bajo la precisión de haberse realizado con el salario mínimo mensual vigente, así como la deponente Aida Ariza quien indicó que en efecto se canceló todo lo correspondiente a las acreencias laborales de la actora, en el que indicó de manera puntual lo siguiente *“(..)se pagaba la compensación ordinaria que es como el salario mínimo legal mensual vigente, había una compensación extraordinaria que correspondía auxilio de transporte o reintegro de transportes, auxilios semestrales que era como la prima de junio, así como el auxilio de diciembre que era la prima de navidad, compensación de descanso anual que era como las vacaciones, auxilio de vinculación que eran las cesantías, las cuales se depositaban al fondo donde escogerá la demandante y el auxilio de vejez que era como los intereses a las cesantías(..)”*.

Aportando la demandante como soporte de su dicho, los comprobantes de pago del periodo laborado, así como la liquidación de contrato en los que se evidencia el pago de los emolumentos reclamados, adicional a ello, se aportó a folios 549 a 550 solicitud de descanso anual en papelería de CTA TALENTUM suscrita por la demandante correspondiente a los años 2012 a 2013.

A la misma conclusión se llega con relación al **pago de aportes al sistema de seguridad social integral**, en el que confesó la demandante lo correspondiente a los aportes que realizó la CTA TALENTUM a salud y a pensión sobre el salario mínimo mensual legal vigente, situación que ratificaron también las testigos, así como las documentales allegadas al plenario y relacionadas en precedencia.

Ahora, como quiera que SALUD TOTAL EPS S.A. y la cooperativa intermediaria propusieron la excepción de *COMPENSACIÓN*, procede la Sala declararla probada, conforme quedó precisado con antelación y se absolverá de imponer condena frete a los rubros aquí solicitado.

Indemnización del art. 65 CST y art. 99 Ley 50 de 1990.

En lo referente a estas dos clases de indemnizaciones moratorias, es criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas prestaciones, 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 fe que guiaron la conducta del empleador, tal y como lo ha indicado en sentencias SL 35414 – 2009, SL16572 de 2016 y SL-11436 de 2016, entre otras.

Así las cosas, en el presente asunto si bien se pretendió el pago de salarios, primas, cesantías e intereses y vacaciones, lo cierto es que todo fue cancelado por la CTA TALENTUM tal y como lo confesó la demandante, lo ratificaron las testigos incluyendo la liquidación de contrato de la fracción de tiempo laborado, razón por la que no se impartirá condena alguna con relación a esta indemnización.

En cuanto a la **indemnización por no consignación de las cesantías** de que trata el art. 99 de la ley 50 de 1990, ha sido reiterada la Jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, al indicar que la falta de consignación de una anualidad de cesantías origina la mora hasta el momento en que ocurra la satisfacción de esa parte de la prestación o a partir de la terminación del contrato, momento en que empieza a causarse la indemnización moratoria por no pagarse acreencias labores (SL 70892/2019), en tal medida se tiene que la actora reconoció habersele cancelado lo correspondiente a las cesantías, ahora a efectos de determinar si las mismas fueron consignadas, se allegó al infolio (fl. 574) autorización de retiro de auxilio de desvinculación elaborado por la CTA TALENTUM dirigido a PROTECCIÓN, autorizando su retiro ante la desvinculación de la demandante de la cooperativa desde el 13 de enero de 2014, así como a folio 578 comunicación elaborada por la demandante dirigida a TALENTUM en la que indica que recibió de manera efectiva el auxilio de desempleo, esto es, cesantías, correspondiente al año 2012 en el fondo de pensiones y cesantías PROTECCIÓN.

Resuelto lo anterior, la Sala debe puntualizar dos situaciones, la primera la forma en que la actora solicitó las pretensiones condenatorias en su libelo demandatorio, toda vez que reclamó el pago de cada uno de los emolumentos *“(..) sobre la base del último salario recibido por la demandante esto es la suma \$616.000 o lo que resulte probado en el proceso (..)”*

Así las cosas, resulta claro, que presuntamente lo que quería reclamar la demandante no era el pago de las acreencias laborales pues ella misma confesó los pagos que se realizaron sobre el salario mínimo lgal vigente de todas sus acreencias laborales, aportando de manera directa la documental que respaldaba su pago, por lo que conforme a lo que narró en los hechos, esto es los medios de transporte, los premios así como las escalas asignadas, en el que tenía un reconocimiento de orden pecuniario, lo que debió haber solicitado fue reliquidación de todos y cada uno de los emolumentos aquí ya estudiados, pues si bien se le indagó a los testigos lo referente a los medios de transporte y que también relató la demandante en su interrogatorio de parte no fueron tenidos en cuenta como base salarial, lo cierto es que nada se solicitó su condena de manera puntual y específica.

Al respecto, resulta oportuno traer a colación de la sentencia CSJ SL13706 -2016, que el demandante que busca el pago o reliquidación de salarios o de prestaciones sociales, le compete esgrimirle a la contraparte, en la demanda inicial, qué conceptos no le incluyó al momento de liquidarlas o el rubro que considera liquidado de manera errada, para que la pasiva sepa qué debe probar y así brindarle al juzgador la posibilidad de realizar las operaciones aritméticas pertinentes para establecer si en efecto hubo deficiencia o no en el reconocimiento de las prestaciones reclamadas, advirtiendo adicionalmente *“(..) en el planteamiento de la demanda inaugural que en ese momento se estudiaba, se echó de menos, entre otras cosas, las cifras o parangones entre lo pagado por la accionada frente a lo que ha debido ser, destacando el deber procesal de la parte actora de indicar, en forma diáfana y cristalina, las razones y soportes de su inconformidad, resaltando que las súplicas generales o abstractas, a no dudarlo, lesionan frontalmente los derechos de defensa y contradicción, ya que ponen a la contraparte en la imposibilidad de asumir una oposición congruente frente a lo que se implora (..)”*

Finalmente, la Sala se releva de realizar el estudio de las pretensiones subsidiarias, pues esta pretendían se declarara la relación laboral con CTA TALENTUM, en la que claramente aquí ya se determinó que solo fungió como intermediaria

Así las cosas y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ** la sentencia apelada, en la forma antes expuesta y se **CONFIRMARÁ** en lo demás, por las razones aquí esbozadas.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de ANGIE MARITZA QUEVEDO GÓMEZ, de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN

NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

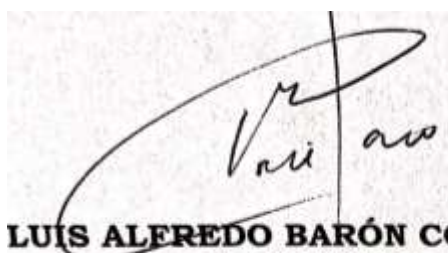
PRIMERO: ADICIONAR el proveído impugnado, en el sentido de **declarar** que entre el demandante ANGIE MARITZA QUEVEDO GÓMEZ y la demandada SALUD TOTAL EPS S.A. existió un contrato de trabajo vigente entre el 22 de marzo de 2012 y el 13 de enero de 2014, atendiendo las consideraciones aquí realizadas.

SEGUNDO: ADICIONAR el proveído impugnado, en el sentido de **declarar parcialmente probada** la excepción de **prescripción** y **probada** la excepción de **compensación** propuestas por las demandadas CTA TALENTUM EN LIQUIDACIÓN y SALUD TOTAL EPS S.A, atendiendo las consideraciones aquí realizadas.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del 26 de febrero de 2019, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de ANGIE MARITZA QUEVEDO GÓMEZ.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

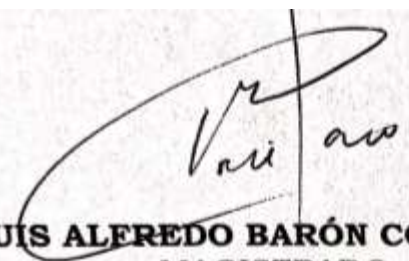


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(Aclara Voto)

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de ANGIE MARITZA QUEVEDO GÓMEZ, la suma de \$300.000 pesos.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – LUZ ESMERALDA RANGEL CUBILLOS - contra –CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM-.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende la señora **LUZ ESMERALDA RANGEL CUBILLOS**, se **declare** que entre las partes existe y se encuentra vigente un contrato individual de trabajo a término fijo que inició el 9 de agosto de 2009, que se ha venido prorrogándose sin solución de continuidad y que durante su permanencia en la empresa ha adquirido enfermedades que limitan su capacidad laboral, así mismo solicita se **declare** que el 28 de junio de 2014 la demandada dio por terminada la relación laboral, gozando la actora desde el 28 de junio de 2014 de amparo especial consagrado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, sin solicitar permiso ante el ministerio de trabajo, siendo entonces el acto unilateral de terminación ineficaz. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a la restitución al puesto de trabajo que ocupaba al momento de la terminación del vínculo laboral, o a uno de igual o superior categoría, acorde con su capacidad laboral y estado de salud, previa valoración del médico tratante. De manera subsidiaria, solicitó se **condenara** a la demandada a pagarle la indemnización indexada equivalente a 180 días de salario, al haber terminado el vínculo laboral sin la autorización del

Ministerio del Trabajo, se **condene** ultra y extra petita y se **condene** al pago de costas procesales (fl. 3-107 a 108).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 4 a 5), señaló que ingresó a laborar para la entidad demandada el 1 de agosto de 2009, mediante contrato de trabajo a término fijo, que se vino prorrogando de manera sucesiva y sin solución de continuidad desde dicha data, devengando como último salario mensual a \$287.500, en el cargo de mesera y auxiliar de fuentes de soda en el centro vacacional Melgar, acotó que conforme a examen de ingreso se encontraba en óptimas condiciones de salud y que encontrándose en desarrollo de sus actividades laborales el 18 de enero de 2010 sufrió un accidente de trabajo, que fue reportado en debida forma a la ARL, sufriendo un desgarre en la parte baja de la espalda y que para el 24 de diciembre de 2011 sufrió otro accidente de trabajo en el que al bajar de unas escaleras sufrió golpes en su tronco; indicó que a lo largo que se adelantaron los tratamientos médicos, le fueron diagnosticadas las patologías de “DISCOPATÍA L5 S1, LUMBAGIA y ESPONDOLISIS LUMBAR”, afirmando que dicha enfermedades las adquirió en vigencia de la relación laboral, en el que le han concedido varias incapacidades médicas y que el 28 de junio de 2014, la accionada dio por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa, teniendo como motivo determinante su estado de salud así como las enfermedades que padece y sin solicitar el respectivo permiso ante el Ministerio de Trabajo, siendo conocedor el empleador a la fecha de terminación del vínculo, de los tratamientos médicos y terapéuticos en curso, por lo que ante la decisión adoptada por la demandada, presentó acción constitucional que resolvió tutelar sus derechos fundamentales, ordenando su reintegro de manera transitoria y por ultimo acotó que a la fecha de la presentación de la demanda gestionó ante la empresa promotora de salud Famisanar las respectivas valoraciones para determinar el origen de la enfermedad, junto con el porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR –CAFAM- contestó el introductorio (fls. 115 a 124-165), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 al 7, 14, 16 a 17, 19 a 21, no ser ciertos los numerales 11 a 12, 15, 18 y 13 y no constarles los restantes, propuso como excepciones de fondo las denominadas inexistencia de las obligaciones que se pretenden por el demandante y la genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 06 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 14 de febrero de 2019 (CD – fl. 201), **declaró** que entre la señora LUZ ESMERALDA RANGEL CUBILLOS y la demandada CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR-CAFAM-, existió un contrato de trabajo escrito a término fijo, el cual estuvo vigente entre el 1 de agosto de 2009 al 28 de junio de 2014, fecha en la cual terminó por despido sin justa causa atribuible al empleador y **absolvió** a la sociedad accionada CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR-CAFAM- de todas y cada una de las pretensiones principales y subsidiarias incoadas en su contra por la señora LUZ ESMERALDA RANGEL CUBILLOS, **declaró** probada la excepción de Inexistencia de la Obligación y **condenó** en costas a la demandante en la suma de \$150.000.

Fundamentó su decisión, indicando que no cabía duda con relación a las pruebas obrantes en el expediente de la relación laboral, esto es el contrato de trabajo a término fijo, en el cargo de mesera, recibiendo como remuneración la suma de \$287.500 mensuales, junto con sus prorrogas así como la certificación laboral y la liquidación de contrato, que estuvo vigente entre el 1 de agosto de 2009 hasta el 28 de junio de 2014, que fue terminado sin justa causa por parte del empleador, en el que canceló la suma correspondiente por concepto de indemnización, precisó que si bien se había dado por terminado el vínculo contractual, posteriormente fue reintegrada producto de un fallo judicial constitucional que ordenó su reintegro a partir de 5 de septiembre de 2014 de manera transitoria.

Precisado lo anterior y con relación a la ineficacia del despido y el reintegro, en el que invoca conforme al artículo 26 Ley 361 de 1997 y con relación al acervo probatorio, se extraía que el 18 de enero de 2010 y 24 de diciembre

de 2011, la demandante sufrió accidentes de trabajo emitidos por la ARP Bolívar, el primero de ellos, sintiendo un desgarre en la parte baja de la espalda, y el segundo, haber caído por las escaleras, en el que se golpeó el tronco, con relación a las historia clínicas se evidenció el seguimiento realizado por CAFAM y salud ocupacional y médicos asociados, con relación a la patología -lumbalgia médica crónica-, entre las cuales obra consultas de fisioterapia, consultas de ortopedia y medicina laboral, en el que se le otorgaron múltiples incapacidades entre 3 de mayo de 2010 al 25 de mayo de 2014, los cuales oscilaban entre los 3 a 5 días, resaltó también la prueba, documentales expedida por CAFAM las cuales ponen en conocimiento a la actora las recomendaciones médicas para ejercer las actividades de los años 2010, 2011 y 2012, así como la calificación de la Junta Regional de Cundinamarca en el que se dictaminó la pérdida de capacidad laboral en un 11.10% con fecha de estructuración 17 de abril de 2018 y de origen común.

Resaltó, entre otros, la misiva con el que el empleador comunica la decisión de dar por terminado el contrato, reconociendo la indemnización por despido injusto, por lo que para la fecha en que toma la decisión, el 28 de junio de 2015, si bien ya la demandante había sido diagnosticada con lumbalgia medica crónica, también lo era que, para la fecha en que toma la decisión no existía calificación efectuada a la demandante así como tampoco fecha de estructuración, por lo que dedujo que para esa fecha, la actora no se encontraba en una situación de estabilidad laboral reforzada, agregó que el ultimo seguimiento médico fue el 31 octubre de 2013 y la última incapacidad data de 24 de abril de 2014, sin que se acredite que estuviese en un tratamiento previo a la fecha de terminación de contrato, ni mucho menos testimonios que acreditaran que la demandante padecía algún tipo de molestia durante el desarrollo de sus labores, por lo que conforme al dictamen de la Junta y conforme a la jurisprudencia, para que proceda el reintegro debe existir un grado de incapacidad moderada, entre el 15% y el 25% para poder declarar la ineficacia del despido, procediendo a negar las pretensiones principales así como la subsidiaria, contenidas en la demanda.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que si bien se indicó que la demandante no tenía un grado de incapacidad moderada, para las luces de la jurisprudencia de la corte constitucional, no son de recibo dichos argumentos, para el caso sub examen, indicó que conforme al dictamen, tiene un grado de 11.10% y que no se debe tener en cuenta lo correspondiente a la fecha de estructuración, pues la empresa conoce y acepta que conocía su estado de salud así como el reconocimiento de haber realizado tratamientos de rehabilitación. Aunado a ello, contrario a lo manifestado por el Juez, para la fecha de terminación la demandante si se encontraba en tratamientos para determinar lo correspondiente a la pérdida.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si al momento de la culminación del vínculo la demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada y en caso afirmativo, establecer si el despido lo fue con ocasión a su condición, analizándose la procedencia del reintegro.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que existe entre las partes, lo cual fue aceptado por la demandada y que es corroborado con la copia del contrato de trabajo a término fijo, certificación laboral, terminación de contrato de trabajo unilateral y sin justa causa y de la liquidación final de prestaciones sociales (fls. 90, 92, 125, 129, 131 a 132 a 140 y 181), de donde se colige que la señora LUZ ESMERALDA RANGEL CUBILLOS laboró al servicio de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR – CAFAM- desde el 1 de agosto de 2009 hasta el 28 de junio de 2014, desempeñado el cargo de Mesera, con un salario básico mensual de \$287.500, laborando tres días a la semana con un promedio de 96 horas al mes.

Reintegro mediante Acción Constitucional

Una una vez finalizado el vínculo contractual laboral, la accionante promovió acción de tutela en contra de CAFAM, en el que el Juzgado 8 Penal Municipal

con Función de Conocimiento de Bogotá, tuteló los derechos fundamentales y procedió a ordenar el reintegro de manera transitoria, decisión que fue confirmada por el Juzgado 49 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá (fls. 95 a 104); la demandada procedió a incorporar nuevamente a la demandante el 5 de septiembre de 2014 (fl. 141); relación laboral que continúa vigente conforme se extrae de los interrogatorios de parte rendidos por las partes.

Estabilidad laboral

La interpretación que la Sala hará en este caso, desde el punto de vista de las nuevas orientaciones que últimamente han sosteniendo tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional, en el sentido que las normas legales se deben interpretar a la luz de los principios y valores constitucionales, a partir de la Constitución Política de Colombia desde el año 1991, en cuanto a que estos priman sobre las normas legales que los contrarían, tal como lo establece el artículo 4 constitucional. Igualmente, el artículo 93 *ibidem*, refiere que los derechos establecidos en la carta política y la Ley se interpretaran conforme a los estándares internacionales, por lo tanto, implica darle un repaso a los valores y principios que establece la Constitución y luego, aplicar las normas laborales de carácter legal a la luz de dichos principios y normas constitucionales.

Se establece en la Constitución Política de Colombia del año 1991, que Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República, fundada en el respeto de la dignidad humana, y en el trabajo y que son fines esenciales del Estado, entre otros, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en ella, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica y la vigencia de un orden justo.

Así mismo, se indica que es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia, acatar la Constitución y que uno de LOS DERECHOS FUNDAMENTALES es el trabajo, el cual constituye una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado, de ahí

que toda persona tenga derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, además de ser libre de escoger profesión u oficio.

En igual sentido, señala la Carta Política que el Congreso expedirá el estatuto del trabajo y la ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: igualdad de oportunidades para los trabajadores, remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, estabilidad en el empleo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles, situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, garantía a la seguridad social, capacitación, adiestramiento y el descanso necesario, protección especial a la mujer, maternidad y al trabajador menor de edad.

De otro lado, también es importante destacar, que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna y que ni La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores, por ende, es obligación del Estado y de los empleadores, ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran, al igual que el Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

Lo anterior significa, que la creación del Estado Social de Derecho se fundó teniendo como esencia el trabajo, es decir, una de las razones de ser de este, es el trabajo, tal como lo dice el preámbulo de la Constitución, sumado a que es tratado como un derecho fundamental, lo que implica que toda persona tiene derecho al trabajo y así, a su estabilidad en el mismo. Este principio es absoluto y solo se puede pregonar como relativo cuando en verdad existe una justa causa, para su terminación.

Desde otra óptica, el trabajo es el que ha permitido que el ser humano se haya desarrollado hasta los estadios en los que se encuentra hoy la humanidad, en sus actuales condiciones vida y además le ha servido de sustento por la remuneración que recibe, pues sin el mismo no habría podido subsistir, por ello, resulta vital y tan esencial la conservación de un empleo para todos los seres humanos.

Dentro de las garantías inmersas en el derecho al trabajo, se encuentra la estabilidad en el empleo, pues sin este, pierde su esencia, de ahí que la Constitución establezca como principio mínimo fundamental la estabilidad en el empleo sin ninguna restricción. Estabilidad que significa un derecho positivo del trabajador a permanecer en el empleo y por ende, conlleva una idea negativa al empleador para despedirlo; por ello, se expidió la ley 319 de 1996 la cual en sus artículos 6° y 7°, señala que toda persona tiene derecho al trabajo el cual habrá de gozar en condiciones justas, equitativas y satisfactorias y que el Estado, debe garantizar de manera particular, la estabilidad de los trabajadores en sus empleos de acuerdo con las características de las industrias y profesiones, con las causas de justa separación y en casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización, a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional.

Lo que significa, que la estabilidad en el empleo es un derecho y que, para conservarlo, deben interpretar las normas legales de conformidad con los principios y valores constitucionales y para garantizar ese derecho, no se logra con facultar al empleador para dar por terminado el contrato de trabajo, si no existe una justa causa.

Siendo ello así y en lo que se refiere a la estabilidad laboral reforzada en tratándose de trabajadores en situación de discapacidad, la Corte Constitucional en sentencia SU – 049 de 2017, indicó:

“4.7. Según lo anterior, la Constitución consagra el derecho a una estabilidad ocupacional reforzada para las personas en condiciones de debilidad manifiesta por sus problemas de salud. Ahora bien, como se pudo observar, la jurisprudencia constitucional ha señalado que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta no solo quienes han tenido una pérdida ya calificada de capacidad laboral en un grado moderado, severo o profundo –definido conforme a la reglamentación sobre la materia-, sino también quienes

experimentan una afectación de salud que les “impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares” (sentencia T-1040 de 2001). La experiencia acumulada por la jurisprudencia muestra que estas personas están también expuestas a perder sus vínculos ocupacionales solo o principalmente por ese motivo y, en consecuencia, a ser discriminados a causa de sus afectaciones de salud.”

(..)

“8.1. El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. La estabilidad ocupacional reforzada es aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios, aun cuando no envuelvan relaciones laborales (subordinadas) en la realidad. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, interpretado conforme a la Constitución, incluso en el contexto de una relación contractual de prestación de servicios, cuyo contratista sea una persona que no tenga calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.”

Así mismo, dicha Corporación proveído SU – 040 de 2018, expresó:

*“3.2. La figura de “estabilidad laboral reforzada” tiene por titulares a: (i) mujeres embarazadas; (ii) personas con discapacidad o en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud; (iii) aforados sindicales; y (iv) madres cabeza de familia. En el caso de las personas con discapacidad, “es el derecho que garantiza la permanencia en el empleo, luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y de conformidad con su capacidad laboral.” Adicionalmente, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite una discapacidad. En este contexto, **la estabilidad laboral reforzada hace ineficaz el despido o desvinculación cuando la razón del mismo es la condición especial que caracteriza al trabajador.**”*

(..)

“3.3. Así las cosas, existe desconocimiento de los fundamentos constitucionales y, especialmente, de los principios de igualdad y solidaridad cuando se evidencia un trato diferente o discriminatorio a las personas en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud y a las calificadas como personas en situación de discapacidad, con independencia de la relación laboral acordada entre las partes.”

Hechas las anteriores precisiones y revisada la documental que obra en el expediente, se evidencia que a la demandante le fue realizado por su empleador (i) examen de ingreso con fecha 31 de julio de 2009 sin que se realizará ninguna anotación particular sobre su estado de salud (fls. 13 a

15); obra a folio 16 (ii) informe de accidente de trabajo expedido por la ARP Bolívar acaecido el 18 de enero de 2010 y en el que de la descripción del mismo se extrae “(..) *Llevaba una bandeja con loza y al descargarla sintió un desgarre en la parte baja de la espalda* (..), asimismo, obra a folio 17 (iii) Evolución Medica Clínica-expedida por –*medicosasociados*- 12 de agosto de 2010, con diagnóstico LUMBALGIA MECÁNICA CRÓNICA, en el que adicionalmente en su relación cronológica de patología se consignó que luego de ocurrido el accidente había comenzado su dolor en la espalda; (iv) inicio de fisioterapia con fechas 17, 24 , 27, 31 de agosto de 2010 y 2, 7 , 9 y 14 de septiembre de 2010 con ultima observación “(..) *sigue tratamiento* (..)” (fls. 17 y 17 vto), de igual forma, obra a folios 19 a 22 del expediente, (v) examen periódico realizado por la demandada con fecha 24 de septiembre de 2010 con diagnóstico DISCOPATÍA L5 S1-PEQUEÑA HERNIA, emitiendo recomendaciones laborales por el médico laboral (fls. 24 a 25).

Por otro lado, también obra en el infolio, (vi) concepto de evaluación de salud ocupacional con fecha de expedición 3 de agosto de 2011 (fls. 26 a 28), así como (vii) interconsulta para el mismo día expedida por el Galeano ocupacional diagnóstico de DISCOPATÍA L5 S1(fl. 29) indicando que correspondía a cita de control, así como (viii) acta de concertación en atención a las recomendaciones laborales realizadas por el área de salud ocupacional suscrita entre el jefe inmediato y la demandante el 9 de noviembre de 2011 (fls. 36 a 37).

De igual forma, también se incorporó (ix) informe de accidente de trabajo expedido por ARP Bolívar, con fecha 24 de diciembre de 2011, y del que de la descripción se extrae “(..) *bajando las escaleras se resbaló y cayó, golpeándose el tronco*(..)” (fl. 41), posteriormente obra (x) consulta de la demandante con el médico ocupacional -11 de abril de 2012- en el que se consigna “(..) *actualmente en manejo por neurocirugía “2011” mediados quien descartó procedimiento quirúrgico e indicó bloqueos pero la paciente no acudió, realizó estudios de neuroconducción pero no trae resultados* (..) *paciente con calificación por EPS Famisanar de origen común* (..) *pero la paciente no ha recogido el concepto*(..)” (fl. 42 a 43), también se allegó (xi) inspección ergonómica – seguimiento de recomendaciones realizadas por el

área de salud ocupacional de CAFAM el 9 de abril de 2012 conforme a diagnóstico LUMBALGIA Y DISCOPATÍA L5 S1 y dentro de las condiciones encontradas se consignó, entre otros, que la señora ESMERALDA RANGEL había referido no realizar ejercicios de estiramiento durante la jornada de trabajo (fl. 44 a 45), asimismo milita, (xii) expedición de recomendaciones laborales, con fecha 7 de mayo de 2012, (xiii) examen periódico ocupacional con fecha 11 de febrero de 2013 con diagnóstico de Discopatía Lumbar y en estudio síndrome Tunel del carpo bilateral (fls. 49 a 51), (xiv) consulta con especialidad Ortopedia con fecha 20 de febrero de 2013 (fls. 52 a 53), (xv) consulta médico ocupacional 16 de mayo de 2013 y con recomendación de continuar con el cumplimiento de recomendaciones laborales, (xvi) consulta por lumbalgia el 24 de julio de 2013 (fls. 57 a 58) y por ultimo (xvii) consulta medico ocupacional para el 3 de octubre de 2013 con recomendaciones de asistir por la EPS y valoración por fisioterapia para seguimiento de recomendaciones laborales (fls. 59 a 60)

Finalmente, se observa que también se allegaron las siguientes incapacidades:

INCAPACIDADES (fls. 63 a 89)			
INICIO	FIN	DIAGNÓSTICO	TOTAL DÍAS
3/05/2010	5/05/2010	Lumbalgia y Discopatía	2
11/06/2010	14/06/2010	hernia discal	3
9/07/2010	10/07/2010	Lumbalgia	2
31/08/2010	3/09/2010	M511	4
15/09/2010	18/09/2010	Lumbalgia	4
27/09/2010	29/09/2010	Lumbalgia	3
22/10/2010	24/10/2010	hernia discal	3
3/11/2010	4/11/2010	No registra	2
19/11/2010	19/11/2010	Lumbalgia	1
17/05/2011	18/05/2011	No registra	2
6/07/2011	8/07/2011	M511	3
21/07/2011	22/07/2011	No registra	2
23/07/2011	24/07/2011	M511	2
1/09/2011	5/09/2011	No registra	5
24/07/2013	26/07/2013	Enfermedad General	3
12/02/2014	13/02/2014	Infección Urinaria	2
22/03/2014	24/03/2014	Enfermedad General	3
12/04/2014	13/04/2014	Lumbalgia	2
15/04/2014	16/04/2014	M511	2
17/04/2014	19/04/2014	Enfermedad General	3
25/04/2014	26/04/2014	Enfermedad General	2

Así entonces, para considerar a la demandante como una persona en situación de debilidad manifiesta, para el momento de la terminación del

vínculo laboral, se tiene que si bien la actora tuvo accidente de trabajo en el que indicó haber sentido un fuerte dolor lumbar al haber descargado una bandeja con loza para el 18 de enero de 2010 (fl. 16) y que posterior a ello, le fue diagnosticado la LUMBALGIA MECANICA CRONICA y que le desencadenó fuertes dolencias durante su relación laboral y que se evidencia con las consultas médico ocupacionales para los años 2010, 2011, 2012 y 2013 así como las sesiones que por fisioterapia asistió para el año 2010, también lo es, que con anterioridad a la finalización del vínculo laboral tal y como quedó anotado en precedencia, su ultimo control por el diagnostico de Lumbalgia Crónica, data del 3 de octubre de 2013.

Asimismo, también se observa que se aportó un total de 21 incapacidades expedidas desde el año 2010 hasta el año 2014, no obstante, solo 6 de ellas se expidieron para el año en que se produjo la terminación de contrato de manera unilateral por parte del empleador (año 2014) y una (1) sola se expidió con ocasión al diagnóstico por lumbalgia, frente a las restantes sus diagnósticos refieren enfermedad general, infección urinaria entre otras.

Así las cosas y sin desconocer la Sala las patologías presentes en la demandante, para la fecha de terminación del vínculo laboral, ellas no eran un obstáculo para prestar su fuerza de trabajo, pues la Corte Constitucional, ha manifestado que se debe proteger cuando ese estado de salud afecta su capacidad de trabajo; lo que se reitera en el caso sub examine no se demuestra; aunado a ello, llama la atención que para abril de 2012 (tal y como quedo relacionado con anterioridad), que la paciente no había asistido a unos bloqueos que debía realizarse conforme lo ordenó el neurocirujano y que no había llevado a esa cita en particular, resultados de neuroconducción. Así como lo consignado el 9 de abril de 2012 en inspección ergonómica y seguimiento de recomendaciones realizada por el área de salud ocupacional de CAFAM “(..) la señora Esmeralda refiere no realizar ejercicios de estiramiento durante la jornada de trabajo (..)”; contrariando las recomendaciones laborales realizadas por esa misma área el 25 de septiembre de 2010 y reiteradas el 31 de agosto de 2011 y en cita de control de fecha 23 de noviembre de 2011 entre otras; de lo cual se infiere, que al no cumplir con la totalidad de las recomendaciones laborales y al no seguir con un estricto

cumplimiento las ordenes y recomendaciones médicas de sus médicos tratantes, difícilmente podía tener una mejoría de la patología que la aquejaba.

Así entonces, no podía la demandada presumir una incapacidad o una debilidad manifiesta de la actora al momento de la terminación del vínculo contractual laboral, pues si bien, CAFAM efectivamente tenía conocimiento de las recomendaciones medico laborales ordenadas, frente a la demandante en atención a la patología diagnosticada, como lo reconoció desde el momento de la contestación y lo confesó el representante legal en su interrogatorio de parte, lo cierto es, que conforme a lo ya expuesto no existía la limitación para la fecha de finalización del vínculo laboral y por lo tanto se concluye que no podía ser esa la razón para dar por terminado el contrato de trabajo.

Así entonces, para la Sala es claro que en el momento en que la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR –CAFAM- da por terminado el contrato de trabajo con la demandante, no se encontraba incapacitada, no se le había determinado ninguna incapacidad permanente parcial de origen profesional o común pues no lo demostró, así como tampoco demostró que sus patologías fueran un obstáculo para el desempeño de la labor; pues la Sala no encuentra un medio probatorio pertinente y conducente para concluirlo de esa manera.

Por todo lo anterior, no es cierto entonces, que existiera estabilidad reforzada para la demandante en el momento de la terminación del contrato individual de trabajo, luego no era necesario acudir al inspector para solicitar permiso, siendo válido y legal dar por finalizada la relación laboral.

En tales condiciones y sin que sean necesarias consideraciones adicionales, se **CONFIRMARÁ** la decisión impartida por el Juez 18 Laboral del Circuito de Bogotá.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de LUZ ESMERALDA RANGEL CUBILLOS, de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

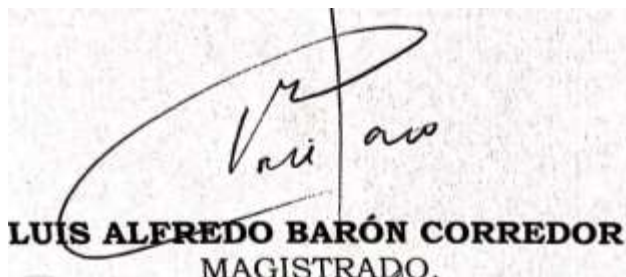
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

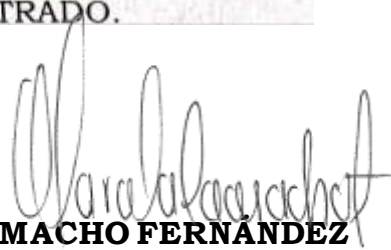
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a cargo de LUZ ESMERALDA RANGEL CUBILLOS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

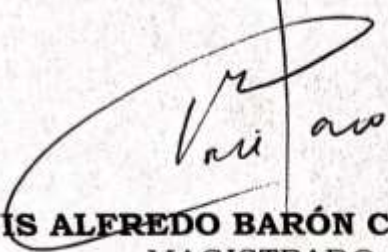


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de LUZ ESMERALDA RANGEL CUBILLOS, en la suma de \$300.000 pesos.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – MARÍA BALSAMINA LARGO
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MARÍA BALSAMINA LARGO**, se **declare** que el señor JORGE SÁNCHEZ CASTRO dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en aplicación al principio de la condición más beneficiosa y que es beneficiaria de dicha prestación desde el 21 de octubre de 1996. Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a COLPENSIONES al pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 21 de octubre de 199, junto con los aumentos y mesadas adicionales, mesadas adicionales, intereses moratorios y las costas de proceso (fls. 8 a 10).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 y 3), señaló que el señor JORGE SÁNCHEZ CASTRO falleció el 21 de octubre de 1996 quien se encontraba afiliado al ISS, habiendo cotizado más de 300 semanas antes del 1° de abril de 1994. Refiere que contrajo matrimonio con el causante el 23 de septiembre de 1973 y al momento del deceso de aquel,

convivían juntos. Finalmente, sostiene que mediante Resolución 000117 de 1998 el ISS le negó la pensión de sobrevivientes, bajo el argumento que no se reunían los requisitos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, por lo que le fue otorgada la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó el libelo (fls. 29 a 42), en la que se opuso a las pretensiones de este. En cuanto a los hechos, niega y no le constan los contenidos en los numerales 4 y 6 y acepta los demás. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo debido, buena fe, no configuración del derecho al pago al IPC no de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 6 de diciembre de 2018 (CD – fl. 62), **declaró** probada parcialmente la excepción de prescripción, **condenó** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes de su cónyuge JORGE SÁNCHEZ CASTRO a partir del 14 de diciembre de 201, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, junto con dos mesadas adicionales al año y los reajustes legales, **autorizó** a COLPENSIONES a descontar lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, mediante resolución 000117 del 28 de enero de 1998 y a descontar del retroactivo y demás mesadas que se causen los aportes al sistema de seguridad social en salud, **absolvió** a la demandada de las demás pretensiones de la demanda y **condenó** en costas a la accionada, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

Fundamentó su decisión, indicando que dada la fecha de fallecimiento del causante, la norma que gobierna el estudio de la pensión es la Ley 100 de 1993 en su redacción original, encontrando que el señor Sánchez Castro no dejó causado el derecho a la pensión en la medida que no cotizó las 26 semanas dentro del año anterior al deceso. En cuanto al principio de la condición más beneficiosa, expone que la Corte Suprema de Justicia ha señalado que cuando el afiliado fallece en vigencia del artículo 46 original de la Ley 100 de 1993 y no cumple las exigencias de esa normatividad como en el presente caso, son aplicables en virtud del principio de la condición más beneficiosa las disposiciones contenidas en el Acuerdo 049 de 1990 si para el momento de entrar en vigencia la citada Ley 100, se daba el supuesto de semanas cotizadas para que su beneficiarios pudieran acceder a la pensión de sobrevivientes. Sostiene que al revisar a norma anterior que en este caso es el Acuerdo 049 de 1990, se tiene que la misma establece que para tener derecho a la pensión de sobrevivientes, el haber cotizado 150 semanas dentro de los 6 años anteriores al fallecimiento o 300 en cualquier tiempo con anterioridad a la muerte. Afirma que al verificar tales presupuestos, en la resolución 117 de 1998, el ISS dijo que el causante había reunido un total de 494 semanas y si se observa la liquidación de la indemnización sustitutiva, se determina que a 1° de abril de 1994 la entidad certificó 494.42 semanas. Expone que si bien en el reporte de semanas allegado por COLPENSIONES figuran tan solo 228.14 semanas, lo cierto es que la entidad no podía de forma unilateral desconocer el contenido de un acto administrativo en el cual había negado la pensión de sobrevivientes pero concedido la indemnización sustitutiva con base en 494 semanas y menos desconocer que con ese número de semanas liquidó el valor de esa indemnización, por cuanto ello sería ir en contravía del respeto del acto propio y el principio de la confianza legítima, adicional a la seguridad jurídica que se derivó de ese acto administrativo que además se encuentra en firme y no ha sido controvertido de manera alguna por la propia entidad, por ende, considera que se deben tener como efectivamente cotizadas esas 494 semanas, lo que le permite a la demandante ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por lo que se ordenará el reconocimiento y pago de la misma, por haber cumplido el causante con las exigencias de la normatividad anterior a la Ley 100 de 1993 y como quiera que el deceso

acaeció antes de la expedición de la Ley 100 de 1993. Aduce que el monto de la pensión será de un salario mínimo legal mensual vigente y se pagará en 14 mesadas al año por haberse causado la prestación con anterioridad a la expedición del acto legislativo 01 de 2005. Respecto a la excepción de prescripción, menciona que la prestación se hizo exigible el 21 de octubre de 1996, la prestación se reclamó el 18 de marzo de 1997 la cual se negó mediante acto administrativo del 28 de enero de 1998, sin embargo, al presentarse la demanda el 14 de diciembre de 2017 es claro que se sobrepasó ampliamente el término de 3 años que establece el artículo 151 del CPL, por lo que se tendrá como fecha de interrupción de la prescripción al de presentación de la demanda y quedan cobijadas por el fenómeno prescriptivo las mesadas causadas con anterioridad al 14 de diciembre de 2014. Refiere que como a la accionante le fue reconocida la indemnización sustitutiva, se autoriza a COLPENSIONES para que descuenta de las sumas a pagar, lo cancelado por concepto de indemnización sustitutiva. Finalmente, en lo que se refiere a los intereses moratorios, no se accede a los mismos, ya que al haberse aplicado el principio de la condición más beneficiosa, se debe verificar además, si la entidad acudió a la norma vigente en el momento del fallecimiento, punto en el cual se ha considerado que a la administradora no le es dable aplicar consideraciones de otra índole como sí lo puede hacer los jueces en el estudio del caso en concreto, como lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, pues actuó bajo el amparo de una norma vigente.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, respecto de la negativa a reconocer los intereses moratorios, señalando que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 establece el pago de dichos intereses ante la mora en el pago de las mesadas.

A su turno, **COLPENSIONES apeló la decisión**, bajo el argumento que hay un error en las resoluciones que fueron aportadas y en la que se reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes a la demandante, dado que en ellas se indica que las cotizaciones superan las 300 exigidas para la aplicación de la condición más beneficiosa, sin embargo, hay que

buscar la realidad de los hechos narrados y la verdad de la historia laboral junto con los aportes que se han realizado y ello se logra verificar únicamente con la historia laboral actualizada, a cual se aportó con la contestación de la demanda y que señala el historial de cotizaciones del causante y por ende, es el documento que se debe tener en cuenta para calificar este tipo de reconocimientos. Aduce que efectivamente se evidencia un error puesto que en la historia laboral no aparecen esas cotizaciones efectuadas demás y que se indicaron en los actos administrativos, de ahí que se deba tener en cuenta dicho documento y no los mencionados actos, luego no se le pudo obligar a la entidad a tener en cuenta unas cotizaciones que no se hicieron y en caso de tener en cuenta esas resoluciones, se debe analizar la compatibilidad de la indemnización sustitutiva con la pensión, dado que esas cotizaciones no se pueden tener en cuenta para el conteo del reconocimiento pensional.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si a la demandante le asiste derecho a la pensión de sobrevivientes a causa el fallecimiento de su cónyuge JORGE SÁNCHEZ CASTRO, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Pensión de sobrevivientes

Sobre el tema, es menester precisar que viene sentado por la Corte Suprema de Justicia, que es la fecha de fallecimiento la que determina la norma aplicable al caso, siendo ésta el 21 de octubre de 1996 (fl. 11) por lo que al que al ser una pensión de sobrevivientes, ya que se trata de la muerte del afiliado, se debe estudiar si este dejó causada la prestación a los posibles beneficiarios, al tenor de lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, en la medida que para esa data no había entrado en vigencia la modificación de la ley 797 de 2003, la cual exige para acceder a la prestación, que el afiliado hubiere efectuado aportes durante por lo

menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

Al constatar si se acreditan tales requisitos, se tiene que según el reporte de semanas cotizadas allegado por la demandada (fl. 50), el señor Sánchez Castro Norma cotizó 228.14 semanas de las cuales, ninguna se cotizó en el año inmediatamente anterior al deceso.

De otro lado, se aportó por la parte actora copia de la Resolución 000117 del 28 de enero de 1998 (fl. 13), liquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes (fl. 14) y reporte de semanas tradicionales del causante (fl. 16), donde se indica que cotizó 494 semanas, ninguna de ellas dentro del referido año.

De donde se colige, que no se dan los presupuestos enunciados en la norma en cita para acceder a la pensión deprecada.

No obstante, en lo que tiene que ver con la condición más beneficiosa, la Corte Constitucional en la Sentencia SU 442 de 2016, analizó el caso de una pensión de invalidez en la que dio aplicación a dicho principio, el cual, también es dable en tratándose de pensiones de sobrevivientes como el presente asunto.

Así, dicha Corporación al analizar este principio, señaló:

“La Corte determinó que por haber reunido más de 300 semanas antes de entrar en vigencia el sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, momento para el cual su situación estaba gobernada por el Decreto 758 de 1990, se forjó entonces para el accionante una expectativa legítima de que, en lo pertinente, este requisito le sería respetado. Si bien el legislador podía introducir ajustes o incluso reformas estructurales al sistema pensional, debía hacerlo en un marco de respeto por los derechos adquiridos y las expectativas legítimas”

(..)

“La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional han señalado como fundamentos centrales de la condición más beneficiosa esencialmente los siguientes: (i) La

seguridad social, la Constitución garantiza a todos los habitantes “el derecho irrenunciable a la seguridad social” (CP art 48). Por ser un derecho expresamente estatuido en la Carta, debe ser interpretado de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia; (ii) La protección de las personas que por sus condiciones de salud se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Cuando la condición más beneficiosa, se aplica a las solicitudes de pensión de invalidez, concurre además un grupo de principios constitucionales que protegen a las personas que –por ejemplo debido a su salud- están en circunstancias de debilidad manifiesta. La Constitución consagra el derecho de todas las personas que “se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” a ser protegidas “especialmente” con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad “real y efectiva”; (iii) La confianza legítima. Aunque el riesgo que activa el acceso a la pensión de invalidez tiene por principio un carácter futuro, incierto e imprevisible, no por eso se pierde en este contexto el derecho a la protección de la confianza legítima. Quien ha reunido la densidad de semanas de cotización para pensionarse por invalidez en vigencia de un régimen, aun cuando no haya perdido aún la capacidad laboral en el grado exigido por la Ley, se forja la expectativa legítima consistente en la posibilidad de pensionarse en caso de que sobrevenga la ocurrencia del riesgo; (iv) La condición más beneficiosa. Una vez una persona contrae una expectativa legítima en vigencia de un esquema normativo alcanza entonces un derecho a que le sea protegida. Este derecho es además de raigambre constitucional, y por serlo ampara a la persona frente a una pérdida de su fuerza de trabajo o capacidad laboral. En tal virtud, le es aplicable la protección específica de la Constitución. (subrayado fuera del texto original).

Se puede caracterizar el principio de la condición más beneficiosa en pensiones de invalidez como un derecho constitucional, en virtud del cual una solicitud de reconocimiento pensional puede examinarse conforme a la condición más beneficiosa prevista en normas anteriores a la vigente al estructurarse una pérdida de 50% o más de capacidad laboral, en la medida en que la persona se haya forjado una expectativa legítima en vigencia de la normatividad anterior, y en que la reforma de esta última no se haya acompañado de un régimen de transición constitucionalmente aceptable. En la jurisprudencia se ha aplicado precisamente a la pensión de invalidez tras observar que la sucesión de regímenes y normas aplicables al aseguramiento de este riesgo ha estado desprovista de esquemas para la transición que protejan las expectativas legítimas”

Bajo ese entendido, es dable en aplicación al principio de la condición más beneficiosa, analizar si la demandante, tiene derecho a la pensión de sobrevivientes bajo los parámetros de la normatividad anterior, esto es, del Acuerdo 049 de 190, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual exige acreditar 150 semanas cotizadas dentro de los 6 años anteriores al deceso o 300 semanas en cualquier tiempo previo a la muerte del afiliado.

Al verificar tales presupuestos, como se indicó en apartes anteriores, existe una disparidad entre las semanas reportadas por COLPENSIONES en la historia laboral que aporta con la contestación de la demanda (fl. 50 – 228.14 semanas) y las que certificó en su momento el ISS en los documentos de folios 13 a 16 que datan de 494 semanas y sobre las cuales le otorgó la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes a la actora.

Sobre ese aspecto, debe precisar la Sala que si bien el apoderado de la entidad señala en el recurso de alzada que existió un error por parte del Instituto al certificar ese número de semanas y que por ello no se ven reflejadas en la historia laboral, lo cierto es que tal afirmación no sirve de excusa para que de manera abrupta y sin explicación alguna, la entidad modificara las semanas sobre las cuales el ISS le otorgó la indemnización sustitutiva a la actora, pues dicho acto administrativo se encuentra en firme; luego si la entidad evidenció que existió un error y que la prestación está mal concedida, debió acudir a las acciones que el CPACA le brinda para revocar sus propios actos, empero, durante más de 20 años guardó silencio, de ahí que no sea dable que alegue su propia culpa en beneficio, cuando tuvo la oportunidad de enmendar el error que aduce existe en las semanas el cual, sea de paso indicar, no explica de manera clara y concisa en que consistió el mismo, en tanto no resulta plausible que aduzca la existencia de un error cuando no prueba de donde proviene el mismo.

De suerte, que en virtud del principio de la confianza legítima y los derechos adquiridos, se tendrá como semanas efectivamente cotizadas por el causante, las certificadas en su momento por el ISS en la Resolución 000117 del 28 de enero de 1998, que guardan relación con el reporte de semanas tradicionales y sobre las cuales le otorgó la indemnización sustitutiva a la demandante y que datan de 494 semanas.

En claro lo anterior, se evidencia que el señor Sánchez Castró cotizó a 1º de abril de 1994, es decir, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, 494 semanas; tiempo que le permite acceder a la prestación en los

términos del Decreto 758 de 1990, en la medida que acreditó más de 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo previo al fallecimiento.

Ahora si bien el instituto le otorgó a la demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, ello no le impide el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en la medida que ambas prestaciones no resultan incompatibles siempre se ordene el descuento de lo pagado por dicho concepto, pues la incompatibilidad deviene en caso que ambas prestaciones se paguen sin efectuar el respectivo descuento, pues se estarían otorgando dos prestaciones por la misma causa, esto es, una indemnización y pensión liquidadas con base en las mismas semanas, las cuales solo pueden utilizarse para financiar una de las dos prestaciones.

Es así, que dada la excepción de compensación propuesta por COLPENSIONES, es por lo que tal y como lo indicó el a quo, se ordenará que del retroactivo que se genere, descuento lo pagado a la accionante por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, según la Resolución 000117 del 28 de enero de 1998 (fl. 13).

En cuanto al monto de la prestación está corresponderá al salario mínimo legal mensual vigente, al cual se cancelará sobre 14 mesadas al año, en la medida que la prestación se causó el 21 de octubre de 1996, es decir, antes de la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005.

Prescripción

Al respecto, se tiene que la pensión se causó el 21 de octubre de 1996 (fl. 11), la misma le fue negada a la accionante el 28 de enero de 1998 (fl. 13) y la demanda la presentó el 14 de diciembre de 2017 (fl. 23), sobrepasando el término trienal de que trata el artículo 151 del CPL, de ahí que se encuentren prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 14 de diciembre de 2014.

Intereses moratorios

De plano, observa la sala que los mismos no están llamados a prosperar, toda vez que no debe olvidarse que el derecho pensional reconocido tiene origen en el principio de la condición más beneficiosa, pues efectuado el análisis de la pensión bajo la óptica de la normatividad legalmente aplicable; en principio la demandante no resultaría beneficiada con el derecho a la prestación económica reclamada; tal y como lo observó el ISS en tanto no cumplía los requisitos para acceder a esta; sin embargo, en virtud del mencionado principio y por razones de proporcionalidad y justicia le ha sido reconocido el derecho, aun sin cumplir estrictamente los requisitos dispuestos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

No obstante lo anterior, dada la pérdida del poder adquisitivo de la moneda se ordenará la indexación de las mesadas que se generen por concepto de retroactivo, para lo cual COLPENSIONES utilizará la fórmula dispuesta para ello por la Corte Suprema de Justicia, para lo cual tomará como IPC INICIAL en de la anualidad anterior al de la causación de cada mesada pensional y como IPC FINAL, el de la anualidad anterior a la fecha de pago.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia y se **ADICIONARÁ** en lo que tiene que ver con la indexación de las mesadas adeudadas.

COSTAS

Sería del caso condenar en costas a las partes, no obstante las mismas se dan por compensadas, dada la improsperidad de los recursos interpuestos.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

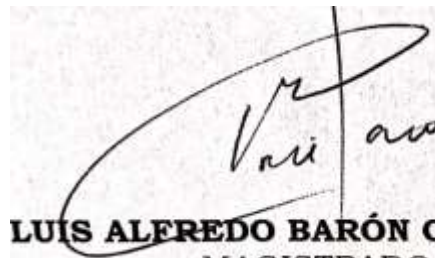
PRIMERO: ADICIONAR de la sentencia apelada, en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** cancele de manera indexada las mesadas

que se generen por concepto de retroactivo, con base en la fórmula expuesta en la parte motiva de esta providencia.

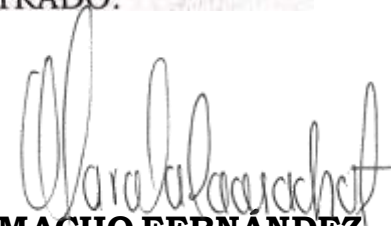
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído impugnado.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE RICARDO RINCÓN PÁEZ contra
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **RICARDO RINCÓN PÁEZ**, se **declare** que existió un contrato de trabajo con PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS, quien no realizó los aportes a pensión del 23 de enero de 1989 al 2 de diciembre de 1992. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a COLPENSIONES a realizar el cálculo actuarial de las cotizaciones no realizadas a pensión en el periodo en comento y a PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS a que una vez efectuado el cálculo, pague a COLPENSIONES el valor del mismo, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas de proceso (fl. 3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 3), señaló que existió un contrato de trabajo con PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS el cual inició el 23 de enero de 1989, desempeñando el cargo de destajero,

cuyas funciones desempeñó en la plantación de cultivo de palma africana ubicada en el corregimiento del Pedral – Santander. Finalmente, sostiene que la accionada lo afilió a pensiones el 3 de diciembre de 1992 y que el contrato culminó el 15 de marzo de 2001.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 32 a 40), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta el contenido en el numeral 5° y no le constan los demás. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación y no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

A su turno, **PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS** se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 52 a 55). Respecto a los hechos, niega los contenidos en los numerales 2 y 5 y acepta los demás. Como excepciones de mérito, presentó las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, doctrina probable, buena fe y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 5 de marzo de 2019 (CD – fl. 165), **declaró** que entre el demandante y PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 23 de enero de 1989 y el 15 de marzo de 2015 y que dicha empresa está obligada a pagar los periodos laborados por el actor del 23 de enero de 1989 al 2 de diciembre de 1992, no cotizados al sistema de seguridad social en pensiones de acuerdo al cálculo actuarial efectuado pro COLPENSIONES, **condenó** a PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS a consignar con destino a COLPENSIONES el valor del cálculo actuarial correspondientes a los periodos no cotizados a pensión

desde el 23 de enero de 1989 al 2 de diciembre de 1992, el cual a 31 de diciembre de 2018, asciende a \$51.720.54, por cuanto la entidad de seguridad social deberá realizar el cálculo actuarial a la fecha en que se efectúe el pago de los aportes adeudados, **condenó** a COLPENSIONES a recibir el valor del cálculo que debe pagar la empresa y tener como cotizados por parte del accionante los ciclos en comento, **declaró** no probadas las excepciones propuestas y **condenó** en costas a PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS, fijando como agencias en derecho la suma de cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago.

Fundamentó su decisión, indicando que según lo expuesto por la demandada, la afiliación del demandante al sistema de pensiones se hizo solo a partir del 3 de diciembre de 1992, como quiera que el ISS empezó a funcionar en el municipio de Puerto Wilches – Santander el 1° de diciembre de 1992. Refiere que de acuerdo a lo normado en el artículo 72 de la ley 90 de 1946 y lo dispuesto sobre el tema por la Corte Suprema de Justicia, era obligación de los empleadores responder por los seguros de IVM de sus trabajadores y a partir de la cobertura del ISS la afiliación de aquellos a dicho régimen, de ahí que la demandada no pueda escudarse en el hecho que el instituto solo entró en funcionamiento en el municipio al cual prestaba sus servicios el actor hasta el año 1992, pues por cualquier medio era su obligación el pago de dicho riesgo y la afiliación del trabajador cuando el ISS tuvo cobertura en esa zona independientemente del lugar de la prestación del servicio como lo ha expuesto la Corte. Señala que como la accionada antes de la cobertura del instituto tenía a su cargo la cobertura de dichos riesgos, es responsable del pago de las cotizaciones por los tiempos en que efectivamente laboró el demandante entre el 23 de enero de 1989 y el 2 de diciembre de 1992 y en la medida que dentro del trámite del proceso se le ordenó a COLPENSIONES la elaboración del correspondiente cálculo actuarial, debe condenarse a PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS a pagar el valor de dicho cálculo, a lo que la entidad de seguridad social deberá actualizarlo a la fecha en que se efectúe el pago de los aportes adeudados. Finalmente, sobre la excepción de prescripción, aduce que esta no prospera como quiera que los aportes a pensión son irrenunciables y por ende, imprescriptibles.

APELACIÓN

PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS interpuso recurso de **apelación**, manifestando que no está obligada a reconocer y pagara el valor del cálculo actuarial, pues en su momento desde la vigencia del contrato y hasta diciembre de 1992 no estuvo obligada a afiliar forzosamente al trabajador para el cubrimiento de los riesgos de IVM a través del ISS, toda vez que para ese momento la entidad no tenía cobertura y solamente la tuvo en el municipio de Puerto Wilches en el mencionado año y efectivamente en cumplimiento de esa obligación legal lo hizo y mantuvo vigente, como así lo indica la Corte en su doctrina probable cuando señaló que no había obligación de afiliar a los trabajadores cuando no había cobertura del instituto en el municipio en el cual se prestaba el servicio.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si la accionada **PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS** está obligada a pagar a **COLPENSIONES** el cálculo actuarial elaborado por este, por la no afiliación del demandante a los riesgos de IVM en el periodo comprendido entre el 23 de enero de 1989 y el de diciembre de 1992 cuando no existía cobertura del ISS en la vereda el Pedral del el Municipio de Puerto Wilches – Santander donde prestó los servicios el actor.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que existió entre el señor **RICARDO RINCÓN PÁEZ**, lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y que es corroborado con la documental de folios 6 y 56 a 58 de donde se colige que el actor fungió como destajero en dicha empresa, del 23 de enero de 1989 al 15 de marzo de 2001.

Tampoco se discute el hecho que el accionante prestó sus servicios en la vereda el Pedral del Municipio de Puerto Wilches – Santander siendo

afiliado al ISS por su empleador el 3 de diciembre de 1992 (fls. 48 a 80), habida cuenta que en la localidad en comento la entidad de seguridad social inició su cobertura desde el 1° de diciembre de 1992 conforme se infiere de la certificación expedida por el Instituto que milita a folio 59 del plenario.

Cálculo actuarial

Al respecto se tiene que con el Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año concretamente en su artículo 1°, se estableció la obligatoriedad de afiliación al régimen de los seguros sociales obligatorios a los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo y a los que presten sus servicios en empresas del sector oficial siempre que no estuvieran exceptuados por disposición legal. Obligación ésta que no fue inmediata por cuanto se hizo de manera paulatina a medida que el ISS extendiera su cobertura en el territorio nacional, por lo que en principio podría decirse que los tiempos laborados en los municipios donde no existía cobertura del ISS no son computables para una pensión del sistema general de pensiones por cuanto no se tenía establecida una afiliación forzosa sin que pudiera predicarse una omisión imputable al empleador.

No obstante, el artículo 72 de la ley 90 de 1946 dispuso la obligación de los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para efectuar los aportes al Instituto en los casos en que éste asumiera dicha obligación, lo cual se refuerza con lo dicho por la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia 41745 del 16 de julio de 2014 reiterada en proveído del 15 de marzo de 2017 radicado 47532, ésta última en la que indicó:

“Sin embargo, en el 2014, la corporación fijó un criterio mayoritario a partir de las sentencias CSJ SL9856-2014 y SL 17300-2014 y, así, abandonó antiguas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador en cuanto entendía que no incurría en omisión de afiliación de sus trabajadores y pago de cotizaciones para cubrir el riesgo de vejez, en aquellas regiones del país en las que no había cobertura del ISS.”

“Desde entonces, bajo la orientación de los principios constitucionales que propenden por la protección del ser humano que al cabo de años de trabajo se retira del servicio sin la posibilidad de obtener el reconocimiento de la

prestación pensional, por causas ajenas a su voluntad y a las del empleador, y en el entendido que el derecho a la seguridad social es fundamental, irrenunciable e inalienable, la Sala por mayoría estimó viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados, por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en algunos lugares de la geografía nacional, fueran calculados a través de títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador completara la densidad de cotizaciones exigida por la ley.”

“Bajo esos derroteros, en la sentencia CSJ SL 9856-2014, luego reiterada en otras, la Sala definió: (i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones, (ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, (iii) y que la manera de concretar ese gravamen, en casos «(..) en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar (..) que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social».”

Conforme a ello, es claro que así la afiliación de los trabajadores que laboraban en este caso en el Municipio de Puerto Wilches – Santander haya sido obligatoria desde el 1° de diciembre de 1992, los empleadores estaban en la obligación de hacer partidas de capital para sufragar los aportes en pensión del personal a su cargo y con ello garantizar el derecho a la seguridad social de los mismos, como así lo ordenó el artículo 72 de la ley 90 de 1946 en comentario.

En ese orden de ideas se tiene que como se indicó en precedencia, el accionante laboró al servicio de la demandada PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS desde el 23 de enero de 1989 hasta el 15 de marzo de 2001 siendo afiliado al ISS el 3 de diciembre de 1992; luego en el periodo en que la empresa no efectuó cotización alguna esto es, desde el inicio de la relación laboral hasta el 2 de diciembre de 1992 bajo el entendido que no estaba en la obligación a hacerlo, es evidente que debe responder por ese lapso en que la prestación por vejez estuvo a su cargo, conforme lo indicó la Corte en la sentencia en cita, de ahí que, como lo indicó el operador de primer grado, cancelar el respectivo cálculo actuarial que para el efecto realizó COLPENSIONES por las cotizaciones que no se hicieron durante ese tiempo (fls. 153 a 157); entidad esta última que está en la obligación de actualizarlo al momento en que se efectúe el pago.

De otro lado, en cuanto a la apreciación hecha por el apelante respecto a que existen pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en los que dicha Corporación los exonera del pago de tales aportes, es del caso indicar que los criterios a que hace referencia datan de fechas anteriores a la jurisprudencia que aquí se cita al punto, que en el aparte expuesto en precedencia, la Corte claramente indica que desde el año 2014 abandonó tales posturas.

En cuanto a COLPENSIONES, dado el grado jurisdiccional de consulta que le asiste, es claro que está obligada a elaborar el cálculo actuarial y por ende, recibir los dineros producto del mismo, además de actualizar la historia laboral del demandante con tales aportes, en la medida que con estos se financiaran las prestaciones a su cargo.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que el pago de aportes a pensión persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS

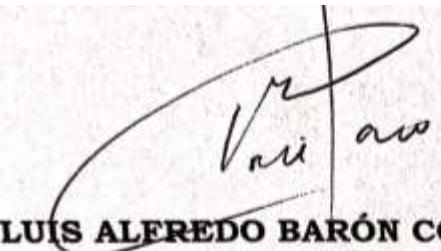
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

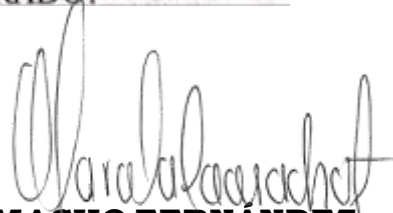
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

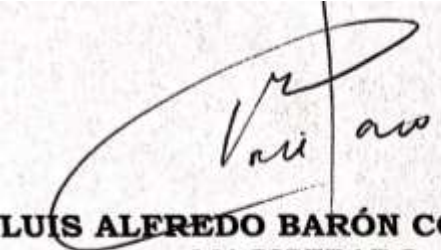


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS, la suma de \$900.000 pesos.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA NANCY CHACÓN MOSQUERA contra SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MARÍA NANCY CHACÓN MOSQUERA**, se **declare** la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **ordene** el traslado de los aportes realizados en el RAIS al de prima media con prestación definida, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fl. 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 4 y 5), señaló que nació el 28 de febrero de 1960 y cotizó en el ISS en el periodo comprendido entre el 17 de enero de 1978 y el 11 de enero de 1999. Expone que el 1° de febrero de 1999 se trasladó al RAIS a través de la AFP PORVENIR, donde se encuentra cotizando en la actualidad, acreditando a la fecha 1.789

semanas. Refiere que al momento del traslado no se le brindó información completa, integral y veraz sobre las consecuencias de su decisión, máxime si estaba obligada a hacerlo. Afirma que el 9 de octubre de 2017 radicó derecho de petición ante la AFP PORVENIR solicitando copia del formulario de afiliación, de las variables a tener en cuenta para determinar el valor de la mesada pensional y una proyección del valor que le correspondería en ambos regímenes. Indica que en la respuesta dada por el fondo, este señala que el valor de la mesada pensional en el RAIS a la edad de 57 años sería de \$902.000, mientras que en el régimen de prima media sería de \$2.533.700. Menciona que solicitó a la AFP copia de los documentos donde se evidencie la información brindada, a lo que ésta le manifestó que la información fue verbal y a su vez niega la solicitud. Finalmente, aduce que solicitó la nulidad del traslado a COLPENSIONES la cual fue negada por esta.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 59 a 64), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 y 18 a 21 y no le constan los demás. Propuso como excepciones de fondo las del error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos y buena fe.

A su turno, **PORVENIR** se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 67 a 73). Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 3, 8 a 10 y 14 a 16 y niega y no le constan los demás. Como excepciones de mérito, presentó las de falta de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 19 de febrero de 2019 (CD – fl. 141), **declaró** la nulidad del traslado de la demandante del régimen de prima media al RAIS administrado por PORVENIR, **condenó** a PORVENIR a transferir a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la accionante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, junto con los rendimientos financieros que se hubieren causado, **condenó** a COLPENSIONES a admitir el traslado de la actora y a tenerla válidamente afiliada al régimen y a aceptar los valores que reciba de PORVENIR, **declaró** no probadas las excepciones propuestas y **condenó** en costas a PORVENIR fijando como agencias en derecho la suma de \$400.000, sin costas para COLPENSIONES.

Fundamentó su decisión, indicando que las administradoras de fondos de pensiones tienen la obligación que comprende no solo informar los beneficios al régimen que se pretende trasladar, sino las diferencias en cuenta al monto de la mesada y cotizaciones que se pueden presentar que se pueden presentar entre ambos regímenes a efectos de establecer la conveniencia o no de esa decisión para así, determinar si hubo o no una aceptación libre y voluntaria de la respectiva afiliación, pues la falta de ello podría atentar en contra del derecho a la seguridad social de los afiliados, como así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia y es por ello, que se invierte la carga de la prueba la cual queda a cargo de la respectiva entidad. Jurisprudencia que ha sido aplicada a casos en los que el afiliado tenía un derecho adquirido o eran beneficiarios del régimen de transición y sobre este último aspecto, señaló que dicha Corporación dispuso que la falta de información también aplica para quienes no son beneficiarios de dicho régimen, a lo que él considera que también debe aplicarse en el evento que el asegurado tenga un número de semanas considerables al momento del traslado. Sostiene que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, en tanto a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 34 años y 747 semanas. Aduce que para la fecha del traslado la accionante contaba con 996 semanas, es decir, estaba a portas de completar la densidad de semanas exigidas para acceder a la pensión de vejez, en la medida que le faltaban solo 4, luego tenía una expectativa legítima. Menciona que del

formulario de afiliación no se evidencia que la accionada haya cumplido con el deber de información, teniendo en cuenta en este caso particular, las escasas semanas que le hacían falta a la actora para acceder a la pensión de vejez, independiente que aún le faltaran años para cumplir la edad, pues tenía una expectativa legítima, de ahí que se denote la falta de diligencia del asesor y por ende, la falta de información, lo que da lugar a la prosperidad de las pretensiones al presentarse un vicio en el consentimiento por error en el objeto.

CONSULTA

COLPENSIONES no interpuso recurso de apelación, por ende la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si en virtud de la nulidad del traslado que efectuó la demandante a la AFP PORVENIR en enero de 1999 declarada por el a quo en la sentencia de primera instancia y sobre la cual, sea de paso advertir, no se presentó reparo alguno por las partes; COLPENSIONES está obligada a aceptar el traslado de la actora y a recibir el monto por concepto de los dineros que obran en la cuenta de la demandante, al igual que se analizará la excepción de prescripción propuesta por el ente de seguridad social.

Consecuencias de la nulidad del traslado de régimen

En lo que respecta a COLPENSIONES dado el grado jurisdiccional de consulta que le asiste, es claro para la Sala que la aludida ineficacia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre

de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, ésta última en la que indicó:

“Esta declaración trae como consecuencia su regreso automático al régimen de prima media administrado por el I.S.S., habida cuenta de tratarse de un afiliado que desde antes del traslado de régimen había cumplido con requisitos mínimos para acceder a un derecho pensional.

Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.

La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración a partir de la fecha de notificación de esta sentencia; de esta manera la nulidad de la vinculación acarrea la del acto de reconocimiento del derecho pensional que el primero venía disfrutando, y así por tanto la Administradora queda relevada de toda obligación de pago futuro por mesadas pensionales.”

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado como lo indicó el a quo, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual rendimientos y demás rubros que integran la cuenta de ahorro individual de la demandante con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

No obstante, se hace necesario MODIFICAR, el ordinal segundo del proveído objeto de consulta, en el sentido de ordenar a PORVENIR el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, los rubros expuestos en precedencia, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita,

pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte del ente de seguridad social.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** la sentencia objeto de consulta, en la forma antes anotada.

COSTAS

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

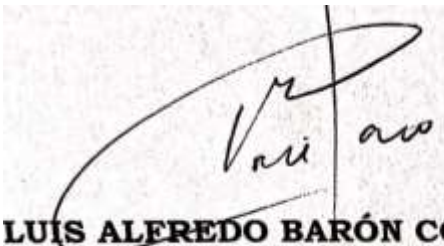
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia consultada, en el sentido de **ORDENAR** a PORVENIR el traslado a COLPENSIONES, de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído objeto de consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NOHEMY STELLA CALLE SUÁREZ
contra DROGUERÍAS Y FARMACIAS CRUZ VERDE SAS**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **NOHEMY STELLA CALLE SUÁREZ**, se **declare** que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 8 de julio de 2005 y el 19 de diciembre de 2016, el cual terminó de manera unilateral y sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a la demandada a pago de las horas extras de los meses de noviembre y diciembre de 2016, junto con el reajuste de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones y aportes a pensión incluyendo las horas extras laboradas y no canceladas, además de la indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso (fls. 5 y 6).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 y 4), señaló que fue contratada por la demandada el 8 de julio de 2005 para desempeñar el cargo de auxiliar de droguería y farmacia junior. Refiere que el 5 de diciembre de

2016 el señor MARCELO DALMAZZO PEILLARD al parecer funcionario de la embajada de Chile en Colombia, presentó una queja ante el gerente de la sociedad, en la que manifiesta que el 11 de noviembre de 2016 a las 19:40 se presentó en el punto de la calle 100 y no fue atendido, razón por la cual se retiró a efectuar una compra aproximada de \$400.000, al igual que relata varias deficiencias en el servicio de atención al cliente. Sostiene que el 12 de diciembre de 2016 fue citada a las administrativas de la accionada con el fin de rendir descargos por un presunto incumplimiento del protocolo ocurrido el día en que se presentó la queja, a lo que ella manifestó que efectivamente se presentaron algunas anomalías porque no tienen los recursos suficientes y que no conoce a la al funcionario de la embajada y que a los chilenos que han ido a la droguería los ha atendido sin ningún inconveniente. Indica que en la queja no se determina con precisión cual fue el empleado que no atendió al cliente, máxime si todos tiene en su pecho la identificación respectiva, sumado a que no se aportaron videos o pruebas a fin de establecer alguna omisión en sus funciones. Aduce que el 19 de diciembre de 2016 le fue notificada la decisión de la empresa de dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, sustentado en la queja presentada el 12 de noviembre de 2016, al considerar que se trataba de una falta grave. Finalmente, menciona que no le cancelaron las horas extras de los meses de noviembre y diciembre de 2016 y que se encuentran registradas en la correspondiente malla de servicios de la sociedad demandada.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

DROGUERÍAS Y FARMACIAS CRUZ VERDE SAS contestó la demanda (fls. 93 a 113), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 y 2 y niega y no le constan los demás. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 18 de enero de 2019 (CD – fl. 259), **declaró** que entre las partes existió

un contrato de trabajo a término indefinido entre el 8 de julio de 2005 y el 19 de diciembre de 2016, **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas a la accionante, fijando como agencias en derecho la suma de \$100.000.

Fundamentó su decisión, indicando que se encuentra probado que sí se radicó una queja por parte del señor MARCELO DALMAZZO el 5 de diciembre de 2016, por la falta de atención de la que fue objeto el 12 de noviembre de 2016; por lo que al revisar las pruebas aportadas y recaudadas, señala que se aportó una relación de turnos del mes de noviembre, en la que aparece que la demandante para los días 8 a 12 de noviembre de 2016, tuvo el turno 3 que va de 1 a 9 pm, al igual que solo había dos mujeres en ese turno unas de las cuales era la accionante, quien en la diligencia de descargos afirmó que no recuerda que haya sucedido ese percance con el cliente. Refiere que si bien los testigos JOSÉ CASTRO, DELIO PAREDES y FELIX RIVERA no fueron tachados de falsos, al analizar su dicho mienten, toda vez que el primero de ellos afirma que para la fecha de los hechos la demandante no se encontraba en turno, pues el que tenía era de 6 am a 2 pm, a lo que el testigo DELIO PAREDES señala que la accionante no estaba de turno y FELIX RIVERA además de coincidir con lo mismo, expreso que el 11 de noviembre de era viernes y la actora estaba en el turno de la mañana, cuando aquella tanto en la diligencia de descargos como en la demanda, acepta que sí estaba de turno ese día.

Expone que pretender que se desconozca la queja presentada por ese señor, no encuentra la razón para decir mentiras o si existía alguna enemistad profunda con la demandante, o porque circunstancia tendría que mentir, pues qué interés podría asistirle a una persona que conforme se dice aquí en los hechos de la demanda es un funcionario de la embajada, que se supone es una persona de honorabilidad y credibilidad; luego afirma no encuentra una explicación plausible y atendible para entrar a desconocer lo manifestado por el quejoso en el escrito que radica ante la entidad demandada. Menciona que los testigos trabajadores de la empresa y miembros del sindicato, alegan que no se cumplió el procedimiento para presentar la queja, pues no se hizo a través de atención al cliente sino directamente ante el gerente general, como tampoco se siguió el

procedimiento establecido en la convención colectiva de trabajo, a lo que sobre este último aspecto, menciona que la convención colectiva de trabajo se prueba de una manera solemne esto es, con la constancia de depósito y en este caso, sostiene que son los testigos quienes exponen ese reparo y no la demandante, como tampoco se aportó copia de la convención colectiva de trabajo no se afirma que al actora fuera miembro del sindicato.

Indica que al revisar el expediente dentro de los documentos que aporta la demandada, aparece un formato de descripción del cargo correspondiente a auxiliar de droguería, que es el cargo que desempeñaba la demandante y aparece igualmente a folio 244 un documento donde consta que la parte demandada dio a conocer a la accionante el manual de contratación y código de ética y conducta, documento que aparece firmado por Nohemí Calle el 5 de agosto de 2010, por lo que es claro que si conocía cuales eran sus funciones, dentro de las que se encuentra la de atención a clientes que implicaba también la venta o dispensación de medicamentos. Aduce que también se evidencia que no era la primera vez que la demandante incumplía con sus obligaciones contractuales, toda vez que se evidencian varias sanciones, una en la que se le impone un día de suspensión en agosto de 2008, otra por dos días el 15 de octubre de 2009, el 29 de junio de 2011 suspensión por un día, un llamado de atención el 12 de julio de 2013 y una suspensión el 13 de junio del año 2016, todas estas relacionadas con atención a usuarios, entrega defectuosa y mal manejo de medicamentos, por lo que afirma, no era la primera vez que la demandante incumplía con sus funciones contractuales, pues prueba de ello son los varios llamados y sanciones que se le impusieron con anterioridad, de ahí que el hecho imputado, esto es, la queja de un cliente realmente existió.

Argumenta que en el reglamento interno de trabajo dentro de las obligaciones que le incumben al trabajador se encuentra la atención a clientes, pacientes y usuarios y aplicar las políticas, normas y procedimientos establecidos por la empresa, luego la falta en el cumplimiento de las obligaciones está catalogada en el artículo 62 del CST como una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, al igual que en el reglamento interno de trabajo, encontrándose proada la justa causa alegada por la demandada para dar por terminado el contrato de trabajo.

Sobre las horas extras, indica que no se probó que la accionante laborara más allá de jornada ordinaria, a lo que el apoderado de la accionante manifiesta que el reparo se centra en que el trabajo dominical se liquidó con recargo y no como horas extras, por lo que en este caso debe tenerse en cuenta que si un trabajador laboral el día domingo más de 8 horas, lo que excedan de estas son extras y las demás se pagan con recargo nocturno, como lo establece la ley 50 de 1990, sin que se haya demostrado que la accionante haya laborado horas diferentes a las que le fueron canceladas; de ahí que al no causarse ninguna hora extra no hay lugar a su pago ni al reajuste de las prestaciones sociales.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que si hubo una queja, nunca se negó la existencia de la misma, como tampoco que no haya laborado el 11 y 12 de noviembre de 2016. Refiere que no se probó que el señor Marcelo Dalmazzo haya asistido al punto de la calle 100 a hacer una compra, sin que el hecho de ser un diplomático se le tenga que dar credibilidad, pues la demandada no probó que el citado señor haya ido al punto y que en realidad no se le haya atendido, como tampoco que iba a efectuar una compra por \$400.00, sin que se probara el perjuicio, en tanto días después fue e hizo otra compra, sumado a que en la queja no denuncia a la persona que no lo atendió, al igual que hace alusión a que una de las empleadas grito fuerte tres veces el nombre de la otra al punto que lo molestó, pero tampoco hace alusión al nombre de la persona que estaban llamando y si era fuerte, pues debió escuchar con claridad, además las personas son identificables en tanto portan un carne. Expone que porque en la diligencia de descargos no se descubrieron los cd de las grabaciones que estaban en el departamento técnico quien dijo que no se había presentado ninguna anomalía, luego era una prueba válida para establecer al presencia del señor en el lugar de los hechos, la hora y que persona fue la que no cumplió con sus funciones era una prueba brillante, primero para el señor Dalmazzo el lugar de los hechos, segundo saber la hora y tercero saber cuál era la persona que no cumplió con sus funciones, porque si otra persona está adentro en la estantería por la parte de atrás, puede estar

cumpliendo las funciones como las que ella tenía en el sentido de estar organizando, revisando fechas de vencimiento, de ahí que no se pueda decir que la persona que está en esa parte no está cumpliendo con sus funciones, al igual que no se demostró que la persona que estuviera atendido el mostrador ese día sea ella. Menciona que en la carta de despido nada se dijo respecto a que las sanciones disciplinarias impuestas anteriormente haya servicio para inclinar la balanza en su contra.

Finalmente, con relación a las horas extras, se probó que en el punto de la calle 100 se laboraba de lunes a sábado 8 horas y adicional el domingo de 8 a 6, es decir, se trabajaba de domingo a domingo; luego el recargo existe cuando el trabajador cualquier día de la semana descansa, pero si además de laborar de lunes a viernes y también el domingo sin día de descanso, se debe pagar como hora extra.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si la terminación del contrato de trabajo de la demandante devino sin justa causa y en caso afirmativo, establecer si hay lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa, como también se analizará los relativo a las horas extras que alega laboró en noviembre y diciembre de 2016 y que no le fueron canceladas por la accionada.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que existió entre las partes, lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y que es corroborado con la documental de folios 114 a 119 y 213 a 226, de donde se colige que la señora NOHEMY STELLA CALLE SUÁREZ laboró al servicio de DRIGUERÍAS Y FARMACIAS CRUZ VERDE SAS del 8 de julio de 2005 al 19 de diciembre de 2016, desempeñando el cargo de auxiliar de droguería y farmacia junior, con una asignación básica de \$1.202.000.

Terminación del contrato de trabajo

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP y lo dicho al respecto por la Corte Suprema de Justicia, corresponde al trabajador probar el despido y al empleador la justa causa para darlo por terminado y en tratándose de renuncia del trabajador por causa imputable al empleador, corresponde aquel demostrar las causas que motivaron su desvinculación.

Así mismo, el parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 ambos del CST, establecen que la parte que termina el contrato de trabajo debe manifestar a la otra al momento de la extinción del vínculo, la causal o motivo de esa determinación, sin que con posterioridad puedan alegarse motivos o causales distintas.

En efecto, a folios 203 y 204 aparece comunicación del 19 de diciembre de 2016, mediante la cual la demandada le informa a la accionante la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, aduciendo como justas causas, el incumplimiento en las funciones y obligaciones adquiridas con la empresa, así como el protocolo de atención evidenciado en varias ocasiones en la droguería calle 100 frente al servicio prestado al usuario MARCELO DALMAZZO PEILLARD funcionario de la embajada de Chile en Colombia, quien mediante queja formal presentada en la Gerencia General relata su inconformidad, respecto a que el 12 de noviembre de 2011 a las 19:40 horas al presentarse en la droguería a fin de efectuar una compra de aproximadamente \$400.000 siendo un usuario frecuente, presuntamente y luego de 7 minutos de espera, dos funcionarios en el mostrador no le prestaron la atención requerida, posterior y aun observando su retiro del establecimiento, ningún funcionario allí presente actuó de manera diligente, lo cual constituye un hecho grave por cuanto esas situaciones perjudican la imagen y confianza del usuario ante la calidad del servicio prestado.

Al respecto, la demandante en la diligencia de descargos llevada a cabo el 12 de diciembre de 2016 (fls. 194 a 202), señaló que ese día se encontraba de turno pero no recuerda que haya sucedido ese percance y que en el encabezado de la queja, el señor tiene razón en el sentido que con frecuencia se hagan filas y no se pueda atender con eficiencia

al usuario por falta de recursos como computadores ágiles y buenos, pues para una venta tiene que hacer nueve pasos y el sistema es muy lento, sumado a que tiene que hacer muchas funciones, a veces no llegan los medicamentos y atendido un usuario pueden tardar hasta 20 minutos. También adujo que no conoce al señor, al igual que desconoce que tal situación haya pasado mientras estuvo de turno y que cuando le preguntaron, ella sí dijo que había atendido a un chileno de la embajada cuya respuesta fue cortes, que esa atención fue en noviembre de 2016, pero no sabe si sea el mismo señor.

De otro lado, a folios 189 a 191 aparece copia de la queja presentada por el señor MARCELO DALMAZZO PEILLARD agregado cultural y de prensa de la embajada de Chile, quien manifestó que en varias ocasiones ha sido atendido sin amabilidad y con mucha demora en la farmacia de la calle 100, con frecuencia no cuentan con el inventario completo de los medicamentos que siempre compra y muchas veces la fila es larga porque algunos clientes llegan con muchos documentos que el persona debe diligenciar, lo que hace que el servicio no sea ágil y muchas personas se tengan que devolver, sumado a que vendedoras de no dominan el sistema lo que agrega un tiempo adicional. Expuso que el sábado 11 de noviembre de 2016 a las 19:40 fue a la droguería y acercó a la caja ya que era el único cliente y la funcionaria estaba concentrada con un documento que tenía, luego se levantan y junto a otro joven revisan un estante, regresa a la caja y no le dice nada, solo se limitó a gritar el nombre de otra señorita que deduce era para que lo atendiera, pues se encontraba en la parte posterior del local. Indica que tuvo que soportar que gritara tres veces el nombre de la persona que nunca apareció; situación que relata duro aproximadamente 7 minutos, sin que nadie le preguntara que quería, por lo que se retiró sin que la señorita le dijera algo. Manifiesta que el 2 de diciembre fue a recoger al mismo punto de venta un medicamento que le había quedado pendiente por un compra efectuada el 30 de noviembre, a lo que la señorita que lo atendió luego de efectuar varias búsquedas, le dijo que el medicamento no estaba y ante ello, solicitó la devolución de dinero, a lo que le contestó que no era posible, que el medicamento lo podía recoger al final de la tarde, pero él dijo que no porque lo necesitaba con urgencia e

insistió en la devolución del dinero, a lo que la señorita habló con un jefe o jefa y salió y le pidió la factura original y después de 38 minutos él le dijo que no recibiría el dinero y que elevaría la queja. Finalmente, expone que adjunta copia de la última factura, solicitando el reembolso del dinero junto con la factura original.

De lo anterior se colige, que la queja interpuesta por el señor MARCELO DALMAZZO PEILLAR, además de ser genérica, resulta incongruente y por ende, no se le puede endilgar algún tipo de responsabilidad a la demandante, como se pasa a exponer.

El quejoso relata un hecho acaecido el sábado 11 de noviembre de 2016, empero, revisado el calendario ese día corresponde al 12 del mismo mes y año, aunado a ello, relata situaciones relacionadas con la atención al público en general que tienen que ver con la demora en la atención y la falta de medicamentos, sin hacer mención a las fechas y personas que lo han atendido y en tratándose la situación endilgada a la actora, el citado señor expone que en el mostrador se encontraba una señorita y un joven, además de otra persona se encontraba en la parte posterior del establecimiento empero, revisada la disponibilidad de turnos para el mes de noviembre (fl. 192), se observa que las únicas personas que se encontraban de turno a esa hora además de la demandante, era DIANA CASTELLANOS, sin que en la diligencia de descargos ni en la carta de despido se hiciera alusión a esta empleada y al joven que dice el cliente se encontraba ahí, al punto que en el último de los referidos documentos se dice que quienes se encontraban de turno además de ella, era la auxiliar HEIDY JOHANA RONCANCIO quien fue la que supuestamente la llamó para que atendiera el cliente, sin embargo, en la relación de turnos, la aludida auxiliar había estado en el turno de la mañana de ese día; luego es claro que al momento del suceso no estaba ahí y por ende, no puso llamarla como lo manifiesta la accionada, a más, que tampoco refiere porque llegó a esa conclusión, cuando en la diligencia de descargos e incluso en el trámite del proceso, nada dijo al respecto y si en gracia de discusión se tuviera que estuvo allí, no se allegó un documento, declaración o cualquier otro elemento probatorio del que se

evidencie, que en efecto llamó a la actora y que esta no quiso atender su llamado y por ende, al cliente.

Aunado a ello, el señor DALMAZZO PEILLAR en su relato no especifica los nombres de las empleadas que no lo atendieron, cuando se supone que una de ellas gritó a viva voz el nombre de la otra, luego si el llamado fue de tal magnitud, resulta ilógico que el cliente no recuerde de quien se trataba, sumado a que también se habla de la falta de entrega de un medicamento y del reembolso del mismo, siendo esto último la pretensión del cliente y lo que motivo la queja, pues así lo expresó en la parte final de la misma.

Situaciones estas que no fueron analizadas por la demandada al momento de llamar a descargos a la actora y menos aún, cuando tomó la decisión de culminar el vínculo, lo que evidencia la falta de investigación de lo ocurrido, pues poseía los medios tecnológicos como cámaras de seguridad para verificar la realidad de los hechos, esto último, expuesto por el miembro de la organización sindical que acudió a la diligencia.

A más, que en la diligencia de descargos se le cita no solo por los hechos ocurridos el 11 de noviembre de 2016 que en realidad serian el 12, sino también por el impase de la no entrega del medicamento, cando previo a ello, no se verificó si el 2 de diciembre de 2016 ella estaba de turno, pues solo en la citada diligencia cuando ella lo manifestó, no se indagó más al respecto al punto que en la carta de despido no se hizo alusión a ello.

De suerte, que la decisión de la accionada de dar por terminado el contrato de trabajo estuvo basada en suposiciones, pues como se dijo, no verificó si en realidad la actora tuvo que ver con los hechos que se le endilgaban cuando tenía los medios para hacerlo, máxime si el quejoso no da nombres, indica fechas erradas y su inconformidad se centra más en la atención que ha recibido no solo ese día, sino en varias oportunidades que ha ido y de las cuales no se estableció si la actora fue quien lo atendió y por la falta de entrega de un medicamento y

reembolso del mismo; lo que denota el afán de la accionada no solo por quedar bien con el funcionario de la embajada de Chile, sino de cubrir sus deficiencias en la prestación del servicio, tales como equipos y falta de personal, que fueron expuestas también por la actora en la diligencia de descargos, al punto, que prefirió despedir a la trabajadora, cuando era evidente que no se acreditó su responsabilidad en los hechos que la empresa le endilgó y calificó como falta grave.

Así las cosas, como quiera que la accionada no demostró la existencia de una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo de la demandante, es por lo que se le condenará al pago de la indemnización por despido sin justa causa contemplada en el artículo 64 del CST, así:

Total tiempo laborado: 11 años, 5 meses y 12 días (8 de julio de 2005 a 19 de diciembre de 2016).

Salario básico: \$1.202.000

Primer año: 30 días de salario por la suma de \$1.202.000

Segundo a onceavo año: 20 días de salario en razón de \$801.333 cada uno

Fracción de año: 9 días de salario en razón de \$360.599

Total: \$9.575.929

Suma esta que deberá ser indexada al momento de su pago con base en la fórmula expuesta para ello por la Corte Suprema de Justicia, para lo cual deberá tener como IPC INICIAL el de diciembre de 2015 y como IPC FINAL el de la anualidad anterior ala data en que realice el pago.

Horas extras

Solicita la demandante el pago de las horas extras causadas en noviembre y diciembre de 2016, a lo que en los alegatos de conclusión y en el recurso de alzada, señaló que estas hacen alusión a los domingos laborados.

Sobre el tema, la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 45931 del 22 de junio de 2016, MP: GERARDO BOTERO ZULUAGA, señaló:

“Aquí, es importante recordar, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas. Lo anterior, brilla por su ausencia.”

Revisada la planilla o maya de turnos del mes de noviembre de 2016 obrante a folio 192, se evidencia que el único domingo que laboró fue el del 20 de noviembre, cuyo compensatorio se otorgó para el sábado 26, luego al haberse efectuado el respectivo compensatorio, es claro que el domingo no se tenía que pagar como horas extras sino el recargo al tenor de lo dispuesto en el artículo 179 del CST, lo cual canceló la accionada según se vislumbra en el comprobante de folio 225, sin que se denote que haya laborado algún otro domingo de ese mes.

Ahora en tratándose del mes de diciembre, no se allegó la planilla de turnos a fin de verificar si la accionante laboró algún domingo de ese mes, sin embargo, en la liquidación final de prestaciones sociales se le pagó la suma de \$57.967 por concepto de horas extras y recargos.

Siendo ello así, se evidencia que la carga de la prueba le asistía a la demandante, pues afirmar no es probar y era a esta a quien le correspondía demostrar los supuestos de hecho de las normas cuyos efectos jurídicos persigue; de ahí que tuviera la necesidad de probar que domingos laboró y si estos le fueron remunerados.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia apelada para en su lugar, **CONDENAR** a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

COSTAS

En ambas instancias a cargo de DROGUERÍAS Y FARMACIAS CRUZ VERDE SAS, de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

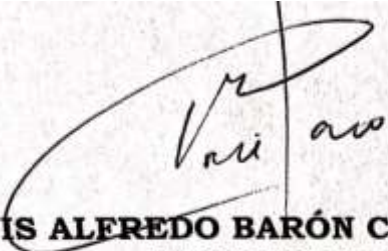
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, **CONDENAR** a DROGUERÍAS Y FARMACIAS CRUZ VERDE SAS a pagar a la demandante la suma de **\$9.575.929**, por concepto de indemnización por despido sin justa causa, la cual deberá ser indexada al momento de su pago con base en la fórmula expuesta en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



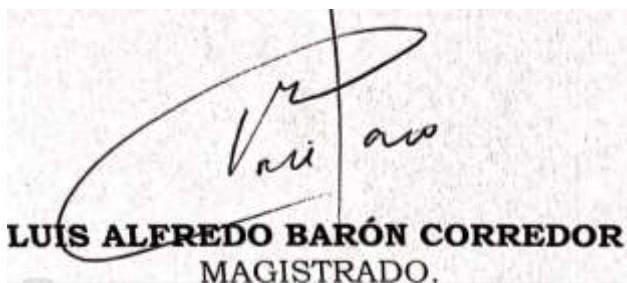
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de DROGUERÍAS Y FARMACIAS CRUZ VERDE SAS, la suma de \$900.000 pesos.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE EVER DAVID LÓPEZ VALLE contra SITTECK INGENIERIA LTDA EN LIQUIDACIÓN, EID ENGIENEERING INVESTIGATION AND DEVELOPMENT CONSTRUCTORES LTDA, HUAWEI TECHNOLOGIES CO LTD SUCURSAL COLOMBIA, COLOMBIA MOVIL S.A. ESP, MER INFRAESTRUCTURA COLOMBIA LTDA, COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A., OSCAR FABIAN NIETO PATARROYO, DEIVY JOHN GARZÓN CAICEDO, ROGELIO ERNESTO PÁEZ, GIOVANNY ENRIQUE OSORIO VALENCIA Y WILLIAM CRUZ

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **EVER DAVID LÓPEZ VALLE**, se **declare** que existió un contrato de trabajo a término indefinido con **SITTECK INGENIERIA LTDA EN LIQUIDACIÓN** del 12 de mayo de 2008 al 16 de febrero de 2009 y que entre dicha empresa y **EID ENGIENEERING INVESTIGATION AND DEVELOPMENT CONSTRUCTORES LTDA, HUAWEI TECHNOLOGIES CO LTD SUCURSAL COLOMBIA, COLOMBIA MOVIL S.A. ESP, MER INFRAESTRUCTURA COLOMBIA LTDA, COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A., OSCAR FABIAN NIETO PATARROYO, DEIVY JOHN GARZÓN CAICEDO, ROGELIO ERNESTO PÁEZ, GIOVANNY ENRIQUE OSORIO VALENCIA Y WILLIAM CRUZ** existe la solidaridad establecida en

el artículo 34 del CST. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene a SITTECK INGENIERIA LTDA EN LIQUIDACIÓN** y solidariamente a las demás accionadas al pago del salario de enero y febrero de 2009, viáticos y transporte de agosto de 2008 y febrero de 2009, indemnización por terminación del contrato, cesantías, prima de servicios, intereses a las cesantías, aportes a la seguridad social, indemnización moratoria, sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso (fls. 63 y 64).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 64 a 68), señaló que ingresó como trabajador al servicio de SITTECK INGENIERIA LTDA EN LIQUIDACIÓN el 12 de mayo de 2018 mediante contrato verbal de trabajo a término indefinido. Refiere que inicialmente suscribió un contrato de supuesta prestación de servicios el 12 de mayo de 2008 por el término de un mes. Sostiene que prestó sus servicios hasta el 16 de febrero de 2019 desempeñando el cargo de técnico instalador y que el contrato termino por decisión unilateral y sin justa causa por la demandada. Indica que durante el 2008 y febrero de 2009 el contrato se ejecutó en obras cuyo beneficiario final fue COLOMBIA MOVIL S.A. ESP y su empleador fue subcontratista de EID ENGIENEERING INVESTIGATION AND DEVELOPMENT CONSTRUCTORES LTDA, esta a su vez subcontratista de HUAWEI TECHNOLOGIES CO LTD SUCURSAL COLOMBIA y esta, contratista de COLOMBIA MOVIL. Aduce que para enero de 2009 el beneficiario final de la obra fue COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A., en cuyo periodo su empleador fue subcontratista de MER INFRAESTRUCTURA COLOMBIA LTDA y este a su vez, contratista de COMVEL S.A. Menciona que su empleador no le pagó los salarios de enero y febrero de 2009, al igual que para agosto de 2008 prestó sus servicios en comisión en la estación de Girardot, lapso en el cual no le canceló viáticos ni transporte y en febrero de 2009 laboró en Fresno, donde tampoco le pagaron viáticos ni transporte, como tampoco depositó las cesantías de 2008 en un fondo, no le pago las prestaciones sociales ni vacaciones durante la vigencia del contrato. Finalmente, expone que elevó reclamación ante la demandada mediante correo electrónico y si bien sostuvieron dos reuniones en las que llegaron a un acuerdo, el día en que se iba a celebrar este el 7 de septiembre de 2011, la accionada no asistió.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLOMBIA MOVIL S.A. ESP contestó la demanda (fls. 100 a 112), en la que se opuso a las pretensiones de la demanda. Sobre los hechos, los niega y no le constan en su totalidad. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de las obligaciones y buena fe.

HUAWEI TECHNOLOGIES CO LTD SUCURSAL COLOMBIA contestó el libelo (fls. 209 a 249), oponiéndose a sus pretensiones. En cuanto a los hechos, acepta el contenido en el numeral 10 y no el constan los demás. Formuló las excepciones de cobro de lo no debido por inexistencia de causa, cobro de lo no debido por inexistencia de la solidaridad buena fe y prescripción.

COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 451 a 458). Respecto a los hechos, no le constan en su totalidad. Presentó las excepciones de inexistencia de solidaridad, falta de causa material, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación, pago, pérdida del derecho a la indemnización moratoria y prescripción.

EID ENGIENEERING INVESTIGATION AND DEVELOPMENT CONSTRUCTORES LTDA, se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 518 a 525). En cuanto a los hechos, los niega y no le constan en su totalidad. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa y prescripción.

MER INFRAESTRUCTURA COLOMBIA LTDA contestó el introductorio (fls. 534 a 543), en el que se opuso a las pretensiones de este. Sobre los hechos, no le constan en su totalidad. Formuló las excepciones de cobro de lo no debido por inexistencia de causa y por inexistencia de la solidaridad, prescripción y buena fe.

SITTECK INGENIERIA LTDA EN LIQUIDACIÓN, OSCAR FABIAN NIETO PATARROYO, DEIVY JOHN GARZÓN CAICEDO, ROGELIO ERNESTO

PÁEZ, GIOVANNY ENRIQUE OSORIO VALENCIA Y WILLIAM CRUZ a través de curador ad – litem, contestaron la demanda (fls. 579 a 582), oponiéndose a sus pretensiones. Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 3 y 27 a 30 y niega y no le constan los demás. Presentó la excepción de prescripción.

La llamada en garantía **LIBERTY SEGUROS S.A.** contestó el libelo (fls. 595 a 612), en el que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, no le constan en su totalidad. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, límite del valor asegurado, ausencia de responsabilidad del garante por vigencia de la póliza, extinción de la acción generada por el contrato de seguro y prescripción del mismo, prescripción y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 5 de diciembre de 2018 (CD – fl. 744), **declaró** que entre el demandante y SITTECK INGENIERIA LTDA EN LIQUIDACIÓN existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 20 de mayo de y el 31 de octubre de 2008, **condenó** a SITTECK INGENIERIA LTDA EN LIQUIDACIÓN y solidariamente a sus socios OSCAR FABIAN NIETO PATARROYO, DEIVY JOHN GARZÓN CAICEDO, ROGELIO ERNESTO PÁEZ, GIOVANNY ENRIQUE OSORIO VALENCIA Y WILLIAM CRUZ hasta el límite de su responsabilidad como socios, a pagar al accionante, las siguientes sumas y conceptos: \$230.990 de cesantías, \$230.990 de prima de servicios, \$12.396 de intereses a las cesantías, \$103.196 de vacaciones; sumas que se indexaran al momento de su pago, más el pago de los aportes a pensión teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente, **absolvió** a los demandados SITTECK INGENIERIA LTDA EN LIQUIDACIÓN y a sus socios OSCAR FABIAN NIETO PATARROYO, DEIVY JOHN GARZÓN CAICEDO, ROGELIO ERNESTO PÁEZ, GIOVANNY ENRIQUE OSORIO VALENCIA Y WILLIAM CRUZ de las demás pretensiones de la demanda y a EID ENGIENEERING INVESTIGATION AND DEVELOPMENT CONSTRUCTORES LTDA, HUAWEI TECHNOLOGIES CO LTD SUCURSAL COLOMBIA, COLOMBIA MOVIL S.A. ESP, MER INFRAESTRUCTURA COLOMBIA LTDA,

COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A., de la totalidad de las pretensiones, **absolvió** a la llamada en garantía LIBERTY SEGUROS S.A. de las pretensiones incoadas por la demandada HUAWEI TECHNOLOGIES CO LTD SUCURSAL COLOMBIA, **declaró** no probadas las excepciones propuestas y **condenó** en costas a SITTECK INGENIERIA LTDA EN LIQUIDACIÓN.

Fundamentó su decisión, indicando que de las pruebas allegadas y recaudadas se establece la prestación personal del servicio del demandante en beneficio de SITTECK INGENIERIA LTDA EN LIQUIDACIÓN, sin que esta hubiere desvirtuado la presunción de que trata el artículo 24 del CST, pues no es posible determinar que en efecto la forma suscrita entre las partes como de prestación de servicios fuese así ejecutada, por lo que de conformidad con la norma en cita, es claro que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 20 de mayo y el 31 de octubre de 2008, extremos que se acreditan con el contrato de prestación de servicios y el testimonio recaudado, sin que sea posible con este último establecer que el accionante prestó sus servicios para la demandada hasta febrero de 2009 en tanto aquel manifestó que no lo vio prestar sus servicios hasta esa fecha. Sobre el salario, expone que no existe certeza de las sumas pagadas al actor por sus labores, pues solo se demuestra que en el contrato de prestación de servicios se había establecido que el valor del contrato sería la cantidad pactada en el anexo de este y que el valor sería el 50% de anticipo del valor total de la estación y el 50% restante se pagaría en 60 días, falta de precisión esta que impide tener por acreditada la existencia del salario y en la medida que no se tiene certeza de las sumas pagadas, se establecerá como remuneración el salario mínimo legal mensual vigente. En cuanto a las prestaciones sociales y vacaciones, como quiera que no obra pago alguno por ese concepto, se condenará a la demandada a su cancelación como también los aportes a seguridad social en pensión, todos por el tiempo en que duró la relación laboral y este último, deberá pagarse directamente al fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el trabajador. En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa, aduce que no existe prueba dentro del proceso que permita establecer que la culminación del vínculo obedeció a una decisión unilateral de la demandada, pues no se acredita la forma en que terminó la relación laboral. Respecto de la indemnización

moratoria, menciona que no hay prueba alguna que justifique el no pago de las prestaciones sociales por parte de la demandada, sin embargo, al haberse presentado la demanda transcurridos 24 meses desde la fecha de terminación del contrato en principio habría lugar al pago de la sanción moratoria solo en lo que respecta a intereses moratorios a partir del mes 25, pero, en vista de la liquidación de la accionada que inició el 26 de abril de 2010, no es procedente ni quiera aplicar los intereses moratorios dado el estado de liquidación que le impedía efectuar cualquier pago, considerando que no hay lugar al pago de la misma pero si el pago de las condenas impuestas de forma indexada.

En lo que se refiere a la solidaridad, expone que no pueden considerarse responsables solidarios a las demás empresas demandadas, toda vez que no se dan los presupuestos legales y jurisprudenciales para predicar la misma, dado que de los contratos de prestaciones de servicios celebrados entre esta no aparece el empleador del accionante, de ahí que no se demuestre que haya realizado alguna actividad en beneficio de estas.

Finalmente, en lo que se refiere a los socios de SITTECK INGENIERIA LTDA EN LIQUIDACIÓN de conformidad con el artículo 36 del CST, serán responsables solidariamente de las condenas impuestas hasta el límite de su responsabilidad.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que no se debe tener como salario el mínimo legal mensual vigente, sino el que aparece en el contrato de prestación de servicios y las cuentas de cobro y por ende, se tenga como base para las condenas impuestas. Indica que si bien la empresa está en liquidación y por ello el juez absuelve de la indemnización moratoria, lo cierto es que los efectos de esta también deben que recaer sobre los socios y ordenarles el pago de dicha acreencia.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, cuál era el salario devengado por el demandante y si hay lugar al pago de la indemnización de que trata el artículo 65 del CST.

De otro lado, la Sala no se pronunciará sobre los conceptos objeto de condena, como quiera que sobre estos no se presentó reparo alguno.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral declarada por a quo en la sentencia de primera instancia, en tanto sobre ese aspecto no se presentó recurso de apelación, de donde se colige que el señor EVER DAVID LÓPEZ VALLE laboró al servicio de SITTECK INGENIERIA LTDA EN LIQUIDACIÓN del 20 de mayo al 31 de octubre de 2008.

Salario

Al respecto, se tiene que a folio 15 aparece contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes, en el cual pactaron: *“TERCERA. - PRECIO: El valor del contrato será por la cantidad pactada en el anexo del contrato. PAGO: El valor del contrato será pagado así: 50% de anticipo del valor total por estación, el 50% restante se pagará a 60 días.”*

Así mismo, en el anexo al contrato (fl. 16), se dijo:

- *“Se entregarán una cuenta de cobro a SITTEK como persona natural a nombre de Wilson Pavón para el cobro de las estaciones realizadas en el mes.”*
- *“SITTECK realizará un anticipo por cada estación asignada de un 50% siempre y cuando no pase el valor mensual de \$2.000.000.”*

Conforme a ello, se tiene que la remuneración del actor estaba sujeta a las estaciones que le fueran asignadas, al punto que el anticipo que se habla en el contrato también estaba sujeto a ello, por lo que revisadas las pruebas allegadas al expediente, no se demostró por parte del demandante cual fue el valor del contrato y menos aún, cuantas estaciones le eran asignadas mensualmente, como tampoco se aportaron las cuentas de cobro que dice

debía pasar para el pago de las estaciones, de ahí, que ante la falta de estos presupuestos, resulte vedado para la sala, establecer el salario mensual devengado por el actor, máxime si de lo citado en precedencia, se establece que su remuneración era variable en tanto dependía de las estaciones que le fueran asignadas.

Sin que se pueda tener como salario la suma de \$2.150.000 que indica el actor devengaba en la reclamación elevada a la demandada el 25 de mayo de 2011 (fl. 19), pues afirmar no es probar, de suerte que en virtud del artículo 167 del CGP, tenía la carga de la prueba en demostrar que ganaba la remuneración que en su escrito alude devengaba, como también las estaciones que le eran asignadas a fin de establecer su remuneración en la forma establecida en el referido contrato.

Bajo ese entendido y no encontrarse acreditado cual era el salario realmente devengado por el accionante, este corresponderá al salario mínimo legal vigente para 2008, como lo indicó el a quo en la providencia apelada, por lo que sobre este aspecto se confirmará la decisión recurrida.

Indemnización moratoria

Sobre el tema, debe señalarse que esta sanción es inexorable y automática salvo que el demandado demuestre hechos que constituyan buena fe, evento en el cual podrá eximirse de su pago.

De suerte que la accionada SITTECK INGENIERIA LTDA EN LIQUIDACIÓN no demostró que hubiere actuado de buena fe a fin de sustraerse en el pago de las acreencias objeto de condena, al punto que no compareció al proceso pese a que los citatorios que le fueron enviados a efectos de notificación los recibió, luego su renuncia a comparecer deja la mala fe en que incurrió al pretender ocultar la realidad del vínculo que existió entre las partes, a través de un contrato de prestación de servicios.

Ahora en lo que se refiere al estado de liquidación de la sociedad, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que en principio los casos de insolvencia o crisis económica del empleador, no constituyen de manera automática

buena fe, como tampoco la situación de caso fortuito o fuerza mayor que la puedan exonerar de la indemnización moratoria y aunque ello eventualmente pueda suceder por tratarse de una situación excepcional, deberá quien así lo alegue demostrarlo, ya que el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, tal y como lo sostuvo en la sentencia con radicado No. 37288 del 24 enero 2012, reiterada en la SL 1595 del 21 de abril de 2020, en la cual señaló:

“LA LIQUIDEZ DE LA EMPRESA COMO EXIMENTE DE MORATORIA:

*Conforme a lo explicado, en sentir de la Sala la iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto no encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del C. S. de T, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibidem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, **los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.***

*De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a un caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por si misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, **pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis.** Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N. art 333)”. (subrayado y negrilla de la Sala).*

En igual sentido, en proveído SL 16884-2016, dicha Corporación precisó:

“En esa misma dirección, la Sala ha dicho que el juez laboral no puede asumir reglas absolutas ni esquemas preestablecidos en el momento de analizar la procedencia de dicha indemnización o de justificar la mora,

*pues es su deber examinar las condiciones particulares de cada caso y con arreglo a ellas definir lo pertinente. Esto es que, **además de que la sanción por mora no puede imponerse de manera automática e inexorablemente, tampoco puede excluirse o excusarse de manera mecánica, ante la presencia de ciertos supuestos de hecho** (CSJ SL360-2013). Por virtud de ello, por ejemplo, la Sala ha clarificado que la indemnización moratoria no se puede eludir irreflexiva y automáticamente, por el hecho de que se discuta la naturaleza jurídica de la relación de trabajo (CSJ SL, SL, 2 ag. 2011, rad. 39695; CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 44218; CSJ SL8077-2015 y CSJ SL17195-2015, entre otras), **o por el hecho de que la empresa se encuentre en dificultades económicas** (CSJ SL, 1 jul. 2007, rad. 28024; CSJ SL, 20 abr. 2010, rad. 33275; CSJ SL, 1 jun. 2010, rad. 34778; CSJ SL, 24 abr. 2012, rad. 39319; CSJ SL884-2013 y CSJ SL10551-2015, entre otras), **y ha llamado la atención en la necesidad de que siempre se indaguen y analicen suficientemente las condiciones particulares de cada caso.***

Respecto de la condición económica de la empresa, la Sala ha adoctrinado que:

[...] no siempre que una empresa se halle en estado de iliquidez o crisis económica, esa sola circunstancia permite exonerarla de la condena por la sanción moratoria, porque aún de encontrarse en esa situación sus representantes pueden ejecutar actos ausentes de buena fe por no pagar los salarios y las prestaciones sociales debidas a la terminación del vínculo laboral y en razón de contar con medios para prevenir ese riesgo. (CSJ SL, 3 may. 2011, rad. 37493)". (subrayado y resaltado de la Sala)

Siguiendo los anteriores derroteros, observa la Sala que si bien la accionada se encuentra en estado de liquidación desde el 26 de abril de 2010 (fl. 30), también lo es que su situación devino con posterioridad a la culminación del vínculo laboral que tuvo con el actor (31 de octubre de 2008); luego es claro que su estado de liquidación no puede exonerarla del pago la sanción por mora en tanto, previó a llegar a esa situación tuvo alrededor de dos años para cubrir las acreencias adeudadas al trabajador.

Con todo ello, se condenará a la accionada SITTECK INGENIERIA LTDA EN LIQUIDACIÓN y solidariamente a OSCAR FABIAN NIETO PATARROYO, DEIVY JOHN GARZÓN CAICEDO, ROGELIO ERNESTO PÁEZ, GIOVANNY ENRIQUE OSORIO VALENCIA Y WILLIAM CRUZ hasta el monto de sus aportes, al pago de la indemnización moratoria, en razón de **\$15.383 diarios** (\$461.500 salario mínimo 2008), a partir del 1° de noviembre de 2008 y hasta el día en que se efectuó el pago de las prestaciones sociales objeto de condena.

Finalmente, dada la condena efectuada por concepto de indemnización moratoria, se revocará lo relativo a la indexación de las prestaciones y vacaciones

Así las cosas y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** parcialmente el ordinal segundo y se **REVOCARÁ** el tercero del proveído impugnado en la forma antes expuesta.

COSTAS

Sin costas en esta instancia.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

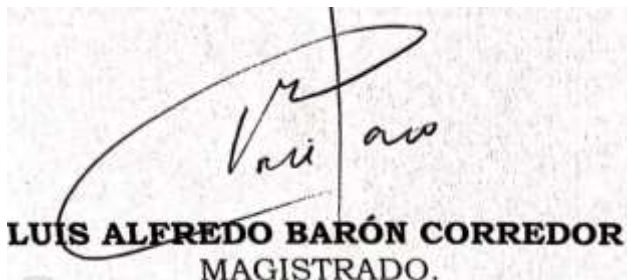
PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE LOS LITERALES a), b), c) y d) DEL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, en el sentido **ABSOLVER** a SITTECK INGENIERIA LTDA EN LIQUIDACIÓN, OSCAR FABIAN NIETO PATARROYO, DEIVY JOHN GARZÓN CAICEDO, ROGELIO ERNESTO PÁEZ, GIOVANNY ENRIQUE OSORIO VALENCIA Y WILLIAM CRUZ de la indexación de las condenas impuestas en los citados literales.

SEGUNDO. REVOCAR EL ORDINAL TERCERO de la providencia recurrida y en su lugar, **CONDENAR** a SITTECK INGENIERIA LTDA EN LIQUIDACIÓN y solidariamente a OSCAR FABIAN NIETO PATARROYO, DEIVY JOHN GARZÓN CAICEDO, ROGELIO ERNESTO PÁEZ, GIOVANNY ENRIQUE OSORIO VALENCIA Y WILLIAM CRUZ a pagar al demandante, la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, en razón de **\$15.383 diarios** (\$461.500 salario mínimo 2008), a partir del 1° de noviembre de 2008 y hasta el día en que se efectuó el pago de las prestaciones sociales objeto de condena.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del 5 de diciembre de 2018.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALBA YANNETHE NIÑO COY contra
CLÍNICA COLSANITAS S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

**SENTENCIA
LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita la señora **ALBA YANNETHE NIÑO COY** se **declare** que existió un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada desde el 8 de abril de 2008 al 16 de junio de 2017, se **declare** que el contrato terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** al reintegro en las mismas condiciones laborales en las que encontraba al momento del despido, se **condene** al pago de los salarios dejados de percibir desde el momento del despido hasta el momento en que se efectuó el reintegro, se **condene** al pago de las prestaciones sociales y vacaciones dejados de percibir desde el momento del despido y hasta que se produzca el reintegro, se **condene** al pago de intereses de mora a la tasa máxima legal, de los valores dejados de percibir desde el momento del despido hasta el momento que se efectuó el reintegro, se **condene** ultra extra petita, se **condene** al pago de costas procesales. De manera subsidiaria, se **condene** al pago de la indemnización por despido sin justa causa, se **condene** al pago de intereses mora, se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas **(fls. 50 a 51).**

Como **hechos** fundamento de sus pretensiones (**fls. 51 a 52**) se señalaron, en síntesis, que suscribió un contrato a término indefinido con la CLÍNICA COLSANITAS S.A. desde el día 18 de abril de 2008 hasta el 16 de junio de 2017, en donde se desempeñó en el cargo de jefe de enfermería, devengado un sueldo de \$1.767.000, que el día 13 de junio de 2017, fue notificada de la citación para diligencia de descargos, la cual se llevó a cabo el 16 de junio de 2017 a las 7:00 a.m., y que se originó por un percance médico, siendo la directamente responsable la enfermera jefe LAURA PADILLA ABRIL por estar encargada de la atención, observación y cuidado del paciente, quien le solicitó un concepto profesional acerca del estado de salud del paciente, frente a lo cual le contestó de manera asertiva y diligente, pero al no estar el paciente bajo su cuidado directo permitió que la otra enfermera jefe LAURA PADILLA ABRIL desarrollara a cabalidad su función, pues al tener el mismo rango jerárquico las dos debían tener las mismas aptitudes, indica que el proceso disciplinario y de descargos se dio por las funciones de una tercera persona más no de las desempeñadas por la misma.

Aduce que en la diligencia de descargos se hablaba de un supuesto video donde aparecía ejerciendo sus funciones, sin embargo, en el video nunca la enfocan quedando registrado únicamente una columna propia de la estructura del hospital, que en la diligencia de descargos se habla también de una interrupción de actividades, lo cual resultaba ser parcialmente cierto, dado que en un lapso máximo de 15 minutos 3 veces por noche, emplea la pausa activa, tal y como lo recomienda el COPASST y las normas; y salud en el trabajo, con lo cual se deduce que no existe suficiente material probatorio para determinar la supuesta negligencia, sostiene que en la diligencia de descargos no se tuvo en cuenta el principio del debido proceso, por cuanto no se le permitió presentar material probatorio que desvirtuara los cargos de la supuesta falta. Finalmente, narra que como consecuencia de la labor realizada y desorden en el hábito del sueño ha tenido problemas psicológicos, por lo que esta en proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

CLÍNICA COLSANITAS S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser cierto el numeral 6, no constarle el numeral 7 y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo cobro

de lo no debido, falta de título y causa, legalidad de la actuación de la clínica COLSANITAS S.A., inexistencia de la obligación pretendida, carencia de derecho, buena fe, temeridad y mala fe, prescripción y genérica **(fls. 75 a 87)**.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 13 de noviembre de 2018, **declaró** que entre la demandante y la CLÍNICA COLSANITAS S.A. existió un contrato de trabajo entre el 18 de abril de 2008 al 16 de junio de 2017, en el cargo de enfermera jefe, devengando como último salario la suma de \$2.886.000, **ordenó** a la CLÍNICA COLSANITAS S.A. a pagar a la demandante la suma de \$18.587.764 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, **absolvió** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra y la **condenó** en costas en la suma de \$1.000.000 **(CD fl. 165)**.

Como **argumento de su decisión** estableció que, en cuanto a las pretensiones principales, se tenía que no había lugar a reintegro alguno, por cuanto consistía en una figura no contemplada en la normatividad laboral a excepción de trabajadores despedidos que gozaran de alguna garantía foral, situación que no se observaba en el presente caso, por lo que únicamente procedía a estudiar la pretensión subsidiaria consistente en la indemnización por despido sin justa causa.

Mencionó que se había aportado carta de terminación del contrato de trabajo de fecha 16 de junio de 2017, en la cual se hacía referencia a las conductas desplegadas por la demandante los días 23, 25 y 31 de mayo del año 2017, las cuales tenían que ver en que se encontraba realizando actividades distintas para las cuales había sido contratada, también por una queja presentada por un paciente, indicándose como causal de despido la contemplada en el numeral 6° artículo 62 del CST, el cual hace referencia a cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los Artículos 58 y 60 del CST o cualquier falta grave calificada como tal, en pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, señalando que conforme a la jurisprudencia de la CSJ Sala de Casación Laboral, si la conducta calificada como grave no se encontraba consagrada en el reglamento interno de trabajo, en el pacto colectivo o en el contrato de trabajo, le correspondía al juez calificar la misma.

Enfatizó que había sido aportado el reglamento interno de trabajo, en donde se podía observar que, dentro de las obligaciones especiales, se encontraba la de realizar personalmente las labores en los términos estipulados, también se encontraba establecido que debía acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imputara la empresa o su representante según el orden jerárquico establecido y sin que se estableciera como falta grave dicho incumplimiento. Paso seguido, consideró la *a quo* que, revisada el acta de descargos, no evidenciaba que de las respuestas dadas por la demandante se aceptaran las conductas endilgadas, toda vez que lo que había dicho era que se encontraba realizando pausas activas, que el video se había interrumpido en su presentación y que no estaba tejiendo el día 31 de mayo, dijo que algunos días ella llevaba el tejido, pero especifica que ese día no lo había llevado.

Considerando la sentenciadora que la prueba reina en este asunto consistía en el video del que hacía alusión la demandada donde se podía ver que la actora se encontraba realizando una actividad extraña a sus labores, frente a lo cual no encontraba el despacho que el mismo hubiera sido aportado, agrega que en la prueba testimonial se dijo que habían tenido traslado de todo el proceso disciplinario y del video, pero que el mismo era muy borroso, lo que se entendía que no observaba con nitidez que la demandante estuviera tejiendo en sus labores, por lo cual para el despacho le era muy difícil entrar a establecer que efectivamente la demandante estaba realizando la actividad en hora diferente a la que la debía realizar, toda vez que se podía entender que en esa pausa activa estuviera tejiendo por temas de estrés y si bien no podría superar de 15 minutos, eran aspectos que hubieran podido considerar si se hubiera aportado el video.

En lo respecta a la queja del 31 de mayo, resaltó que obraba la queja presentada por la madre del paciente, en la que manifestaba no haber tenido una atención diligente en el momento en que se hizo el triage, señalando que la enfermera que se encontraba allí estaba tejiendo y que posteriormente, trasladaron a su hijo al segundo piso, donde la atención fue diferente, para lo cual estima la juzgadora que la queja se enfocó más por la falta de atención de la enfermera, al no ser diligente en levantarse, más no porque hubiera omitido un procedimiento, pues cumplió con realizar triage, sin que se señalará en la queja

qué procedimientos puntuales había omitido la demandante, tampoco en la diligencia de descargos se decía.

En cuanto a lo sucedido con la enfermera jefe LAURA PADILLA ABRIL, establece la Juez que lo que había quedado demostrado es que la enfermera había entrado a preguntarle en qué nivel podía ubicar al paciente, y la demandante le había contestado hágalo en el nivel que usted considere, lo cual si bien era una actitud negativa, ya que debió haber colaborado, tal hecho no demostraba una omisión al cumplimiento de sus labores, tampoco se había demostrado que la demandante fuera la encargada de realizar el triage al paciente y se hubiere negado a hacerlo, o que la colaboración a sus compañeros estuviere tipificado como una falta grave o incumplimiento de sus funciones, procediendo a efectuar condena por la indemnización solicitada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandada** interpuso recurso argumentando que la Juez basaba su decisión por ausencia de prueba por parte de la empresa en cuanto a las conductas indilgadas a la demandante, las cuales consistieron en dos: una, la no atención al usuario o paciente menor de edad el día 31 de mayo; y dos, realizar actividades distintas para las cuales fue contratada, los días 23 y 25 de mayo, quedó probado que existió una queja de la madre del usuario, ratificada por otra enfermera jefe, quien igualmente, reiteró que durante el día 31 de mayo la demandante dejó de atender al usuario menor de edad, dedicándose a realizar actividades personales como lo era la labor de tejido.

En cuando al segundo hecho, ocurrido los días 23 y 25 de mayo, si bien no se aportaron los videos, ello se debió porque se trata de un servicio de urgencias de una clínica pediátrica, por lo que gozan de protección de datos, pues se haberlo hecho se estaría vulnerando el derecho a la intimidad de los usuarios y de las madres que fueron ese día, pero ello no quiere decir que por el hecho de no haberlo aportado las conductas no existieran, tan es así que en la diligencia de descargos se le puso de precedente el video a la señora ALBA YANNETHE NIÑO COY, por lo que no resulta admisible que tanto ella como las personas que declararon manifiesten que no era visible, adicionalmente la diligencia duró 4 horas, por lo que la demandante tuvo la oportunidad de

manifestarse, fue así como en la contestación de la demanda, se citó textualmente los minutos y las respuestas que había dado la señora ALBA YANNETHE NIÑO COY en referencia a las actividades que estaba realizando durante estas jornadas, para lo cual ella refería que se trataba de pausas activas, por supuesto no iba a confesar, pero lo cierto es que se sustrajo de sus actividades laborales para atender estas actividades personales.

Así las cosas, pide se valore adecuadamente el material probatorio y también las pruebas testimoniales, específicamente las tres que trajo la parte demandada, con lo cual se puede evidenciar que la señora ALBA YANNETHE NIÑO COY no solo el día 31 de mayo estaba realizando sus actividades de tejido manual, sino también las ocurridas el día 23 y 25 de mayo, es decir, la señora tenía una obligación principal de atender usuarios, dejó de atenderlos, y no era cualquier usuario, era un usuario de una clínica pediátrica, que independientemente de que estuviese en un nivel de triage 1 o 5, lo cierto es que su obligación era atenderlo, como quedó demostrado en la diligencia de descargos en el cual manifestaba que estaba haciendo otras actividades, a juicio de ella pausas activas.

CONSIDERACIONES

De conformidad con el recurso de alzada, corresponde a esta Sala de decisión establecer si los hechos endilgados a la demandante en la carta de despido de fecha 16 de junio de 2017, constituyen en faltas graves para dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa.

EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL

No existe controversia frente a la relación laboral que ató a las partes, el cual inició con un contrato de trabajo a término fijo por cinco meses, con fecha de iniciación 18 de abril de 2008, en el cual la demandante fue contratada para desempeñarse en el cargo de enfermera jefe, contrato que fue modificado el 11 de agosto de 2008, en cuanto a la modalidad contractual convirtiéndose en un contrato a término indefinido a partir del 18 de septiembre de 2008, relación laboral que se mantuvo hasta el 16 de junio de 2017, devengando como último salario la suma de \$2.886.000, tal y como da cuenta la documental anexa al proceso.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO CON JUSTA CAUSA

Bien es sabido por la Jurisprudencia de la CSJ Sala de Casación Laboral que es al trabajador a quien le incumbe probar el hecho del despido, y al empleador la justa causa que alega para dar por terminado el vínculo, tal como se señaló en la sentencia SL15094-2015. Con base en este razonamiento jurídico, la juez de primera instancia consideró que se encontraba probada la terminación del contrato mediante la carta de despido visible a folios 18 a 20, en la cual se le endilga a la demandante dos hechos catalogados como graves, con fundamento en el artículo 58, numeral 1° del CST, artículo 43 numerales 1, 12, 14, 21 y 22, artículo 45 numeral 9, artículo 48 literal d.). del reglamento interno de trabajo y cláusula 1° del contrato de trabajo.

Hechos que ocurrieron los días 23, 25 y 31 de mayo de 2017, en cuanto a los días 23 y 25 de mayo de 2017, se aduce que durante los turnos de trabajo de la actora estuvo desarrollando actividades diferentes para las cuales fue contratada, consistente en realizar tejido a mano, en cuanto al hecho ocurrido el 31 de mayo de 2017, se indica que consistió en una queja presentada por la mamá de un paciente menor de edad, por no haber sido atendida oportunamente por parte de la actora, por encontrarse tejiendo.

En cuanto a la calificación de la falta, ha precisado la CSJ Sala de Casación Laboral ha señalado que son las partes mismas las llamadas a calificar en primera medida la gravedad de una conducta en los términos del numeral 6° del literal a) del artículo 62 del CST, que dicha normatividad comprende además dos hipótesis para la configuración de una justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por el empleador, tales como: cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo; o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

De esta forma, cuando la falta se origina en la violación de las prohibiciones y obligaciones consagradas en los artículos 58 y 60 del CST, no se requiere que el calificativo de grave esté inmerso en los documentos de la empresa, toda vez

que ello deberá hacerlo el juez al momento de verificar los hechos configurativos de la causal alegada **(SL 5186-2016)**.

Al verificarse el reglamento interno de trabajo el cual obra a folios 140 a 151, se puede ver que los hechos objeto de despido, si bien se encuentran entre las obligaciones especiales del trabajador y prohibiciones de los trabajadores, no se encuentran catalogados como graves dentro de lo dispuesto en el literal d.) del artículo 48 del mismo reglamento, pues el contenido de dicha norma hace es remisión a lo establecido en el numeral 6° del artículo 62 del CST, por consiguiente, en este caso le concierne al sentenciador calificar la falta, frente a lo cual se pasará analizar de la siguiente manera.

Consideró la Juez de primer grado, que no fue posible establecer que efectivamente la demandante los días 23 y 25 de mayo de 2017, hubiese estado realizando actividades ajenas a su labor, por cuanto en principio en la diligencia de descargos no aceptaba la conducta endilgada, pues había dicho que se encontraba realizando pausas activas. Consecuentemente, al no haber sido aportado el video con el cual se apoyaba la demandada, le era imposible establecer si la demandante se encontraba realizando una actividad ajena a su labor y si la misma superaba de 15 minutos, que se entienden como pausas activas.

Si bien como lo indica la *a quo* no fue aportado el video con el cual se pudiera dar certeza de si los días 23 y 25 de mayo de 2017, la actora se encontraba realizando otra actividad diferente para la cual fue contratada, lo cierto es que dentro del plenario obran sendas pruebas que demuestran dicha conducta, por un lado, revisada el acta de descargos, si bien la demandante no acepta de manera textual que se encontraba tejiendo durante sus horas laborales, sus respuestas sí dan a entender que se encontraba realizando dicha actividad, pues en una de las preguntas se le dice *“en verificación efectuada por la empresa del video CCTV del 25 de mayo de 2017, que inicia a las 4:14 y termina a las 5:43, se evidencia un total de 9 minutos de pausa que usted realizó y no el tiempo que usted dice, es decir, que el tiempo restante se observa tejiendo, que nos puede decir al respecto. **Respuesta: que estaba realizando pausa activa**”*. De manera que, con la respuesta dada por la señora ALBA YANNETHE es evidente que sí realizaba manualidades de tejido, aunque sostiene haberlo realizado durante sus pausas activas, circunstancia que efectivamente queda

difícil de determinar para los días 23 y 25 de mayo de 2017, por las razones previamente señaladas.

No obstante, no puede pasarse por alto la queja presentada por la mamá del paciente menor de edad PEDRO PABLO MUÑOZ el día 31 de mayo de 2017, en la cual describió su experiencia así: *“al llegar a urgencias la maquina de pedir turno no funcionaba, la jefe de triage salió de inmediato atender a mi hijo y al ver que estaba desaturado solicitó esperar en la sala, al ser llamados por admisiones con el turno no había nadie, así por mas de 11 minutos, ésta jefe intentó tratar de ubicarla y al consultar con la jefe que estaba en el star se encontraba tejiendo, yo les dije que lo fueran atender, pues estaba desaturado a lo cual me contestó la jefe de star, sin dejar de tejer en agujas, que eso era por la fiebre, la jefe de triage lo pasó de manera inmediata al consultorio (7) con la dra. Diana quien procedió previo a examen físico a iniciar HO. Al llegar al segundo piso parecía todo muy diferente, personal dispuesto, diligente que han estado atendiendo a mi hijo con constancia, el cual ya esta por neumonía, la jefe de star no fue profesional, al priorizar su costura a la vida de mi hijo de quien tiene una historia clínica bastante (...) y tampoco tiene (...), pues le habla displicente a su colega de triage”* (fls. 114 a 115).

Obra también a folio 116 narración del hecho ocurrido el 31 de mayo de 2017, por parte de la enfermera LAURA PADILLA ABRIL quien para ese momento se encontraba ejerciendo la labor de jefe triage y quien aduce que al valorar inicialmente al paciente pudo evidenciar que presentaba dificultades respiratorias, por lo que se acerca a su compañera YANNETHE NIÑO para que la orientara frente a la calificación del triage, quien le contestó que le asignará la calificación que considerara pertinente según su criterio profesional, por lo que al no obtener una respuesta optima decide asignarle triage prioritario, trasladando al paciente a un cubículo de urgencias en donde pudo confirmar la necesidad de soporte de oxígeno suplementario, evidenciando que su compañera no acude a valorar al paciente por estar realizando tareas no correspondientes al servicio, pues se encontraba tejiendo, por lo que decide nuevamente realizar la valoración e inicia el manejo pertinente.

Revisada el interrogatorio de parte de la demandante, ésta manifiesta que en el momento del suceso se encontraba como jefe BOX, que no se encontraba tejiendo, que la usuaria ingresó cuando ya el paciente había sido atendido por

el médico, quien lo remitió para observación, pero en ningún momento la doctora le dio la orden de iniciar nada de inmediato, porque el chico no estaba en crisis, en cuanto a lo narrado por la jefe LAURA PADILLA ABRIL, aduce que ella se acercó a preguntarle que había un chico con fiebre y que estaba saturando 88-86, frente a lo cual le dijo que todo niño con fiebre podía saturar hasta 86 y si es menor a dicho rango, quiere decir que sí se encuentra con dificultad respiratoria, pero el niño no tenía signos de dificultad respiratoria, le aclaró la duda y ella salió.

Por otro lado, la testigo SANDRA CAROLINA GONZÁLEZ quien para el momento de los hechos se desempeñaba como jefe de departamento de enfermería de la clínica, manifestó en su declaración cual debió haber sido el procedimiento realizado por la demandante ese día, señalando literalmente: *“para colocar un poco en contexto la situación: nosotros tenemos un servicio de TIRAGE que es el servicio de puerta de entrada para todos los pacientes, en estos momentos, estamos hablando de una clínica pediátrica donde allí reciben todos los menores de edad; es indispensable que allí haya un profesional, llámese enfermero o médico, para nuestra organización es un profesional en enfermería que lo avala la 2003, y siempre debe haber allí una persona que esté recibiendo los pacientes porque pueden llegar con un estado de complejidad avanzado y pues deben darle una respuesta inmediata para no colocar en riesgo la vida del paciente. En esa área debería estar LAURA PADILLA, posterior a esto, cuando se le hace una clasificación según prioridad, se pasa al área de BOX, que es donde estaba la enfermera ALBA YANET NIÑO, allí se le hace la atención inicial de urgencia, que puede ir entre colocación inicial de oxígeno, una administración de un medicamento según indicación médica o simplemente, darle la atención mientras va ser atendido por el pediatra de turno. Entonces, que se debió hacer en este momento es que lo entregaran al área de TRIAGE a BOX, y allí deberían iniciar la atención, que podría entre colocación de oxígeno, administración de medicamento según orden médica y desarrollo de las actividades derivadas de la consulta, posteriormente a esto, se debe hacer una entrega de profesional a profesional al área de observación, para que el paciente suba en forma segura y se le garantice la continuidad en la atención”*.

A juicio de la Sala, en el caso analizado sí se demostró por la llamada a juicio que la demandante realizaba actividades ajenas durante sus horas laborales y no precisamente en sus pausas activas como lo hace pretender la actora, pues

el hecho ocurrido el 31 de mayo de 2017, deja en evidencia que realizaba manualidades durante sus turnos laborales, conducta que debe ser calificada como grave teniendo en cuenta la importancia de su labor, pues téngase en cuenta que se desempeñaba como enfermera jefe en el área de pediatría, incluso para el momento del hecho, era quien tenía más experiencia en el cargo, pues quedó acreditado conforme la documental que milita a folio 117 que la enfermera LAURA PADILLA tan solo llevaba 3 meses ejerciendo el cargo, por lo que era su deber haberle prestado ayuda a su colega diligentemente cuanto se lo pidió, pues ésta le manifestó las dificultades de salud que presentaba el paciente menor de edad, si bien aseguró la actora que sí le brindó información a su compañera indicándole que no se encontraba con dificultad respiratoria, por cuanto era normal la saturación que presentaba por encontrarse con fiebre, no hizo ni siquiera el deber de ir a chequearlo personalmente, ni siquiera cuando ingresó a su área, en la cual como lo manifestó la declarante SANDRA CAROLINA GONZÁLEZ tenía la potestad de prestar algunos servicios médicos prioritarios, tan solo valiéndose en decir que no lo hizo por cuanto el chico no estaba en crisis, siendo que era su deber evitar precisamente que llegara a tal condición, como diligentemente lo hizo la enfermera LAURA PADILLA, pues al ver la situación del menor procedió a realizar lo que le concernía haber hecho a la demandante, esto es haberle brindado el oxígeno que necesitaba.

Es que incluso quedó demostrado que la misma mamá del menor le pidió ayuda para que se atendiera prontamente a su hijo frente a lo cual la actora le contestó que eso era por la fiebre, sin dejar de realizar la manualidad que se encontraba haciendo, priorizando como bien lo señala madre el tejido a la salud de un menor, quien no se encontraba con un signo tan leve como lo hace pretender la actora, pues incluso fue hospitalizado por neumonía, probándose con ello que el menor sí necesitaba del oxígeno tal y como se lo manifestó su compañera, situación que se hubiere dado cuenta, si hubiera ejercido su función como le correspondía, de suerte que, con tan solo la queja presentada por la mamá del paciente, se caen los argumentos dados por la demandante, ya que se acreditó que ella sí le reclamó directamente la atención de su hijo, vio también como no le brindó la colaboración a su compañera y además afirmó que se encontraba tejiendo, por tales razones no resultan ser ciertos las manifestaciones del *a quo* en cuanto a que no quedó demostrado que la demandante hubiera omitido haber hecho un procedimiento, ni que se encontraba haciendo actividades

ajenas a su función, ya que si hubiere valorado de manera adecuada las pruebas, claramente hubiere llegado a la misma conclusión aquí establecida.

En ese escenario, la conducta de la actora consistió en una violación grave de sus obligaciones, teniendo en cuenta el grado de responsabilidad de su cargo, pues el mismo se ejercía en el unidad de urgencias clínicas de menores de edad, en donde las medidas de atención deben ser de manera inmediata y prioritaria, más aún cuando en el historial clínico el paciente presentaba patologías de salud complicadas, como narra la mamá en la queja varias veces señalada, actuaciones que no solo se encuentran prohibidas por la normatividad laboral, sino que también se encuentran catalogadas como violación de los derechos fundamentales a la salud, en especial aquellos que se encuentran contemplados en los artículos 10 y 11 de la Ley 1751 de 2015, que señalan:

“ARTÍCULO 10. DERECHOS Y DEBERES DE LAS PERSONAS, RELACIONADOS CON LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD. *Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud:*

a) A acceder a los servicios y tecnologías de salud, que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad;

b) Recibir la atención de urgencias que sea requerida con la oportunidad que su condición amerite sin que sea exigible documento o cancelación de pago previo alguno;

c) A mantener una comunicación plena, permanente, expresa y clara con el profesional de la salud tratante;

d) A obtener información clara, apropiada y suficiente por parte del profesional de la salud tratante que le permita tomar decisiones libres, conscientes e informadas respecto de los procedimientos que le vayan a practicar y riesgos de los mismos. Ninguna persona podrá ser obligada, contra su voluntad, a recibir un tratamiento de salud;

e) A recibir prestaciones de salud en las condiciones y términos consagrados en la ley;

h) A que se le preste durante todo el proceso de la enfermedad, asistencia de calidad por trabajadores de la salud debidamente capacitados y autorizados para ejercer;

i) A la provisión y acceso oportuno a las tecnologías y a los medicamentos requeridos;

q) Agotar las posibilidades de tratamiento para la superación de su enfermedad.

Son deberes de las personas relacionados con el servicio de salud, los siguientes:

b) Atender oportunamente las recomendaciones formuladas en los programas de promoción y prevención;

c) Actuar de manera solidaria ante las situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;

h) Suministrar de manera oportuna y suficiente la información que se requiera para efectos del servicio;

(...)

ARTÍCULO 11. SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN. *La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención (...).*

Así las cosas, debe resaltarse que hubo una desatención grave por parte de la actora, pues al encontrarse ejerciendo su labor en el área de urgencias pediátrica de una clínica, con función de enfermera jefe del área BOX tenía una posición de especial atención y cuidado ante la emergencia que presenta el paciente, más aún cuando se trataba de un menor de edad, aunado a que tampoco logró probar que la actividad de tejido estuviera reglamentada como pausa activa. Ahora, si en gracia de discusión fuera así, es decir, que se permitiera este tipo de pausa activa, lo cierto es que quedó demostrado que el día de urgencia presentada al menor, la demandante desatendió su labor al omitir realizar un procedimiento médico prioritario permitido en su cargo, dejándolo al arbitrio de su otra compañera no asignada a esta área y de la atención del médico, cuando tenía la potestad de haberlo hecho previamente y es que debe tenerse en cuenta que las pausas activas en este tipo de cargos deben realizarse en momentos en que efectivamente no se afecte el servicio, pues no se trata de cualquier labor, se trata de una labor en un área de urgencias, donde un pequeño descuido puede afectar gravemente la salud del paciente.

De otro lado, no se evidenció tampoco violación al derecho de defensa y contradicción por parte de la clínica como se aduce en el libelo introductor, pues la actora fue llamada a diligencia de descargos oportunamente, en donde se le puso de presente cuáles era las conductas endilgadas, en la diligencia de

descargos se le dio traslado de las pruebas con las cuales se pretendían demostrar las conductas y estuvo acompañada de los representantes de la organización sindical en la cual se encontraba afiliada, por consiguiente, quedaron probadas las justas causas para dar por terminado el contrato laboral, motivo por el cual habrá de **REVOCARSE** parcialmente la decisión de primera instancia.

COSTAS:

COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte demandante, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

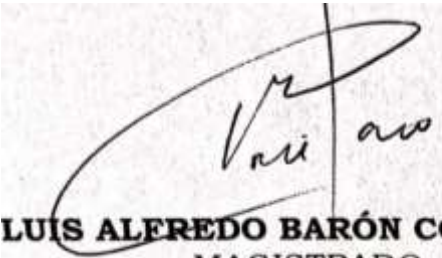
R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR los ordinales segundo y cuarto de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa y al pago de costas en primera instancia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte demandante, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

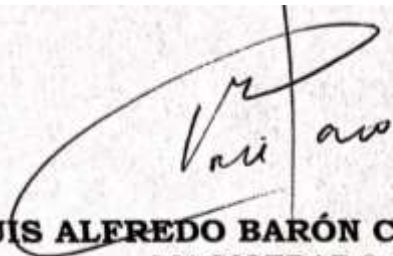


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$300.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

10

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ MIREYA PÉREZ PÉREZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **LUZ MIREYA PÉREZ PÉREZ** se **declare** la nulidad y/o ineficacia del traslado realizada en mes de diciembre de 2004, al régimen de ahorro individual a través de la AFP PORVENIR S.A., se **declare** que la única afiliación válida al sistema general de pensiones es la efectuada al ISS, se **ordene** a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES el monto total de los aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual, se **condene** a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho, que uso de las facultades ultra y extra petita se **condene** a las entidades demandadas a lo que resulte probado dentro del proceso (fls. 2).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl.2 a 3), señaló que nació el 15 de agosto de 1961, que inició su vida laboral cotizando al ISS desde el 2 de mayo de 1984 a través del empleador GESEOSAS LUX S.A., que efectuó cotizaciones al ISS hasta el 31 de octubre de 2004, para un total de 787,29 semanas que, en el mes de diciembre de 2004, firmó el formulario de

vinculación a PORVENIR S.A., sin que recibiera asesoría alguna, no le informaron las condiciones y requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual, no le informó la diferencia en la distribución de las cotizaciones realizadas en el régimen de ahorro individual, no le informó que podía regresar al régimen de prima media.

10

Asegura, que en el régimen de ahorro individual ha cotizado 640 semanas, que le fue realizado por parte de POVENIR S.A. simulación pensional en el cual se le informó que su mesada pensional a los 60 años sería de \$1.553.200, que reclamó administrativamente ante COLPENSIONES el 28 de julio de 2017, quien respondió el 28 de julio de 2017, sobre la no procedencia de la anulación de la afiliación.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 37 a 45), en la que se opuso a las pretensiones de esta, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 4, 15 y 16, en cuanto a los demás manifestó no constarle, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción e innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 12 a 14, no constarle los numerales 2, 3, 15 y 16; y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, buena fe e innominada o genérica (fls. 76 a 82).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 26 de febrero de 2019 (CD – fl. 111), **declaró** la nulidad de la afiliación y traslado de la demandante al régimen de ahorro individual realizada el 29 de octubre de 2004, realizada a la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A., **condenó** a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES

los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual de la demandante y que hubiere recibido producto de la afiliación a dicha entidad, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada, con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del C.C. sin que haya lugar a que de dichas sumas se realicen descuentos con ocasión de gastos de administración, **condenó** a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante, en el régimen de prima media administrado por dicha entidad, **declaró** no probadas las excepciones propuestas y **condenó** en costas a PORVENIR S.A. en 2 SMLMV.

Fundamentó su decisión, argumentando que la demandante había manifestado que se había afiliado al ISS el 2 de mayo de 1984, cotizando un total de 787, 29 semanas, tal y como se probaba con la documental obrante dentro del proceso, indicó que la demandante nació el 15 de agosto de 1961, por lo que, los 57 años de edad los cumplió el mismo día y mes del año 2018, elevando la solicitud de traslado en el año 2017, es decir, que se encontraba dentro de la hipótesis de que le faltaban menos de 10 para alcanzar la edad requerida para pensionarse, sin embargo, no contaba con 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia C- 789 de 2002, para retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo.

Consecutivamente, procedió a estudiar la nulidad del traslado haciendo referencia a la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, pertinente al caso, frente a lo cual consideró que el asunto bajo estudio brillaba por su ausencia en cuanto a que la AFP hubiera ofrecido una información completa de las ventajas, desventajas y consecuencias, del cambio de régimen, máxime que en el presente asunto estaba en juego aspectos tan trascendentales como la pérdida de transición, así mismo, manifestó que debía tenerse en cuenta que la carga de la prueba se encontraba en cabeza de la entidad accionada.

Aduciendo, que vez analizados los documentos allegados al proceso, se encontraba el formulario de afiliación al régimen de ahorro individual de fecha 29 de octubre de 2004, suscrito por la demandante en la casilla

voluntad del afiliado, aceptando así que el cambio de régimen se había hecho de manera libre y espontánea, adujo que había sido llamada a interrogatorio de parte a la representante legal de PORVENIR quien no comparecido, por lo que se habían aplicado las consecuencias previstas en el artículo 205 del CGP, teniéndose por probados los hechos de la demanda.

10

Por último, estableció que la demandante no se le efectuó una información necesaria, veraz y suficiente, frente al cual se demostrará que estuvo instruida para tomar la decisión que más le convenía, tampoco se evidenció que se le hubiere suministrado las ventajas y desventajas del cambio de régimen, ni la proyección de su mesada pensional, tampoco se le especificó el capital que debía ahorrar, por lo que no se cumplió con el deber de información, razón por la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, manifestando que se apartaba de la interpretación del despacho, en el sentido de que aquí no se pudo verificar si hubo o no un vicio del consentimiento respecto a la asesoría brindada a la demandante, toda vez que al momento del traslado la actora tuvo la posibilidad de hacer preguntas, hacer solicitudes posteriores al traslado y no efectuó ninguna de estas acciones con el único propósito de verificar si la información que le fue proporcionada era la real, sino que por el contrario, decidió mantenerse en silencio permaneciendo en el régimen de ahorro individual por más de 13 años, además en su interrogatorio de parte indicó que había tomado la decisión de manera muy ligera, demostrándose su falta de interés y diligencia, deber de cuidado por parte de la misma respecto de la decisión que había tomado en el año 2004.

Señaló que debía tenerse también en cuenta, que la señora demandante hizo reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 28 de julio de 2017, contando para dicha data con 55 años de edad, deduciéndose que se encuentra inmersa en la prohibición de trasladarse de régimen pensional por cuanto se encuentra a 10 años o menos para adquirir el status pensional. En lo que respecta, a la carga dinámica de la prueba, considera que no puede ser aplicado al presente caso, puesto que la demandante no

es beneficiaria de el régimen de transición y debió haberse probado verdaderamente el vicio del consentimiento, así mismo, se observaba falta de información por parte de la demandante, debía tenerse en cuenta también lo preceptuado en la carta política concerniente en que la ignorancia de la Ley no sirve de excusa, por lo que si en algún momento se pudiere predicar que la demandante no fue verdaderamente asesorada, había tenido la posibilidad de acceder a toda la información concerniente a las características de uno u otro régimen pensional y poder verificar si efectivamente la información suministrada fue la idónea, por lo tanto, solicita se verifique le material probatorio y se revoque la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP PORVENIR S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su ineficacia y no mediante la nulidad, toda vez que 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, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, además que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora LUZ MIREYA PÉREZ el 29 de octubre del año 2004 (fl. 85), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., encontrándose afiliada en la actualidad a ésta (fls. 83), aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES del 2 de mayo de 1984 al 31 de octubre del año 2004 (fls. 62 a 64).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. obrante a folio 84 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea; y que había sido asesorada sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues en su momento PORVENIR S.A., debía

informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión, esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; luego si no podía efectuar una proyección su afirmación carecía de sustento, de ahí que no era viable afirmar un hecho que era incierto más aún, sino tenía pruebas de ello; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PORVENIR S.A., pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y afiliación a ésta y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar un formulario de afiliación de por cierto que tales circunstancias fueron de su conocimiento, de ahí que el traslado se torne ineficaz, aspecto que ha sido ampliamente establecido por la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, de manera que no resulta acertado indicar que el Juez debía al momento del decreto de las pruebas distribuir a quien le correspondía dicha carga, como lo aduce la recurrente, pues en tratándose de ineficacia del traslado, no hay lugar a efectuar pronunciamiento alguno respecto a los vicios en el consentimiento, tampoco es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, de ahí que los argumentos expuestos por COLPENSIONES, no encuentre sustento alguno.

Ahora, si bien la demandante tenía a su alcance la Ley 100 de 1993, donde se establecen las características del régimen de ahorro individual al momento del traslado, lo cierto es que no era deber de ella conocer con plena claridad como rige este tipo regímenes, toda vez que la obligación estaba en cabeza del asesor, quien era la persona idónea para explicarle todo lo relacionado con este, habida cuenta que el deber de información data independientemente del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado; siendo deber de la AFP asesorarlo y no de esta, de buscar la información por sus propios medios, de suerte, que el tema del profesionalismo del asesor es una de las características fundamentales que debe tener todo fondo de pensiones a fin de brindarle al afiliado confianza en la decisión tomada.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional

el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba, tal y como lo tuvo por sentado el Juez de primera instancia, motivo por el cual no resulta relevante los argumentos de COLPENSIONES.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, teniendo en cuenta que su recurso de alzada no prosperó.

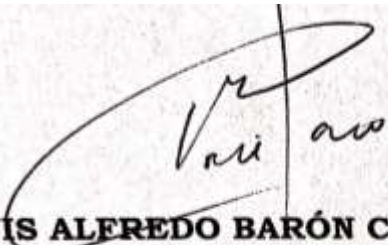
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

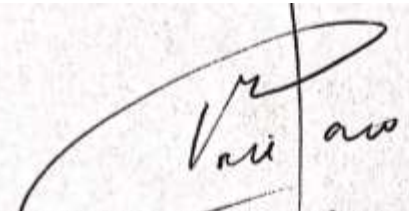


LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES en la suma de \$ 900.000.


LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUIS ALFREDO ROJAS HERRERA
contra FLOTA AGUILA S.A. Y RICHARD ELIECER RODRÍGUEZ**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A

LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

Solicita el señor **LUIS ALFREDO ROJAS HERRERA** se **declare** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1° de septiembre de 2014, el cual se mantiene vigente, como auxiliar de bus, se **declare** que el último salario devengado fue de \$40.000 diarios, para un salario mensual de \$1.200.000, se **declare** que el horario como auxiliar de bus era de domingo a domingo de 5 a.m. a 8 p.m., se **declare** que el accidente sufrido el 9 de septiembre de 2014, fue un accidente de trabajo, se **declare** como responsable al conductor del bus RICHARD ELIECER RODRÍGUEZ en condición de empleador del accidente laboral sufrido al demandante, se **declare** que la FLOTA ÁGUILA S.A. es solidariamente responsable en el accidente.

Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a las demandadas a pagarle el valor de los salarios correspondientes a la primera quincena del mes de septiembre de 2014, no cancelados, se **condene** al pago del valor de las

incapacidades desde el 9 de septiembre y hasta la fecha de presentación de la demanda, se **condene** al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones de toda la relación laboral, se **condene** a la sanción por no consignación a las cesantías, se **condene** a la indemnización moratoria, se **condene** al pago de prestaciones asistenciales y económicas a que tiene derecho, en virtud del accidente de trabajo sufrido el 9 de septiembre de 2014, se **condene** al pago de perjuicios daño emergente en la suma de \$34.598.235 representados en gastos de tratamiento médico, se **condene** al lucro cesante en la suma de \$27.600.000 correspondiente a los salarios, incapacidades laborales y prestaciones sociales causadas a la fecha de la presentación de la demanda, se **condene** a perjuicios inmateriales, daño de vida en relación producto de las secuelas dejadas, en razón a la etapa de la vida en que se encuentra y sus responsabilidades como jefe de hogar, se **condene** ultra y extra petita, se **condene** al pago de las prestaciones asistenciales y económicas a que tiene derecho, en virtud del accidente de trabajo y se **condene** al pago de costas procesales (*fls. 5 a 6 y 141 a 146 reforma de la demanda*).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls.2 a 4 y 141 a 146 reforma de la demanda) se señalaron en síntesis que se vinculó laboralmente con la empresa FLOTA ÁGUILA S.A. a través del señor RICHARD ELIECER RODRÍGUEZ RIOS conductor del vehículo de placas SPY 224, como auxiliar de bus desde el 1° de septiembre de 2014, que en el ejercicio de sus funciones tuvo un accidente de tránsito durante el recorrido de la ruta que tiene la FLOTA ÁGUILA S.A. de Guatavita-Bogotá kilómetro 31+300, frente al cual sufrió trauma intracraneal no especificado, traumatismo superficial del labio y cavidad bucal, traumatismo en codo derecho y rodilla. Aduce, que desde la fecha del accidente ha estado en tratamiento médico en la IPS ASTROCENTRO en la ciudad de Bogotá por cuenta del SOAT de la aseguradora Seguros del Estado, el cual se encuentra actualmente cubierto en su totalidad, toda vez que certifica un monto utilizado de \$9.000.000, antes de la cirugía de rodilla, sin embargo, dicha cirugía tuvo un costo de \$12.000.000, superando el monto total a cubrir por parte del SOAT, según información verbal de la aseguradora, que desde el momento del accidente la IPS ha expedido las incapacidades laborales de forma ininterrumpida, esto es, un total de 574 días. No obstante, ni el

conductor de bus, ni la empresa FLOTA ÁGUILA han respondido por el pago de las incapacidades laborales.

Sostiene que, entre las varias afecciones padecidas por el demandante a causa del accidente, persiste el traumatismo causado en la rodilla derecha, a la cual se le practicó una cirugía y se encuentra en tratamiento médico, debido a que su empleador no lo tenía afiliado a la seguridad social no se le han pagado sus incapacidades laborales, manifiesta que es responsable de su abuela materna y de su hermana JUANITA CORTES HERRERA que se encuentra en estado de discapacidad, que lleva desde la fecha del accidente en tratamiento médico con la IPS ARTROCENTRO en la ciudad de Bogotá seguros del estado, por cuenta del SOAT y la EPS COOMEVA, que las lesiones en el accidente se ocasionaron al caer del vehículo en movimiento.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

El señor **RICHARD ELIECER RODRÍGUEZ RIOS** contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó, ser cierto el numeral 11, no ser ciertos los numerales 1, 5, 7, 8 y 9; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo indebida presentación de acción para demandar, ausencia de extremos temporales, ausencia de hecho aducido, culpa exclusiva de la víctima, ausencia de representación de parte con la empresa FLOTA ÁGUILA S.A. y ausencia de nexo causal (fls. 92 a 111 y 391 a 396).

FLOTA ÁGUILA S.A. contestó oponiéndose también a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó no constarle los numerales 3, 4, 6 y 10; y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido por ausencia de la causa e inexistencia de la obligación, inexistencia de la solidaridad, prescripción y buena fe (fls. 119 a 135).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 27 de noviembre de 2018, **absolvió** las demandadas de todas las pretensiones de la demanda y se **abstuvo** de condenar en costas (CD fl. 366).

Como argumento de su decisión, señaló la *a quo* que en el presente proceso no se había aportado al proceso prueba que acreditara la prestación personal del servicio del señor Luis Alfredo Rojas Herrera, por cuanto no existía prueba de la relación laboral a partir de la fecha indicada por el demandante, ni tampoco de otra fecha distinta. Adujo, que analizados los interrogatorios de parte y los testimonios de los mismos no se podía concluir la existencia de una relación laboral entre el señor Richard Eliecer Rodríguez y el señor Luis Alfredo Rojas Herrera y tampoco la solidaridad con la empresa FLOTA ÁGUILA S.A, pues si bien la mayoría de ellos coincidían en indicar que conocían al demandante, ninguno en su relato había mencionado que el actor recibiera ordenes, tampoco que percibiera remuneración por parte de los demandados, aunado a ello hacían referencia a que tampoco les consta que el demandante cumpliera un horario de trabajo, por lo que para el juzgado ninguno de los deponentes ofrecía la certeza de que el accionante hubiera prestado sus servicios a la accionada como persona natural, ni tampoco que hubiere recibido remuneración alguna por ello.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que debe revocarse la decisión de primera instancia teniendo en cuenta que la misma no se ajusta a derecho, por cuanto se le resta la credibilidad a las respuestas dadas por el demandante en su interrogatorio de parte, donde da cuenta de las condiciones en las que fue contratado y las condiciones en que se produjo el accidente de trabajo.

Además, lo manifestado por el testigo José Antonio en el sentido de que él estaba ejerciendo una función propia de los auxiliares de bus, que si bien es cierto no están reglamentados, esto no es óbice para que se le violen derechos al trabajador, si no que por el contrario estos deben estar garantizados, pues si bien es cierto la actividad de auxiliar de bus por los conductores, no es menos cierto que dichas condiciones no pueden ir en detrimento del trabajador por lo cual no es una justificación para que no le sean reconocidos sus derechos.

La *a quo* le dio credibilidad a la declaración rendida por el señor Pedro Pablo, siendo que se trata de personal vinculado a la empresa y que, por ende, no ofrece total credibilidad, por el contrario; los testigos de la parte actora fueron espontáneos en su declaración y dieron cuenta de lo que ellos conocen, de lo que ven en relación con esto. Se tiene como hecho notorio que la actividad de auxiliar de bus es habitual en todas las empresas de transporte, por tanto, no se debe tener en cuenta el hecho de que haya una prohibición por parte de la empresa y que efectúa controles que realmente no se dan, porque en la práctica eso es lo que se conoce, lo cual le restaría motivación al fallo que se acaba de proferir.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Debe la Sala determinar si el demandante estuvo ligado por una relación laboral con el demandado RICHARD ELIECER RODRÍGUEZ RIOS quien fue conductor del vehículo de placas SPY 224 adscrito a la empresa demandada FLOTA ÁGUILA LTDA. En caso de confirmarse la existencia de una relación laboral si hay lugar el reconocimiento de salarios, prestaciones, incapacidades médicas, reembolso de gastos médicos, indemnizaciones y perjuicios por el accidente ocurrido el 9 de setiembre de 2014. Así mismo, se analizará si operó o no la excepción de prescripción.

Existencia de un contrato laboral

Al respecto, se tiene que el artículo 24 del CST establece “*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”. Así pues, basta que el demandante acredite la prestación personal del servicio y los extremos temporales para que se presuma la existencia de una relación de trabajo, con lo cual, se traslada la carga probatoria al extremo pasivo, quien deberá acreditar que las actividades se desarrollaron con la independencia y autonomía propia de los contratos civiles y comerciales (SL6621-2017, SL2536-2018 y SL1166-2018, entre otras).

Verificado el interrogatorio del demandante éste refiere que ejercía el cargo de auxiliar de conductor para el señor RICHARD ELIECER RODRÍGUEZ,

labor que se acostumbra en el gremio de conductores de buses intermunicipales, que la contratación se dio de manera verbal con el demandado, que le pagaban \$40.000 por día, más desayuno y almuerzo; y que dicha labor también la había ejercido para otras empresas como FLOTA VALLE DE TENSA, entre otras.

El testigo PEDRO PABLO RODRÍGUEZ ORTÍZ quien fue compañero de trabajo del señor RICHARD ELIECER RODRÍGUEZ aseveró que conocía al demandante en el gremio de los conductores, porque se la pasaba con ellos, que él subía, bajaba de los buses, hacía rifas y pedía colaboraciones, así como también los acompañaba en los viajes y no solamente lo hacía con los conductores de la FLOTA ÁGUILA, sino que también lo hacía con TRASPORTE ALIANZA y URBANAS en el sector Sesquilé, para lo cual se le brindaba una ayuda de \$10.000 o \$5.000.

La señora FLOR ALCIRA PRIETO quien viajaba de manera constante en la ruta Sesquilé – Tabio, dijo que esa ruta la cubrían más transportadoras, pero que coincidentemente siempre tomó la ruta 905, en donde se encontró con el actor, más o menos en unos 10 viajes, en donde pudo apreciar como el señor LUIS ALFREDO ROJAS colaboraba en cobrar los pasajes y con el equipaje de los pasajeros, afirmó que no estuvo presente el día en que ocurrió el accidente. De otro lado, el testigo JOSÉ LUIS GARNICA JIMÉNEZ manifestó que trabaja como auxiliar de conductor de la empresa VALLE DE TENZA, actividad que ejerce desde varios años, incluso que había trabajado como conductor de la empresa FLOTA ÁGUILA LTDA, razón por la cual conoce al demandante prestando sus servicios como auxiliar de conductor, asegurando que la labor realizada por éste era para la empresa FLOTA ÁGUILA, aunque refiere no recordar en que época fue, sin embargo, sostiene haberlo visto cuando salió en la buseta que manejaba el señor RICHARD ELIECER RODRÍGUEZ el día en que ocurrió el accidente, también que éste le contaba cuanto le pagaban por día y que en ocasiones estuvo como pasajero en el bus presenciando como el señor LUIS ALFREDO prestaba sus servicios.

Con las anteriores declaraciones, queda en evidencia que el actor en efecto ejercía la actividad de auxiliar de conductor en éste gremio, si bien la señora FLOR ALCIRA PRIETO manifestó no haber presenciado la ocurrencia del

accidente, ni tampoco dio certeza si de las 10 veces en que viajó estuviera como conductor el señor RICHARD ELIECER RODRÍGUEZ, lo cierto es que afirmó haber visto como el actor ayudaba al chofer del bus con los pasajeros y con el cobro de los tiquetes, lo cual corroboró el testigo JOSÉ LUIS GARNICA JIMÉNEZ.

Resultando aún más relevante lo dicho por el testigo JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ quien se encontraba como pasajero el día del suceso y presencié de manera directa como sucedieron los hechos, señalando textualmente: *“me senté en el primer puesto detrás de la puerta como todos los días, el señor presente aquí Luis Alfredo Rojas me cobró el tiquete y a la altura de Gachancipá, él haciendo su oficio de parar la flota, bajarse, montar la gente, ordenar la gente, cobrarle a la gente; etc. en un momento paró la flota, recogió a alguien, él fue a subirse pero el chofer del bus arrancó muy rápido, ni siquiera se dio cuenta si él se había subido o no se había subido, la puerta estaba abierta, estaba lloviznando, todo estaba mojado, lo que yo alcance a percibir fue un par de manos que trataban de agarrarse, pues para avisar que iba a subir, pero cuando fue a dar el pie para montarse se resbaló y obviamente perdió el control de sus manos, su fuerza y con la velocidad que llevaba de arranque, pues se soltó y empezó a dar botes por la calle, inmediatamente yo me pongo de pie, llamo la atención del señor conductor y el despavorido se dio cuenta mucho más adelante, paro muchísimo más adelante y el primero en salir corriendo fui yo al ver qué había sucedido, yo no soy doctor ni nada pero detrás de mí venia alguien que sí trabaja en el sector médico, lo auxilió y en menos que yo me imagine ya había aparecido una patrulla, ya habían llamado una ambulancia, yo ya sabía que el señor estaba vivo, desafortunadamente me tenía que venir para Bogotá, pasó otra flota y me vine”.*

Aspectos más que suficientes para establecer que sí existió una prestación del servicio, pues al manifestar todos los deponentes que conocían al demandante como auxiliar de conductor, además de haberlo visto ejerciendo dicha actividad el día del accidente, queda plenamente establecido que se encontraba ejerciendo su función, pues no tiene otra explicación el por qué se encontraba en la puerta del bus, ya que si ese día realmente hubiera ido como pasajero, como lo hace pretender los demandados o que estuviera de

acompañante sin ninguna remuneración, debía haber estado ocupando un puesto, situación que no se encuentra acreditada.

Ahora, si bien es cierto que no se encuentran demostrados los extremos de la relación laboral, pues dice el actor que inició el 1° de septiembre de 2014, sin que obre constancia de ello, pues ninguno de los testimonios dio indicios de la veracidad de dicha fecha, ni siquiera dieron indicios de temporalidad, tampoco existe un extremo final, toda vez que el promotor del litigio asegura estar prestando aún el servicio, aspecto que tampoco esta demostrado. No obstante, no puede desconocerse que el día del accidente el actor prestaba un servicio como auxiliar de conductor tal y como quedó probado, actividad que se desarrollaba de manera informal, pero no por ello debe ser desconocida, sin que la parte demandada conforme a las reglas de la carga de la prueba, haya logrado destruir la presunción contemplada en el artículo 24 del CST, de acuerdo con el análisis probatorio que se llevó a cabo. Debe resaltarse que tampoco resulta suficiente el hecho de que el SOAT haya cubierto parte de los gastos médicos del actor al haberlo catalogado como accidente de tránsito, pues la realidad de los hechos deja ver una situación distinta, por consiguiente, se declarará la relación laboral entre el señor LUIS ALFREDO ROJAS HERRERA con el señor RICHARD ELIECER RODRÍGUEZ.

Extremos, prestaciones sociales y salario

Al carecer de los extremos del vínculo laboral, imposibilita el cálculo de las prestaciones sociales solicitadas, carga probatoria que le correspondía a la parte actora, por lo cual se absolverá a las mismas.

En cuanto al salario indica la parte demandante que el mismo correspondió a la suma de \$40.000 diarios más desayuno y almuerzo, sin que exista prueba de ello, pues si bien el testigo JOSÉ LUIS GARNICA JIMÉNEZ dijo que generalmente se acostumbraba pagar a los auxiliares dicha suma, en el caso del actor no existe constancia de esa remuneración, causando extrañeza que si bien aduce que el pagó era diario, esté solicitando el pago de los mismos, de manera que no se condenará el reconocimiento de salarios adeudados y en caso de efectuarse alguna condena la misma deberá efectuarse sobre el SMLMV.

Culpa patronal

Ha sido reiterativa la jurisprudencia de la CSJ Sala de Casación Laboral en establecer que es el trabajador quien debe acreditar que la causa eficiente del infortunio fue la falta de previsión, diligencia y cuidado por parte de la persona encargada de prevenir cualquier accidente, correspondiéndole al empleador probar que cumplió con la diligencia y cuidado, es decir, no cualquiera, sino aquella que tiene relación armónica y directa con esa causa eficiente o, lo que es lo mismo, con el factor determinante en la ocurrencia del accidente (**SL 4291 del 26 de octubre de 2020, rad. 70848**).

En el presente asunto, no existe discusión frente al accidente que tuvo el señor LUIS ALFREDO ROJAS HERRERA el día 9 de septiembre de 2014, tal y como se comprueba con la documental que milita a folios 12 a 54, 167, 176 a 178, hecho que sucedió al caerse del vehículo automotor en movimiento conducido por el señor RICHARD ELIECER RODRÍGUEZ, lo cual le generó traumatismo intracraneal, traumatismo superficial del labio y de la cavidad bucal; y traumatismo superficial de antebrazo, frente al suceso se indica en la historia clínica que a eso de las 8:30 se encontraba trabajando como auxiliar de transporte público, en ruta que se dirigía vía Tenjo- Bogotá, cuando se acerca al peaje el roble y pierde el equilibrio cayendo del vehículo en movimiento, con pérdida de la conciencia.

Con lo anterior, es indudable que el accidente ocurrido al demandante lo fue estando ejerciendo su labor como ayudante de conductor, de manera que se dan los presupuestos establecidos el artículo 3° de la Ley 1562 de 2012, para fundar que se trató de un accidente de trabajo, el cual consiste en todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte, así como aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo.

Máxime a que, el demandado no demostró haber actuado con suficiente diligencia para evitar el infortunio, sin que pueda establecerse culpa exclusiva de la víctima, ya que es costumbre de este tipo de actividades que el auxiliar permanezca en la puerta del vehículo incluso estando en

movimiento, tal y como quedó demostrado en el hecho ocurrido al actor, costumbre que se encuentra avalada por el conductor, lo cual evidentemente genera un riesgo notorio para el trabajador, razón por la cual se encuentra suficientemente comprobada la culpa del empleador en el evento laboral, sufrido por el señor LUIS ALFREDO ROJAS HERRERA, lo que conlleva a que se cause a su favor la indemnización plena de perjuicios consagrada en el artículo 216 del CST, por lo que resulta procedente entrar a estudiar las pretensiones contenidas en el escrito inaugural.

Perjuicios

- Perjuicios materiales - Lucro cesante

Sobre el lucro cesante consolidado y futuro pretendido por el demandante, tiene adoctrinado esta Sala, lo que se explica en la sentencia CSJ SL2862-2019, así:

*“De igual forma, se ha sostenido por parte de esta Sala, que en tratándose de lucro cesante, debe distinguirse el pasado o consolidado y el futuro. El primero es el que se genera **desde la ruptura o terminación del vínculo contractual y hasta la fecha de proferirse la sentencia**; y por el segundo, debe entenderse aquel que se ocasiona desde la calenda en que se emite la providencia y hasta el cumplimiento de la edad, conforme a la expectativa de vida probable del trabajador; así se sostuvo en la sentencia CSJ SL.18360-2017, en la que se dijo: «En torno al lucro cesante, debe entenderse el dinero que se dejó de percibir por la ocurrencia del daño, el cual comprende el lucro cesante pasado y el futuro, siendo el primero el que se causa a partir de la finalización del contrato de trabajo, es decir, el 23 de septiembre de 1998, hasta la fecha de esta sentencia; y por el segundo, desde el día en que se profiera el fallo, hasta que se cumpla la expectativa de vida probable del actor» (Negrillas fuera de Texto original).*

Para su tasación se debe tomar como punto de partida el salario percibido por el actor, a la fecha del finiquito laboral, calculándose con base en el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, lo que el trabajador deja de percibir, ello conforme a las fórmulas aritméticas que esta Sala ha tomado para efectuar las liquidaciones correspondientes por estos conceptos”.

Bajo los anteriores criterios, se procedió a realizarse los cálculos aritméticos pertinentes en donde arrojó las siguientes sumas:

Fecha de cálculo =		30-abr-21
Datos del causante		Luis Alfredo Rojas H.
Género	=	Masculino
Fecha de nacimiento	=	11-sep-90
Fecha de accidente	=	9-sep-14
Último salario (SMMLV 2014)	=	\$ 616.000
Salario Mínimo actualizado 2021	=	\$ 908.526
Gastos Personales 25%		\$ 227.132
Valor del salario neto		\$ 681.395
Porcentaje de pérdida capacidad L		12,85%
Lucro Cesante Mensual LCM	=	\$ 87.559
1.- Lucro Cesante Consolidado	=	\$ 8.500.581
Lucro cesante Mensual		\$ 87.559
No. de meses a la fecha de fallo		79,70
Intereses mensual		0,5%
Fórmula		
LCC	=	LCM X Sn
Sn	=	$\frac{(1+i)^n - 1}{i}$
2.- Lucro Cesante Futuro	=	\$ 17.028.713
Lucro Cesante Mensual	=	\$ 87.559,19
Edad Causante	=	30,64
Esperanza de vida - Años	=	50,30
Esperanza de vida - Meses	=	603,60
Intereses mensual	=	0,5%
Fórmula		
LCF	=	LCM X an
an	=	$\frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$
Lucro Cesante Consolidado		\$ 8.500.581
Lucro Cesante Futuro		\$ 17.028.713

En tal sentido, los perjuicios materiales están consolidados en una suma de total de **\$25.529.294** a favor del actor.

Perjuicios morales

Frente a esta reclamación, ha sostenido la CSJ Sala de Casación Laboral, que esta clase de perjuicios deben clasificarse en objetivados y subjetivados, y su tasación debe hacerse al *arbitrio judicis*, tal y como lo tuvo por sentado en la sentencia SL4794-2018, rememorada en la sentencia SL 987 de 2021, en donde se dijo:

“[...] la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada ha sostenido que el daño moral debe ser analizado desde dos perspectivas, los objetivados y subjetivados, respecto de los que en la sentencia CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 39867, reiterada en la CSJ SL1525-2017, se dijo «Los primeros, son aquellos daños resultantes de las repercusiones económicas de las angustias o trastornos síquicos que se sufren a consecuencia de un hecho dañoso; y, los segundos, los que exclusivamente lesionan aspectos sentimentales, afectivos, y emocionales que originan angustias, dolores internos, síquicos, que lógicamente no son fáciles de describir o de definir.

En cuanto a su liquidación, la Corporación a dicho de manera pacífica, que es menester aplicar las reglas de la experiencia, pues su tasación se hace al «arbitrium judicis», lo que significa que el juzgador está la capacidad de tasar libremente el monto de dicha indemnización, tal y como se dijo en la sentencia CSJ SL10194-2017, reiterada en la SL17547-2017, sin que ello signifique que se haga de manera caprichosa, sino fincada en circunstancias particulares que rodeen el asunto particular.

En cuanto este perjuicio, se deben tener en cuenta los gastos médicos en que tuvo que incurrir el actor, así como las secuelas ocasionadas por el accidente, que conforme se infiere del dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca de fecha 23 de mayo de 2018, consisten en limitación funcional por cojera secundario a accidente de tránsito del 9 de septiembre de 2014, limitación de actividades diarias debido a su discapacidad motora (fls. 343 a 347), con una pérdida de capacidad laboral del 12.85%, lo que sin lugar a dudas le ocasionó al actor dolor, aflicción, tristeza, entre otros sentimientos, dadas las limitaciones de movilidad que ello le pudo generar en su vida cotidiana; por esa razón, para la Sala resulta evidente el perjuicio moral padecido por el trabajador y, por ende, su indemnización se tasarà en la suma de **\$10.000.000.**

Daño a la vida en relación

El daño a la vida en relación, ha sido definido como la «*afectación a la aptitud y disposición para disfrutar de la dimensión de la vida en cualquiera de sus escenarios sociales, que impide que algunas actividades ya no se puedan realizar o que requieren de un esfuerzo o genera incomodidades y dificultades*» (CSJ SL4570-2019), este tipo de daños afecta la esfera externa del comportamiento del individuo, y su reconocimiento si bien se otorga al arbitrio del juez dada su estirpe extrapatrimonial, acorde con las circunstancias particulares de cada evento, «*[...] en todo caso, la cavilación ponderada alrededor de ese estimativo, requiere de una plataforma fáctico-probatoria que permita ver la realidad ontológica del daño y su grado de afección de la persona involucrada*» (CSJ SC22036-2017).

Así las cosas, no se encuentra dentro del proceso medios de convicción que demuestren la afectación a la aptitud y disposición para disfrutar de la dimensión de la vida en cualquiera de sus escenarios sociales, o que se hubiera demostrado impedimento para realizar algunas actividades placenteras de la vida, por lo que debe impartirse absolucíon por tal concepto.

Rembolso de gastos médicos

Como prueba de los gastos médicos en que se incurrió, el actor aportó sendas facturas tanto de medicamentos, como de servicios de transporte entre Sesquilé -Bogotá- Sesquilé para asistir a sesiones de fisioterapia a fin de tratar las secuelas ocasionadas por el accidente, las cuales se encuentran a folios 181 a 386 y que arrojan un total de **\$30.178.305** en gastos, cabe resaltar que dicha suma se tomó de las facturas de transporte que se encuentran plenamente soportadas con las fechas en que se compareció a las terapias físicas, en tal sentido habrá de reembolsarse los valores en que tuvo que sufragar el demandante.

Reembolso de incapacidades

Establece el artículo 161 de la Ley 100 de 1993, que son deberes de los empleadores:

“Como integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, los empleadores, cualquiera que sea la entidad o institución en nombre de la cual vinculen a los trabajadores, deberán:

1. Inscribir en alguna Entidad Promotora de Salud a todas las personas que tengan alguna vinculación laboral, sea ésta, verbal o escrita, temporal o permanente. La afiliación colectiva en ningún caso podrá coartar la libertad de elección del trabajador sobre la Entidad Promotora de Salud a la cual prefiera afiliarse, de conformidad con el reglamento.

2. En consonancia con el artículo 22 de esta ley, contribuir al financiamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud, mediante acciones como las siguientes:

a) Pagar cumplidamente los aportes que le corresponden, de acuerdo con el artículo 204.

b) Descontar de los ingresos laborales las cotizaciones que corresponden a los trabajadores a su servicio;

c) Girar oportunamente los aportes y las cotizaciones a la Entidad Promotora de Salud, de acuerdo a la reglamentación que expida el gobierno.

3. Informar las novedades laborales de sus trabajadores a la entidad a la cual están afiliados, en materias tales como el nivel de ingresos y sus cambios, las vinculaciones y retiros de trabajadores. Así mismo, informar a los trabajadores sobre las garantías y las obligaciones que les asisten en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

4. Garantizar un medio ambiente laboral sano, que permita prevenir los riesgos de trabajo y enfermedad profesional⁶, mediante la adopción de los sistemas de seguridad industrial y la observancia de las normas de salud ocupacional y seguridad social.

PARÁGRAFO. Los empleadores que no observen lo dispuesto en el presente artículo estarán sujetos a las mismas sanciones previstas en los artículos 22 y 23 del Libro Primero de esta Ley. Además, los perjuicios por la negligencia en la información laboral, incluyendo la subdeclaración de ingresos, corren a cargo del patrono. La atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad y ATEP serán cubiertos en su totalidad por el patrono en caso de no haberse efectuado la inscripción del trabajador o no gire oportunamente las cotizaciones en la entidad de seguridad social correspondiente”.

Para establecer el monto de la prestación, indica el artículo 3° de la Ley 776 de 2002, lo siguiente:

“ARTÍCULO 3o. MONTO DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS POR INCAPACIDAD TEMPORAL. Todo afiliado a quien se le defina una incapacidad temporal, recibirá un subsidio equivalente al cien (100%) de su salario base de cotización, calculado desde el día siguiente el que ocurrió el accidente de trabajo y hasta el momento de su rehabilitación, readaptación o curación, o de la declaración de su incapacidad permanente parcial, invalidez o su muerte. El pago se efectuará en los períodos en que el trabajador reciba regularmente su salario (...).”

Bajo los anteriores preceptos normativos es obligación del empleador pagar las incapacidades concedidas al trabajador, como fruto de las contingencias acaecidas, ante el incumplimiento en la afiliación, a folios 16 a 33 se encuentra copias de las diferentes incapacidades expedidas por la IPS ARTROCENTRO de la ciudad de Bogotá a favor del actor, en las cuales se indica como contingencias accidente de tránsito, así:

Fecha inicial	Fecha final	total, días de incapacidad	Total, valor incapacidad
23 diciembre de 2014	21 de enero de 2015	531	
22 de enero de 2015	20 de febrero de 2015		\$11.471.110
23 de noviembre de 2014	22 de diciembre de 2014		
21 de febrero de 2015	22 de marzo de 2015		
23 de marzo de 2015	21 de abril de 2015		
23 de abril de 2015	22 de mayo de 2015		
23 de mayo de 2015	21 de junio de 2015		
22 de junio de 2015	21 de julio de 2015		
24 de septiembre de 2014	23 de octubre de 2014		
20 de septiembre de 2015	19 de octubre de 2015		
21 de agosto de 2015	19 de septiembre de 2015		
22 de julio de 2015	20 de agosto de 2015		
19 de noviembre de 2015	18 de diciembre de 2015		

20 de octubre de 2015	18 de noviembre de 2015
24 de octubre de 2014	22 de noviembre de 2014
19 de diciembre de 2015	17 de enero de 2016
18 de enero de 2016	16 de febrero de 2016
17 de febrero de 2016	18 de marzo de 2016

Responsabilidad solidaria

Establece el artículo 34 del CST, lo siguiente:

“Art. 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES.

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

Teniendo en cuenta lo dispuesto en la norma antes citada, existe solidaridad entre el beneficiario de la obra o del servicio y el contratista independiente, en relación con las obligaciones laborales de los trabajadores de éste, siempre que las actividades contratadas tengan una relación directa con aquellas que se derivan del giro ordinario de sus negocios, en el caso bajo estudio es notorio que la actividad realizada por el actor tiene una relación directa con el giro ordinario de la empresa FLOTA ÁGUILA S.A., lo cual en principio se encuentra demostrada la responsabilidad solidaria.

Establece como medio de defensa la empresa FLOTA ÁGUILA S.A. que dentro de sus reglamentos se encuentra prohibida la contratación de terceros, además de que dicho cargo nunca ha existido dentro del organigrama de la empresa, soportando su dicho con circulares emitidas por el jefe de recursos humanos y dirigidos a los conductores, propietarios, administrador y coordinadores en las cuales se pone de presente dicha prohibición (fls. 136 a 138). Así mismo, se llamó como testigo al señor José Ignacio Urbina Jiménez quien manifestó ser supervisor desde hace más de 40 años, teniendo como funciones la de estar pendiente del servicio que presta la empresa demandada, estar pendiente de que los conductores no utilicen terceras

personas, ya que existe dicha prohibición, para lo cual debe salir a la calle, chequear, inspeccionar, llamar a la empresa cuando se observe el incumplimiento y tomar fotos, manifiesta también que dicho control también lo hacen en los despachos y agencias.

De lo expuesto, puede inferirse que en efecto dentro de la empresa existía la prohibición de contratar terceras personas por parte de los conductores, sin embargo, ello no implica que en el presente asunto deba ser eximida de responsabilidad solidaria, teniendo en cuenta que la llamada a juicio no logró demostrar que el día del suceso ocasionado al demandante, hubiere ejercido dicha vigilancia y control, situación que hubiera evitado que el actor fuera contratado de manera irregular, como tampoco logró demostrar que dicho control lo hiciera de manera periódica, pues si hubiera sido así, los testigos no hubieren asegurado que la actividad de auxiliar de conductor, es una actividad cotidiana en este gremio, de manera de que si realmente la empresa tenía prohibida dicha práctica, debió acreditar que efectivamente procuraba tomar las medidas necesarias con el fin de evitar la configuración de este tipo de actividades ejercidas por terceros no vinculados a la empresa.

Debe tenerse en cuenta, además, que a través de jurisprudencia de la CSJ Sala de Casación Laboral se ha declarado la existencia de responsabilidad solidaria entre las empresas de taxistas y los conductores que contratan los afiliados a estas empresas o los dueños del vehículo, con sustento en lo establecido en el artículo 15 de la Ley 15 de 1950, que señala:

“ARTÍCULO 15. *El contrato de trabajo verbal o escrito, de los choferes asalariados del servicio público, se entenderá celebrados con las empresas respectivas, pero para efecto de pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, las empresas y los propietarios de los vehículos, sean socios o afiliados, serán solidariamente responsables”.*

Refiriendo la alta Corporación en la sentencia con radicado 39259 del 17 de abril de 2013, lo siguiente:

“En efecto, el ad quem llamó a operar el D. 172/2001 Art. 6° para definir o decir qué se debe entender por el “Transporte Público Terrestre Automotor Individual de Pasajeros en vehículos taxi”, pero la presunción legal específica en comento, la hizo derivar de lo preceptuado en la L. 15/1959 Art. 15, de cuyo texto coligió que dicha normativa no solo presume que la vinculación laboral del conductor se hizo “con la empresa respectiva”, sino que también “determina la solidaridad entre ésta y el propietario del vehículo”, lo cual por demás está acorde con el texto normativo, que

establece una presunción legal iuris tantum que admite prueba en contrario, respecto de las empresas que tienen afiliados a los vehículos de transporte público, y como lo dijo la Colegiatura adicionalmente prevé que dichas empresas junto con los propietarios de los automotores son los responsables “para efectos del pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones”.

Si bien no se trata del mismo asunto, los fundamentos allí expuestos encajan perfectamente con el asunto *sub examine*, toda vez que, si el contrato de trabajo verbal o escrito, de los choferes asalariados del servicio público, se entienden celebrados con las empresas respectivas, lo mismo sucederá con los auxiliares de estos, pues están prestando un servicio a favor de ésta, por consiguiente, se declarará la responsabilidad solidaria con la empresa FLOTA ÁGUILA S.A.

Prescripción

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción, se tiene que la misma no tiene vocación de prosperidad, como quiera que el accidente ocurrió el 9 de septiembre de 2014, el demandante reclamó ante la empresa demandada el 1° de marzo de 2016 (fls. 37-38) y la demanda se radicó el 18 de julio de 2016 (fl.60), sin que de una fecha a otra superara los 3 años contemplados en los artículos 151 del CPTSS y 488 del CST.

COSTAS:

COSTAS en ambas instancias a cargo de las demandadas, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ-SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la existencia de un contrato laboral entre el señor LUIS ALFREDO ROJAS HERRERA y el señor RICHARD ELIECER RODRÍGUEZ, relación laboral en cual se

desempeñó como auxiliar de conductor devengando como salario el SMLMV, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR que el accidente ocurrido el 9 de septiembre de 2014, al demandante fue como consecuencia de un accidente laboral, ocasionada por culpa del empleador.

TERCERO: CONDENAR al señor RICHARD ELIECER RODRÍGUEZ y solidariamente a la empresa FLOTA ÁGUILA S.A. a las siguientes sumas y conceptos:

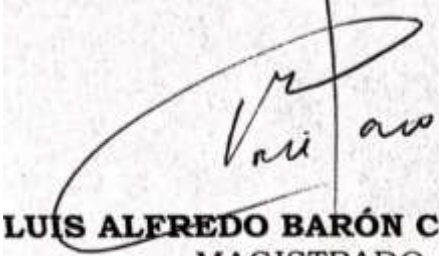
- Perjuicios materiales-lucro cesante:** \$25.529.294.
- Perjuicios morales:** \$10.000.000
- Reembolso gastos médicos:** \$30.178.305
- Reembolso incapacidades:** \$11.471.110

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de las demandadas, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

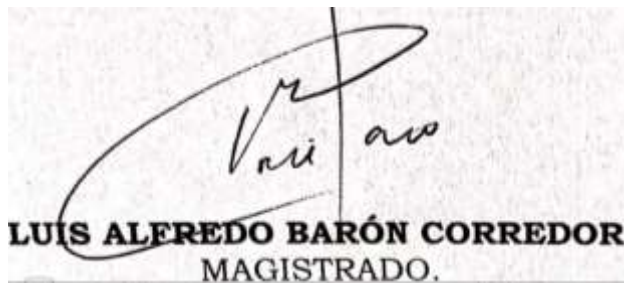


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de las demandadas en la suma de \$900.000 pesos, para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARINA TORRES PARRA CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A
LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

Solicita la señora **MARINA TORRES PARRA** se **condene** a la entidad demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a que tiene derecho, por la muerte de su esposo RICARDO ANTONIO ANGULO ORTÍZ desde el momento de su fallecimiento, es decir, a partir del 8 de diciembre de 2001, junto con las mesadas adicionales de cada año y los incrementos anuales, se condene al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, subsidiariamente se **condene** a la indexación y se **condene** al pago costas y agencias en derecho (fl.3).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 3 a 4 del plenario, en los cuales en síntesis se señalaron; que el señor RICARDO ANTONIO ANGULO ORTÍZ era afiliado al extinto ISS donde cotizó un total de 803, 57 semanas, que era casado con la señora MARINA TORRES PARRA desde el 18 de julio de 1981, con quien convivió hasta la fecha de su fallecimiento que ocurrió el 8 de diciembre de 2001, que solicitó el reconocimiento de la pensión el 19 de septiembre de 2003, la cual fue resuelta desfavorablemente mediante resolución No. 031406 del 25 de octubre de 2004, la cual se fundamentó en que el asegurado para el momento del fallecimiento

no acreditaba ninguna semana cotizada durante el su último año de vida, cuando el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, exigía como mínimo 26 semanas.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 5, 7 a 10, no ser cierto el 6 y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y la obligación, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios, compensación e innominada o genérica (fls.22 a 30).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 6° Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 12 de diciembre de 2018, **condenó** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes en cuantía inicial de \$475.940, que resultaba de aplicar el artículo 20 del Decreto 758 de 1990 a partir del 8 de diciembre de 2001, **condenó** al pago de intereses moratorios a partir de la exigibilidad de las mesadas pensionales hasta la fecha de su pago, **absolvió** a la demandada de las demás pretensiones en su contra y la **condenó** al pago de costas procesales (CD fl. 71).

Como argumento de su decisión, la *a quo* señaló que el problema jurídico a resolver se circunscribía en determinar cuál era la norma aplicable al caso, teniendo en cuenta que no se discutía la calidad de beneficiaria de la demandante.

Posteriormente, indicó que el causante había fallecido el 8 de diciembre de 2001, fecha para la cual se encontraba vigente la Ley 100 de 1993 en su versión original, encontrando que el causante no había logrado acreditar 26 semanas durante su último año de vida, pues reporta 0 semanas, por lo que en principio no había dejado causado el derecho a la pensión de sobrevivientes. Sin embargo, dio aplicación al principio de la condición más beneficiosa, haciendo referencia que según la jurisprudencia de la CSJ señalaba que las 150 semanas en cualquier tiempo antes de la muerte debían ser cumplidas antes del 1° de abril de 1994, fecha de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, 6 años hacía atrás desde abril de 1994, debía cumplirse con dicho requisito, para lo cual sostuvo que revisada la historia laboral del causante se tenía que había acreditado un total de 703,14 semanas con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993, cumpliendo con una densidad superior a las 300 semanas, lo cual daba lugar a reconocer la pensión de

sobrevivientes con fundamento en lo dispuesto en el Acuerdo 040 de 1990, condenado a COLPENSIONES a reconocer la pensión en cuantía inicial de \$475,940 que resulta de aplicar el artículo 20 del Decreto 758 de 1990 a partir del 8 de diciembre de 2001, intereses moratorios a partir de la exigibilidad de las mesadas pensionales hasta la fecha de pago. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción desde el 12 de julio de 2014 hacía atrás, teniendo en cuenta que la demanda se presentó el mismo día y mes del año 2017.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandada** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la decisión de primera instancia teniendo en cuenta que COLPENSIONES reconoció indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes mediante resolución 6367 de enero de 2008, teniendo en cuenta 800 semanas de cotización efectuadas por el causante en cuantía de \$3.030.078, lo cual genera la incompatibilidad entre la indemnización sustitutiva y la pensión de sobrevivientes.

Por otro lado, en caso de que se considere que le asiste derecho a la pensión, solicita se revoque la condena por intereses moratorios teniendo en cuenta que estos se causan cuando existe retraso en el reconocimiento de mesadas pensionales, que en el presente caso obraba el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, solicitud que se había respondido en tiempo, además que los intereses moratorios se encontraban consagrados únicamente para el reconocimiento de las pensiones de la ley 100 de 1993, por lo que al reconocerse la pensión en aplicación de la condición más beneficiosa dando aplicación al Decreto 758 de 1990, no sería procedente tal condena, también solicita sea absuelta frente al pago de costas procesales por haber dado respuesta oportuna a la solicitud de indemnización sustitutiva.

C O N S I D E R A C I O N E S

Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar, si hay lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora MARINA TORRES PARRA con ocasión al fallecimiento de su cónyuge RICARDO ANTONIO ANGULO ORTÍZ, si la misma es compatible con la indemnización sustitutiva reconocida, si hay lugar al pago de intereses moratorios, si debe condenarse al pago de costas procesales y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

No son materia de controversia los siguientes aspectos: **1.)** que el señor RICARDO ANTONIO ANGULO ORTÍZ falleció el 8 de diciembre de 2001 (fl.9), **2.)** que contrajo matrimonio con la señora MARINA TORRES PARRA el día 18 de julio de 1981 (fl.14), **3.)** que realizó cotizaciones a COLPENSIONES entre el 15 de abril de 1973 al 31 de marzo de 1996, para un total de 803,57 semanas (fls. 78 a 81), **4.)** que le fue reconocida indemnización sustitutiva mediante resolución 6367 de enero de 2008 en la suma de \$3.030.078 como se dejó plasmado en la Certificación de la Secretaría Técnica del Comité de Conciliación y defensa Judicial de COLPENSIONES (fl.41), **5.)** tampoco fue tema de controversia la calidad de beneficiaria de la demandante, pues tal aspecto no fue objeto de discusión dentro de la resolución 031406 de 2004, en la cual le negó el reconocimiento pensional a la demandante, ya que allí se estableció que el motivo de negación consistía en que el causante contaba con 0 semanas en su último año de vida, cuando el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, exige un mínimo de 26 semanas (fl. 8).

Pensión de Sobrevivientes

Ahora, a fin de determinar si el señor RICARDO ANTONIO ANGULO ORTÍZ reunió los requisitos para que la reclamante pueda obtener la pensión de sobrevivientes, se tiene en principio que la norma que gobierna la situación pensional aquí debatida, no es otra que el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, teniendo en cuenta que su **deceso ocurrió el 8 de diciembre de 2001**, normatividad que disponía:

“ARTÍCULO 46. *Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

1.Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y

2.Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiera cumplido alguno de los siguientes requisitos:

a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;

b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema. Hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte”.

Así entonces, encuentra la Sala que el causante al momento de su fallecimiento no se encontraba cotizando ante la entidad demandada, tal como se corrobora de su historia laboral (fls. 78 a 81), toda vez que realizó su último aporte el 31 de marzo de 1996, de manera que, para acceder a la prestación conforme a la normatividad en cita, le

correspondía acreditar 26 semanas en el año inmediatamente anterior al momento en que se produjo la muerte.

Pasa entonces la Sala a verificar si es procedente dar aplicación al principio de la **condición más beneficiosa**, al efecto la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2425-2016, Rad. N° 48.322, del 17 de febrero de 2016, manifestó que, en desarrollo del principio de la condición más beneficiosa, se puede acudir a la norma anterior para efectos de reconocer un eventual derecho, el cual se genera cuando se logra la densidad de cotizaciones necesarias para acceder a ella. Si bien la alta Corporación de la jurisdicción ordinaria Laboral, ha señalado que el juez no puede hacer un ejercicio histórico sobre normas que regulan la materia (SL4020-2019, reiteró la sentencia CSJ SL1689-2017).

No obstante, lo anterior, la Corte Constitucional en la Sentencia SU 442 de 2016, analizó el caso de un afiliado a quien se le estructuró la pérdida de su capacidad laboral en vigencia de la ley 860 de 2003; sin embargo, aplicó en virtud del principio de la condición más beneficiosa no la ley 100 de 1993, sino el acuerdo 049 de 1990; si bien se analizó el caso para el reconocimiento de una pensión de invalidez, sus consideraciones son aplicables al caso en concreto, la Corte indicó:

“La Corte determinó que por haber reunido más de 300 semanas antes de entrar en vigencia el sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, momento para el cual su situación estaba gobernada por el Decreto 758 de 1990, se forjó entonces para el accionante una expectativa legítima de que, en lo pertinente, este requisito le sería respetado. Si bien el legislador podía introducir ajustes o incluso reformas estructurales al sistema pensional, debía hacerlo en un marco de respeto por los derechos adquiridos y las expectativas legítimas”

En otros apartes señaló, la Corte Constitucional:

“La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional han señalado como fundamentos centrales de la condición más beneficiosa esencialmente los siguientes: (i) La seguridad social, la Constitución garantiza a todos los habitantes “el derecho irrenunciable a la seguridad social” (CP art 48). Por ser un derecho expresamente estatuido en la Carta, debe ser interpretado de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia; (ii) La protección de las personas que por sus condiciones de salud se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Cuando la condición más beneficiosa, se aplica a las solicitudes de pensión de invalidez, concurre además un grupo de principios constitucionales que protegen a las personas que –por ejemplo debido a su salud- están en circunstancias de debilidad manifiesta. La Constitución consagra el derecho de todas las personas que “se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” a ser protegidas “especialmente” con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad “real y efectiva”; (iii) La confianza legítima. Aunque el riesgo que activa el acceso a la pensión de invalidez tiene por principio un carácter futuro, incierto e imprevisible, no por eso se pierde en este contexto el derecho a la protección de la confianza legítima. Quien ha reunido la densidad de semanas de cotización para

pensionarse por invalidez en vigencia de un régimen, aun cuando no haya perdido aún la capacidad laboral en el grado exigido por la Ley, se forja la expectativa legítima consistente en la posibilidad de pensionarse en caso de que sobrevenga la ocurrencia del riesgo; (iv) La condición más beneficiosa. Una vez una persona contrae una expectativa legítima en vigencia de un esquema normativo alcanza entonces un derecho a que le sea protegida. Este derecho es además de raigambre constitucional, y por serlo ampara a la persona frente a una pérdida de su fuerza de trabajo o capacidad laboral. En tal virtud, le es aplicable la protección específica de la Constitución. (subrayado fuera del texto original).

Se puede caracterizar el principio de la condición más beneficiosa en pensiones de invalidez como un derecho constitucional, en virtud del cual una solicitud de reconocimiento pensional puede examinarse conforme a la condición más beneficiosa prevista en normas anteriores a la vigente al estructurarse una pérdida de 50% o más de capacidad laboral, en la medida en que la persona se haya forjado una expectativa legítima en vigencia de la normatividad anterior, y en que la reforma de esta última no se haya acompañado de un régimen de transición constitucionalmente aceptable. En la jurisprudencia se ha aplicado precisamente a la pensión de invalidez tras observar que la sucesión de regímenes y normas aplicables al aseguramiento de este riesgo ha estado desprovista de esquemas para la transición que protejan las expectativas legítimas”

En tal aspecto, se tiene que en el presente caso no es necesario acudir al límite temporal para determinar la norma pensional como lo establece la Corte Constitucional, teniendo en cuenta que el causante alcanzó a reunir con el requisito de la norma inmediatamente anterior, la cual corresponde al art. 25 del Acuerdo 049 de 1990, que, a su vez, remite al art. 6, el cual señala:

“REQUISITOS DE LA PENSION DE INVALIDEZ. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

(..)

b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.”

Acreditándose **803,57 semanas** para el momento del fallecimiento, superando ampliamente el requisito de las 300 semanas cotizadas con anterioridad al 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia la ley 100 de 1994. Por lo anterior, el causante dejó causado a favor de sus beneficiarios el derecho a la pensión de sobrevivientes bajo lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990.

Monto pensional

Indicó la sentenciadora de primera instancia, que para de determinar el monto de la mesada pensional acudió a lo dispuesto en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, para lo cual dicha norma no resultaba aplicable al asunto, toda vez que ha sido

reiterada la jurisprudencia del CSJ Sala de Casación Laboral en cuanto a que en virtud del principio de la «condición más beneficiosa» se acude al Acuerdo 049 de 1990, ello sólo se hace de cara al número de semanas exigidas en esa normativa para acceder a la pensión, de allí que las demás condiciones y requisitos de la prestación se rigen o se determinan es bajo la legislación vigente al momento del deceso del afiliado fallecido. Al respecto, en sentencia SL 510 de 2021, en la se citó varias sentencias de la misma Corporación como la sentencia SL 9769-2014, se dijo:

“Así las cosas y reiterando la jurisprudencia de la Corte, se da aplicación al principio de la condición más beneficiosa, por cuanto no es admisible negar la pensión de sobrevivientes por la ausencia de cotizaciones durante la anualidad anterior a la fecha de fallecimiento del afiliado, si durante todo el tiempo de su vinculación al Instituto demandado y antes de entrar en vigencia el nuevo sistema de seguridad social, cumplió con los requisitos establecidos en el A. 049/1990, aprobado por el D. 758 del mismo año, como acontece en el presente asunto.

Entonces para establecer el monto de la pensión de sobrevivientes se debe acudir al artículo 48 de la L. 100/1993, cuyo inc. 2° establece:

El monto mensual de la pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda del 75% del ingreso base de liquidación.

El Ingreso Base de Liquidación será de acuerdo con el D. 692/1994 art. 46 inc. 2°, que dispone “..el promedio de los salarios o rentas mensuales cotizados durante todo el período de cotización, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, total nacional, según la certificación del DANE.”, por lo que se parte del promedio de los salarios cotizados durante todo el período de cotización”.

Indicando la alta Corporación que dicha providencia fue reiterada en la decisión SL1815-2018, en la cual se señaló:

“Al respecto, estima la Sala que le asiste razón en su reparo ya que si bien en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, se acude a los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990 en cuanto a las semanas requeridas para prestación por muerte, la tasa de reemplazo se encuentra regulada por la norma vigente al momento del deceso, esto es, el artículo 48 de la Ley 100 de 1993. Esta norma dispone que corresponde al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda del 75%. De ahí que es palmario que el fallador de primer grado se equivocó al ordenar la aplicación de un porcentaje del 90%”.

En ese orden de ideas y siguiendo la línea jurisprudencial en precedencia, se procedió a realizarse de nuevo los cálculos aritméticos conforme a lo dispuesto en los artículos 21 y 48 de la Ley 100 de 1993, para lo cual arrojó un IBL de \$ 907.602,46 que al aplicarse la tasa de remplazo del 62% se obtuvo como mesada pensional la suma de

\$562.713,52 para el 8 de diciembre de 2001, por lo que habrá de modificarse la mesada establecida en primera instancia.

Compatibilidad entre la indemnización sustitutiva y la pensión de sobrevivientes

Frente a este punto del recurso interpuesto por la entidad demandada, la alta Corporación de la jurisdicción Ordinaria Laboral, también se ha pronunciado considerando que, en caso de reconocerse la indemnización sustitutiva a los sobrevivientes del causante, procede la autorización para descontar lo que se otorgó, pero a título de pago parcial, tal y como se pronunció en reciente jurisprudencia con radicado SL 4188 de 2020, en la que se dijo:

“Lo anterior, porque conforme se explicó en la sentencia CSJ SL11456-2015, en un asunto de semejantes aristas procesales al presente, existiendo el deber de reconocer la pensión de sobreviviente, el carácter indemnizatorio de la prestación sustitutiva «[...] perdió toda fortaleza, de manera que para las resultas del proceso, apenas habrá de tenerse como un pago parcial de la real obligación pensional que pesaba a cargo del ente demandado».

Tal conclusión, se refuerza si se tiene en cuenta, que según lo decantó la Corte, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL13645-2014 reiterada en la decisión CSJ SL1624-2018, aquella es una prestación provisional que no tiene la virtualidad de evitar el disfrute de la pensión, por ser la garantía máxima de seguridad social y un beneficio irrenunciable en los términos del artículo 48 superior.

Así las cosas, como «[...] el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, per se, implica que no había lugar al [...] de la indemnización sustitutiva», es imprescindible el descuento de lo pagado por ese crédito, en especial, debido a que, según se indicó en la sentencia CSJ SL3504-2019, tal es la única forma de «[...] conjurar un eventual enriquecimiento sin causa de la accionante [...]».

Por lo consiguiente, habrá de **adicionarse** la sentencia de primera instancia ordenando autorizar a COLPENSIONES a deducir la suma de \$3.030.078 que fue reconocida como indemnización sustitutiva del valor total del retroactivo.

Prescripción

En cuanto a la excepción de prescripción se tiene que el derecho se hizo exigible el 8 de diciembre de 2001, momento del fallecimiento del causante, la demandante reclamó el 19 de septiembre de 2003, solicitud que fue resuelta negativamente mediante resolución No. 031406 de 2004 y tan solo acudió a la justicia ordinaria hasta el 12 de julio de 2017, por lo que en efecto debe declararse probada parcialmente esta excepción con anterioridad al 12 de julio de 2014, por haber superado los 3 años contemplados en el artículo 151 del CPTSS.

Intereses moratorios

Ahora, en lo que respecta a los intereses moratorios los mismos deberán ser absueltos no por las razones expuestas en el recurso de alzada, sino porque la CSJ Sala de Casación Laboral ha establecido que por haberse reconocido la pensión en razón de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, el cual es de origen jurisprudencial, la entidad accionada se encontraba amparada por cuanto su negativa se debió al seguirse a la normatividad legal vigente, tal como se dijo en la sentencia SL 1813 del 27 de mayo de 2020, en la cual se expuso:

“Pues bien, en casos como el presente, en el que efectivamente la pensión de sobrevivientes se concedió a los beneficiarios del causante, en razón de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, que es de origen jurisprudencial, esta Corporación ha estimado que los mencionados intereses moratorios resultan improcedentes, cuando la actuación de la Administradora del fondo de pensiones estuvo amparada en el ordenamiento legal vigente para el momento en que se causa el derecho y se surte la reclamación pensional.

En efecto, esta Sala, en la sentencia CSJ SL763-2018, adocrinó que «los intereses moratorios previstos en la norma, no proceden cuando el reconocimiento del derecho nace, como en este caso, de una creación jurisprudencial». Y en la sentencia CSJ SL4064-2019, puntualizó:

Se absolverá a la demandada de los intereses moratorios solicitados por cuanto, según se desprende de la Resolución No. 2204 de 2010 (folios 45 a 47), el ISS negó la pensión reclamada con fundamento en que no se cumplían las exigencias del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que era la norma en principio aplicable al caso. Ello significa que la negativa en reconocer la prestación tenía fundamento legal y su reconocimiento procede por virtud de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, de construcción eminentemente jurisprudencial. (Subraya la Sala).

Teniendo en cuenta lo expuesto en precedencia y como bien lo sostiene la censura, no es dable condenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., al pago de los citados intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, ni desde la causación del derecho pensional como tampoco a partir de la ejecutoria de la sentencia de segundo grado según lo decidió el Tribunal, precisamente por tratarse de una pensión concedida con amparo en la condición más beneficiosa, ya que esta es una de las excepciones para exonerar a la parte demandada de esta súplica y, en tales condiciones dicha AFP no estaría en mora”.

Debiéndose entonces ordenar que las mesadas adeudadas deban ser debidamente **indexadas**, como lo ha ordenado la CSJ Sala de Casación Laboral en los casos en los cuales no se impone el pago de intereses moratorios como en sentencia SL 2786 de

2020, entre otras, teniéndose en cuenta como IBL inicial el de causación de cada diferencia y como final, el de la data en que se efectúe el pago.

Costas procesales

En cuanto a la condena en costas a COLPENSIONES en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar COLPENSIONES vencida en juicio, la misma debe ser condenada en costas.

Costas en segunda instancia

estarán a cargo de COLPENSIONES.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado 6° Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de establecer que la mesada pensional a favor de la actora para el 8 de diciembre de 2001, corresponde a la suma de \$ 562.713,52, la cual resulta de aplicar los artículos 21 y 48 de la Ley 100 de 1993, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

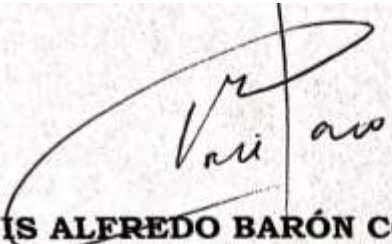
SEGUNDO: REVOCAR el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia, en cuanto a la condena por intereses moratorios, en su lugar se **ORDENA** que las sumas adeudadas sean debidamente indexadas conforme se estableció en ésta decisión.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de **ORDENAR** a COLPENSIONES a descontar del valor del retroactivo la suma de \$3.030.078, en caso de haber sido consignados y reclamados por la demandante como indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes aquí reconocida.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada.

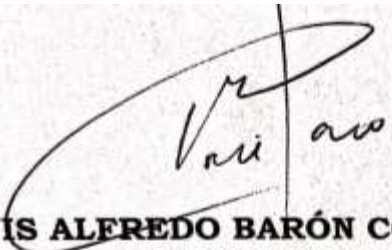
Notifíquese y cúmplase,


LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$ 900.000 pesos.


LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1986	250	3,416	61,99	18,145	\$ 35.990,92	\$ 653.064,59	\$ 5.442.204,93
1987	365	4,132	61,99	15,003	\$ 40.086,55	\$ 601.406,32	\$ 7.317.110,19
1988	366	5,124	61,99	12,097	\$ 58.357,34	\$ 705.939,13	\$ 8.612.457,39
1989	365	6,566	61,99	9,441	\$ 79.460,73	\$ 750.226,69	\$ 9.127.758,05
1990	365	8,281	61,99	7,486	\$ 123.258,13	\$ 922.702,09	\$ 11.226.208,73

1991	365	10,961	61,99	5,655	\$ 134.557,74	\$ 760.978,83	\$ 9.258.575,71
1992	366	13,901	61,99	4,459	\$ 247.058,66	\$ 1.101.699,95	\$ 13.440.739,40
1993	365	17,395	61,99	3,564	\$ 330.869,53	\$ 1.179.085,75	\$ 14.345.543,28
1994	365	21,328	61,99	2,906	\$ 393.236,14	\$ 1.142.939,99	\$ 13.905.769,91
1995	346	26,147	61,99	2,371	\$ 488.851,57	\$ 1.158.967,56	\$ 13.366.759,23
1996	82	31,237	61,99	1,984	\$ 528.955,54	\$ 1.049.695,63	\$ 2.869.168,06
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2001	\$ 108.912.294,88
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 907.602,46
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					62%
		Primera mesada					\$ 562.713,52
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2001	\$ 286.000,00

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – GUSTAVO ADOLFO PIÑA GOEZ -
contra –SITEL DE COLOMBIA S.A.-.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende el señor **GUSTAVO ADOLFO PIÑA GOEZ**, se **declare** que presentó renuncia irregular al incremento salarial al existir vicio del consentimiento por inducción a error por parte del empleador, razón por lo que a la fecha de finalización del vínculo contractual laboral, no le tuvo en cuenta el salario real, por lo debe **declararse** que existe mora en el pago de salario junto con las prestaciones sociales. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a SITEL DE COLOMBIA S.A. a pagar el mayor valor del salario adeudado, así como la reliquidación de cesantías junto con sus intereses, prima de servicios, indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T, se **condene** ultra y extra petita y se **condene** al pago de costas procesales (fl. 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 5), señaló que el 1 de abril de 2014, fue contratado a término indefinido por parte de la demandada, pactando como salario la suma de \$2.500.000 en el cargo de Coordinador Jurídico Recursos Humanos, en el horario establecido por la

entidad sin que presentara llamados de atención ni inconveniente alguno frente al cumplimiento de las labores encomendadas, acotó que para el 31 de octubre de 2014 tuvo un incremento salarial en la suma de \$3.500.000 y que debido a motivos familiares el 1 de noviembre de 2014 presentó carta de renuncia a la empresa agradeciendo la oportunidad brindada y que su empleador le hizo cambiar el contenido de ese comunicado, indicándole que debía consignar que rechazaba de manera voluntaria el incremento salarial y que solicitaba se realizara la liquidación con el salario anterior, induciéndolo de esta forma a error, viciando su consentimiento y desmejorando sus derechos irrenunciables, por lo que finalmente la finalización del vínculo laboral se dio para el 10 de noviembre de 2014.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

SITEL DE COLOMBIA S.A. contestó el introductorio (fls. 36 a 47), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 al 8 y 14, ser parcialmente ciertos los numerales 9 y 13 y frente a los demás señaló no ser ciertos o no corresponder a una situación fáctica, propuso como excepciones de fondo las denominadas mala fe por parte del demandante e inexistencia de la obligación cobro de lo no debido.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 06 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 14 de diciembre de 2018 (CD – fl. 78), **absolvió** a la sociedad accionada SITEL DE COLOMBIA S.A. de las pretensiones contenidas en la demanda y **condenó** en costas al demandante en la suma de \$1.100.000.

Fundamentó su decisión, indicando que el actor solicitaba el reajuste respecto de sus créditos laborales atendiendo el incremento de salario realizado mediante misiva de fecha 31 de octubre de 2014 en la suma de \$3.500.000 con efectos a partir del 1 de noviembre de 2014 y que rechazó el aumento salarial (por así solicitárselo la empresa) mediante carta de

renuncia con efectos 10 de noviembre de 2014, documento que recibió la entidad el 4 de noviembre de 2014. Acotando, que en el presente asunto no existía discusión que la relación laboral había dado inicio el 1 de abril de 2014, en el cargo de coordinador jurídico recursos humanos y que como salario se había pactado la suma de \$2.500.000.

Precisado lo anterior, trajo a colación el testimonio rendido por la señora María Fernanda González, quien fue la persona que recibió la carta de renuncia, explicó que el incremento se había generado con el fin de retener al trabajador ante una oferta laboral que le habían realizado en otra empresa y que además ante la calamidad doméstica en el que fundo su renuncia, se le dieron varias alternativas como licencias no remuneradas o la posibilidad que trabajara desde Barranquilla, para continuar con sus servicios, sin que el demandante aceptara las opciones ofrecidas por su empleador, entonces quedaba demostrado dentro de la litis que el incremento se dio con el fin de que continuara prestando los servicios en la compañía accionada, no obstante, el accionante insistió en retirarse de la compañía, sin que encontrara reproche alguno con relación al retiro así como tampoco el de haber renunciado al incremento otorgado, por lo que en ese sentido no prosperaban las pretensiones contenidas en la demanda.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que bajo los principios del derecho laboral, más exactamente el artículo 53, con relación a la irrenunciabilidad de derechos, no se tuvo en cuenta que se trató de un acto unilateral del empleador y que el incremento realizado se trataba de un derecho cierto e indiscutible, dándole mayor credibilidad el Juez a la prueba testimonial que se encontraba viciada y no a la documental.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar, si el incremento salarial que le otorgó el demandante demandante correspondía a un derecho cierto e indiscutible y como consecuencia debe ordenarse que se cancele un mayor valor por concepto

de salario, así como la reliquidación de las prestaciones contenidas en el libelo demandatorio.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que no existe controversia respecto de la relación laboral. Así entonces, se tiene que entre las aquí partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 01 de abril de 2014 al 10 de noviembre de 2014, pactándose como salario inicial la suma de \$2.500.000.

Precisado lo anterior, se tiene que por iniciativa de la demandada, le fue entregado al actor comunicación con fecha 31 de octubre de 2014 en el que le informaban “(..) *nos complace comunicarle que a partir del 1 de noviembre de 2014, su salario básico mensual será incrementado a la suma de TRES MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$3.500.000) (..)*” (fl. 24-48). Asimismo, se extrae que posteriormente, el actor presenta carta de renuncia con fecha de elaboración 1 de noviembre de 2014 en el que *consignó “(..) por medio de la presente hago entrega de la renuncia voluntaria al cargo que vengo desempeñado en la empresa por motivos familiares y a su vez rechazar voluntariamente al incremento salarial ofrecido el día 31 de octubre de 2014. Deseo que mi liquidación de prestaciones sociales se haga con base en el salario anterior. Esta renuncia será efectiva a la finalización de la jornada laboral del día 10 de noviembre de 2014 (..)* . Misiva que registra con fecha de recibido por parte del empleador de 4 de noviembre de 2014.

Aunado a lo anterior, a título de pruebas testimoniales obrantes en el infolio, se tiene que la señora María Fernanda González indicó haber sido la persona que recibió la carta de renuncia y que en ningún momento orientó el escrito tal y como lo afirmó el demandante, aunado a ello indicó que el trabajador se había presentado el 4 de noviembre de 2014 con la carta de renuncia y que ante la manifestación realizada, de retirarse ante la enfermedad que padecía su progenitora, le ofrecieron (como empleadores) la posibilidad de que tomara una licencia no remunerada o en su defecto, adelantara unos días de sus labores en la ciudad de Barranquilla; el accionante no aceptó las opciones dadas por su empleador e insistió que le fuera recibida la renuncia, acotó que una de las razones por la que la compañía había incrementado el salario, era porque en días anteriores el demandante había manifestado que

había recibido una mejor oferta laboral y al estar tan satisfechos con su trabajo, trataron de retenerlo con una mejor asignación salarial.

Con relación a los derechos ciertos e indiscutibles en los que basa los motivos de disenso el actor, al no haberle realizado la liquidación de sus acreencias laborales conforme al incremento salarial que le fue debidamente comunicado para el 31 de octubre de 2014 con efectos a partir del 1 de noviembre de 2014, es importante establecer de manera preliminar que jurisprudencialmente nuestro órgano de cierre de vieja data ha precisado que, los derechos laborales, por regla general son irrenunciables, y así lo contempla los artículos 14 del Código Sustantivo del Trabajo, 3 de la Ley 100 de 1993 y 53 de la Constitución Política “(..) *un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad (..)*” (CSJ SL29332-2007, CSJ SL4464-2014 y CSJ SL49725-2018).

Precisado lo anterior, es claro para esta Sala que el salario corresponde a un derecho cierto e indiscutible. No obstante, en el presente asunto no se avizora que se haya vulnerado, toda vez que las aquí partes, pactaron en el acuerdo de voluntades primigenio como asignación salarial la suma de \$2.500.000 (fls. 14 a 18) y posteriormente, por un acto espontaneo y autónomo de su empleador, decide incrementarlo en la suma de \$3.500.000 y comunicarlo a su trabajador (31 de octubre de 2014) con efectos a partir del 1 de noviembre de 2014 (fls. 24-48) y que para esa misma data (1 de noviembre de 2014) elabora su carta de renuncia, bajo la motivación de obedecer a motivos estrictamente personales, solicitando de manera particular, NO le aplicaran el incremento salarial reconocido y que su retiro tuviera efectos a partir del 10 de noviembre de la misma anualidad (fl. 49), dicho comunicado cuenta con fecha de recibido por parte de la compañía -4 de noviembre de 2014 -. Aunado a ello, también se extrae lo manifestado por la deponente María Fernanda González- en el que indicó que el incremento salarial se había realizado en aras de garantizar su permanencia ante la compañía, ante otra oferta laboral que manifestó el demandante se encontraba en curso, situación con la que guardaría estrecha relación, de

las razones que lo llevaron a no aceptar el incremento salarial otorgado que de manera autónoma le había ofrecido su empleador y en el que si bien indicó que se encontraba viciado el testimonio en su recurso de alzada, no expuso las razones en las que lo fundaba. Finalmente, en el presente asunto tampoco se evidencia que el incremento salarial se haya realizado mediante adición al contrato de trabajo y/u otro sí, que hubiera permitido hacer un estudio diferente de lo aquí reclamado.

De igual forma, esta Sala tampoco encuentra que en el presente asunto se haya demostrado que la decisión se encontrara afectada por vicios de consentimiento, como lo es el error, fuerza o dolo, que permitieran afirmar que tal acto tuvo asomo de presión patronal, que le impidieron al actor exteriorizar su inconformidad con relación a la renuncia del incremento salarial, pues este conocía, conforme al cargo que desempeñaba con la empresa de la incidencia o impacto al momento de liquidar sus acreencias laborales.

En tales condiciones y sin que sean necesarias consideraciones adicionales, se **CONFIRMARÁ** la decisión impartida por la Juez 6 Laboral del Circuito de Bogotá.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de GUSTAVO ADOLFO PIÑA GOEZ, de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

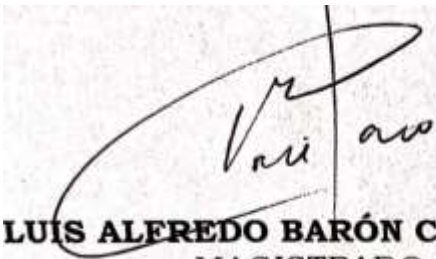
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

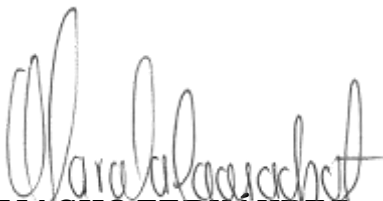
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 06 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a cargo de GUSTAVO ADOLFO PIÑA GOEZ.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

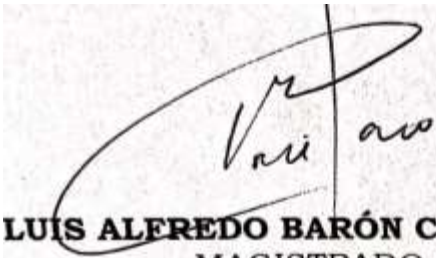


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de GUSTAVO ADOLFO PIÑA GOEZ, la suma de \$300.000 pesos.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE TERESA DE JESÚS CAMARGO RUBIANO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende la señora **TERESA DE JESÚS CAMARGO RUBIANO**, se **declare** la nulidad o ineficacia del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, se **declare** que para todos los efectos jurídicos la parte actora siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, advirtiendo que no existió solución de continuidad en la afiliación, ya que el traslado de régimen de ahorro individual no puede producir efectos al no haberse realizado en forma libre y espontánea, se **ordene** a PROTECCIÓN S.A. a la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de la administradora privada, **ordenar** COLPENSIONES a reactivar la afiliación considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculada al régimen de prima media, recibir los aportes y rendimientos devueltos por PROTECCIÓN

S.A. actualizar y corregir la historia laboral y ponerla a disposición de la parte demandante. De manera **subsidiaria**, solicita se **declare** la inexistencia de acto por medio del cual se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual, por lo que resulta inexistente la afiliación a PROTECCIÓN S.A., se **condene** al pago de costas y agencias en derecho (fl. 41 a 42).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 43 a 45), señaló que nació el 16 de julio de 1953, que es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues para junio de 1994, había superado los 35 años de edad, que estuvo afiliada al ISS desde el 05/06/1978 hasta julio de 1996, momento en que se trasladó al régimen de ahorro individual, sin que previamente hubiere recibido información técnica y adecuada, sostiene que una vez comenzó a funcionar el sistema pensional administrado por los fondos privados, estos comenzaron a ejercer una publicidad muy agresiva, por diferentes medios de comunicación personal y mediante visitas personales, que su afiliación a PROTECCIÓN S.A. se hizo por considerar que el régimen de ahorro individual le era mucho más beneficioso que el de prima media, que los promotores y asesores de PROTECCIÓN S.A. encargados de las afiliaciones no contaban con título profesional, ni formación profesional o capacitación adecuada, que les permitiera informar o suministrar información completa, veraz y suficiente a la actora para tomar la decisión de trasladarse, que nunca le advirtieron de los riesgos que existían por trasladarse a ese régimen, tampoco le advirtieron que la pensión podría ser inferior al del régimen de prima media, tampoco se le dijo que el valor de la pensión dependía de la modalidad que se escogiera, es más ni siquiera le explicaron las distintas modalidades de pensión, tampoco se le dijo de la negociación del bono pensional implicaba un importante sacrificio financiero, tampoco se le dijo sobre el derecho de retractarse.

Aduce, que sintió engaño por parte de la AFP por cuanto se le dijo que la condición pensional sería más ventajosa, que el régimen de prima media desaparecería y que podría aspirar a una pensión anticipada, indica que la AFP le realizó una proyección pensional a la edad de 63 años, en la cual se obtuvo que su mesada pensional ascendería a la suma de \$2.335.267,

mientras que en el régimen de prima media sería de \$4.681.387. por último, señala que solicitó a la AFP PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES el traslado el 13 de julio de 2017.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 4 y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción y caducidad, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (fls. 69 a 75).

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó también el libelo demandatorio, oponiéndose igualmente a las pretensiones de la demanda y en cuanto a los hechos indicó ser ciertos los numerales 1, 3, 6, 18 y 19; no constarle los numerales 2, 4, 7 y 20; y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, prescripción y genérica (fls. 105 a 109).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 20 de febrero de 2019 (CD – fl. 132), **declaró** la nulidad de la vinculación de la demandante a la AFP PROTECCIÓN S.A. y, por ende, su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad. En consecuencia, **ordenó** el regreso inmediato a la vinculación sin solución de continuidad del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, **condenó** a COLPENSIONES a recibir, restablecer la afiliación de la demandante al régimen de prima media, sin solución de continuidad, **condenó** a la AFP PROTECCIÓN a hacer entrega a COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que hubiere causado y dicha devolución deberá realizarse en el término de 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente

providencia, **condenó** a COLPENSIONES a que una vez ingresaran los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, imputara dichas semanas cotizadas en la historia laboral, **declaró** no probas las excepciones planteadas por las demandadas y **condenó** en costas a PROTECCIÓN S.A. en la suma de \$1.000.000.

Fundamentó su decisión, haciendo referencia a la jurisprudencia pertinente al asunto, estableciendo que para que un acto tenga validez debe cumplirse con los requisitos establecidos en el artículo 1502 del Código Civil, que consagra como elementos que la persona sea capaz, que exprese libre y voluntariamente su consentimiento; en cuanto a esta facultad del consentimiento el artículo 1508 del CC indica cuales son los vicios que lo pueden afectar, que son error, fuerza y dolo.

Posteriormente, señaló que la carga de la prueba recaía en el fondo de pensiones, quien debía acreditar que suministró la información suficiente al momento del traslado, que en el presente caso se tenía que la demandante había firmado un formulario de afiliación de manera voluntaria el día 16 de julio de 1996, sin embargo, la parte el fondo accionado no había podido demostrar que efectivamente le había suministrado a la demandante una verdadera información al momento del traslado, pues no obraba ningún documento que así lo demostrará, como tampoco demostró que sus asesores cumplieron con esa obligación, ya que en la contestación de la demanda, tan solo se había dicho que sus asesores estaban prestos a dar la información, más acreditó que así lo hicieron, máxime cuando la demandante era beneficiaria del régimen de transición.

Igualmente, indicó que la demandante en su interrogatorio de parte había confirmado que efectivamente no se le dio la información necesaria para el cambio de régimen, considerando que en este caso sí había lugar a declarar la nulidad de traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso en cuanto a la absolución a COLPENSIONES al pago de costas procesales, considerando que, en otros

casos, COLPENSIONES se ha limitado a decir que no se opone con lo que resulte probado, pero que aquí había sucedido todo lo contrario, pues se había opuesto a las pretensiones de la demanda, por lo que bajo ese punto de vista debía merecer la codena en costas.

La **AFP PROTECCIÓN** también interpuso recurso respecto al numeral tercero de la decisión de primera instancia, esto es, frente a la orden de trasladar todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la señora TERESA, por cuanto se considera que los gastos de administración están preceptuados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, siendo contrario a la norma ordenar que se trasladen los gastos de administración que se han venido cobrando.

COLPENSIONES sustentó su recurso argumentando que cuando se dio contestación a la demanda en ningún momento se hacía oposición directa a las pretensiones, tanto así, que frente algunos hechos se indicaron que no le constaba por ser ajenas a la entidad y en cuanto a las pretensiones se limitaba a establecer que el traslado tenía presunción de validez por cumplimiento de las normas legales.

Consecutivamente, señaló que la férrea oposición de COLPENSIONES de negar el traslado tenía fundamento en la negligencia de la parte demandante en el tema probatorio, pues no se había allegado ninguna prueba de lo manifestado en la demanda, toda vez que si bien la actora había dicho en su interrogatorio de parte que a ella no le habían indicado sobre la pensión anticipada, tampoco le habían explicado las ventajas y desventajas de uno u otro régimen, en los hechos de la demanda sí se hizo alusión a eso, de que la AFP PROTECCIÓN le indicó que la demandante podía pensionarse de forma anticipada, con una pensión más alta que en el régimen de prima media.

Por lo tanto, reitera que la parte actora no presentó pruebas y que la prueba testimonial no fue suficiente, añade que debe tenerse en cuenta que la normatividad vigente para el momento del traslado no obligaba a la AFP a brindar asesoría, por lo que se le estaba poniendo una obligación a la AFP de una normatividad que al momento del traslado no era existente, de manera que si se entraba a analizar si el traslado es nulo o no, debía analizarse las

condiciones de tiempo y lugar, pues la única exigencia que se debía cumplir era el diligenciamiento del formulario, siendo la demandante negligente al suscribirlo, ya que acepto en su interrogatorio de parte que ni lo leyó, de tal manera, que el presente caso no se cumplía con el vicio alegado, si bien existía la inversión de la prueba vía jurisprudencial, la demandante no podía sustraerse de sus obligaciones procesales como el de demostrar el supuesto de hecho, los cuales por el contrario, fueron desvirtuados con su misma declaración.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP PROTECCIÓN S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual, de igual manera, se estudiará si COLPENSIONES debe ser condenada al pago de costas procesales.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su ineficacia y no mediante la nulidad, toda vez que 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, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292,

del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, de ahí que los argumentos expuestos por las entidades accionadas, no encuentren sustento alguno, cabe resaltar que las sentencias aquí señaladas son las más recientes sobre la materia, las cuales encuadran perfectamente en el caso bajo estudio.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora TERESA DE JESÚS CAMARGO RUBIANO el 11 de julio de 1996 (fl. 114), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., encontrándose afiliada en la actualidad a ésta, efectuando cotizaciones en el RAIS desde septiembre del año 1996 a la fecha (fl.116 a 119). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES del 5 de junio de 1978 a julio de 1996 (fls. 76 a 79).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 110 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea y que había sido asesorada sobre las implicaciones del régimen especialmente del de transición en caso de ser beneficiaria del mismo, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su

decisión, pues aunque en su declaración de parte haya dicho que no se le dijo nada sobre la pensión anticipada, tampoco le habían explicado las ventajas y desventajas de uno u otro régimen y en los hechos de la demanda dijo una situación distinta, ello no resulta ser contradictoria, pues al revisarse el escrito introductor, allí lo que manifiesta la accionante es que si bien la entidad le informó todo ello, se sintió engañada, toda vez que en la realidad no se le informó de manera clara y precisa como podía lograr todas esas ventajas que supuestamente recibiría en el nuevo régimen pensional, en tal sentido, se tiene que la AFP tenía la obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, entre otros aspectos, que no se evidencia en el presente asunto.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; luego si no podía efectuar una proyección su afirmación carecía de sustento, de ahí que no era viable afirmar un hecho que era incierto más aún, sino tenía pruebas de ello; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PROTECCIÓN, pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, más aun cuando era beneficiaria del régimen de transición, sin que la firma del formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz, como lo indicó la *a quo* en la sentencia apelada y contrario a lo

señalado por COLPENSIONES en el recurso de alzada, en tratándose de ineficacia del traslado, no hay lugar a efectuar pronunciamiento alguno respecto a los vicios en el consentimiento.

Ahora, debe tenerse en cuenta que los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consiste en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que conlleva a que PROTECCIÓN S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los **gastos de administración** a COLPENSIONES, tal como se dejó sentando, la jurisprudencia de la CSJ Sala Laboral SL4360 -2019, en la que se dijo:

“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado 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 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)”.

De ahí que no tenga sustento los argumentos expuesto por el recurrente frente a los gastos de administración, pues se insiste en el presente asunto de trata de la ineficacia del traslado, por lo que debe entenderse que la actora nunca se cambió al régimen de ahorro individual, razón por la cual deben ser devueltos los mismos.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989)

Costas

En cuanto a la condena en costas a COLPENSIONES en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar COLPENSIONES vencida en juicio en tanto tiene que recibir a la actora y activar su afiliación, además de presentar oposición a las pretensiones de la demanda, debe ser condenada en costas.

Aunado a que, como bien lo indica la parte actora COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, no siendo cierto que tan solo se limitó a establecer que el traslado tenía presunción de validez por cumplimiento de las normas legales, pues tanto así que hasta propuso excepciones e incluso reafirma su oposición al interponer el recurso de apelación, aspectos más que suficientes para que tenga que ser condenada en costas en primera instancia, las cuales deberá ser fijadas por la Juez.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ Y CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas, teniendo en cuenta que sus recursos de alzada no prosperaron.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

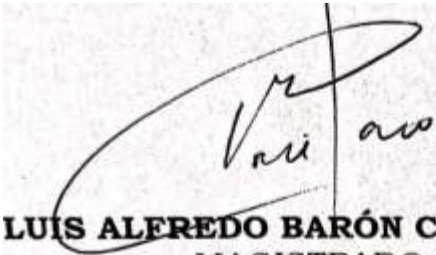
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal sexto de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR** en costas en primera instancia a COLPENSIONES por resultar también vencida en la decisión proferida, las cuales deberán ser fijadas por dicha instancia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 10° Laboral del Circuito, por las razones anteriormente expuestas.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

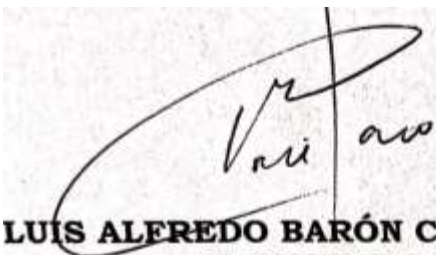


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES en la suma de \$ 900.000 para cada una.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.**

10

**SALA LABORAL
SENTENCIA**

ANTECEDENTES

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ARGEMIRO MARTÍNEZ
CIFUENTES contra LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

**S E N T E N C I A
LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Pretende el señor **ARGEMIRO MARTÍNEZ CIFUENTES**, se **ordenen** a COLPENSIONES a pagar el incremento del 14% de que trata el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 a favor de su esposa BLANCA LIGIA LEÓN VELA desde el momento en que quedó pensionado, se **condene** a COLPENSIONES al pago de la indexación que se genere por el incremento pensional hasta la fecha en que se haga efectivo el pago, se **condene** al pago de costas y expensas que se generen (fl.20).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 19 a 20), señaló que es pensionado por vejez por COLPENSIONES mediante resolución GNR 295399 del 7 de noviembre de 2013, que es beneficiario del régimen de transición, que está casado con la señora BLANCA LIGIA LEÓN VELA con quien convive actualmente, quien no labora y depende económicamente de él, que el día 22

de agosto de 2016, solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento del incremento pensional por cónyuge a cargo, entidad que para la fecha de la presentación de la demanda no había dado respuesta.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

10

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 28 a 31), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 2, 5 y 7, no ser cierto el numeral 6 y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, caducidad, declaratoria de otras excepciones, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de indexación e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 20 de febrero de 2019 (CD – fl. 49), **declaró** probada la excepción de inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir, propuesta por COLPENSIONES, en consecuencia, la **absolvió** de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante, **condenó** en costas a la parte demandante en la suma de \$350.000.

Fundamentó su decisión, estableció que dentro del proceso obraba resolución GNR 295399 del 7 de noviembre de 2013, con la cual se le había reconocido la pensión de vejez al demandante por ser beneficiario del régimen de transición y por cumplir los requisitos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

Paso seguido, procedió a verificar si el demandante reunía los requisitos del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, para lo cual observaba que obraba dentro del expediente registro civil de matrimonio en el cual constaba que la señora BLANCA LIGIA LEÓN VELA es la cónyuge del actor, hizo relación a la prueba testimonial, aduciendo que los declarantes habían dicho que la pareja nunca se había separado, sin embargo, consideró que había existido inconsistencias, pues uno de ellos había dicho que la pareja tenía 2 hijos y

el otro 3, además la testigo ROSA MARÍA PEÑA no había sido clara frente al nombre de la cónyuge, también había dicho que la señora BLANCA LIGIA LEÓN VELA estaba afiliada a la NUEVA EPS como beneficiaria del actor, pero se había aportado carné en el cual se podía ver que se encontraba afiliada a era a la EPS SUSALUD; y así consecutivamente apreció varias contradicciones entre las declaraciones rendidas, aunado a ello encontró que dentro del expediente administrativo aparecía un documento en el cual se indicaba que el actor se encontraba afiliado a la EPS SURA, lo cual le permitía concluir que si la cónyuge se encontraba afiliada a SUSALUD era porque no era beneficiaria del demandante.

10

Adicionalmente, se había allegado un certificado de COLPENSIONES de la cónyuge en la cual se indicaba que no se encontraba afiliada a dicha entidad, pero no existía constancia de afiliaciones a otras AFP, finiquitando con lo anterior que no se cumplió con los requisitos del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión la **parte demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que, en cuanto a la dependencia económica se tuviera en cuenta lo manifestado por los testigos, en tanto, si bien tuvieron algunas inconsistencias, también fueron claros en manifestar que les constaba algunas circunstancias de tiempo, modo y lugar con las cuales dejaban ver que era el demandante quien sufragaba los gastos básicos de su esposa como el vestuario, tal y como lo había manifestado el testigo JUAN SEBASTIÁN al señalar que había visto cuando el señor ARGEMIRO MARTÍNEZ le había dado el dinero a la señora BLANCA LIGIA para que cancelara el vestuario, así mismo, se dijo que la alimentación y medicamentos eran sufragados por el actor, también manifestaron que ninguno de sus hijos le colaboraba económicamente, que no tenía otro ingreso diferente al de la pensión, es más el testigo JUAN SEBASTIAN había dicho que no solo mantenía a la señora BLANCA LIGIA con lo percibido por la pensión, sino que además le colaboraba a él económicamente.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si se cumplió con el requisito de dependencia económica previsto en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, para acceder al incremento pensional por persona a cargo. No obstante, previamente deberá estudiarse si dicha normatividad se encuentra vigente.

10

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor ARGEMIRO MARTÍNEZ CIFUENTES, conforme se infiere de la copia de la Resolución GNR 295399 del 7 de noviembre de 2013 (fl. 10), mediante la cual COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez en cuantía de \$589.500 a partir del 4 de octubre de 2013, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990.

Incremento por personas a cargo

En cuanto a la vigencia de los incrementos pensionales contenidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la Corte Constitucional en sentencia SU – 140 de 2019, señaló:

“Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 de Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y solo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos.”

(..)

“Lo señalado es razón suficiente para negar la existencia de la duda que es requisito sine qua non para la aplicación del principio indubio pro operario. En efecto, por una parte, aun cuando es cierto que tal principio ha servido para resolver problemas jurídicos que involucran derechos pensionales, recuérdese que los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 carecen, por disposición expresa de la Ley, de cualquier naturaleza pensional. Y por otra parte, las disposiciones que incluyó el Acto legislativo 01 de 2005 sobre el artículo 48 superior no

permiten pensar en siquiera la remota posibilidad de aplicar los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 sobre cualquier pensión que se hubiera causado después de expedida la Ley 100 de 1993.”

(..)

“De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto Legislativo 01 de 2015.

Por ende, la discusión relativa a la prescriptibilidad de la acción tendiente a la obtención de dichos incrementos resulta inane pues la prescripción extintiva sólo puede operar cuando existe un derecho susceptible de prescribir.”

Al respecto, es importante precisar que **dicho pronunciamiento resulta vinculante y respecto de cuándo empieza a operar**, la misma Corte Constitucional ha sostenido en sentencias como la C-973 de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, que cuando no se haya modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos del mismo se producen a partir del día siguiente a la fecha en que se tomó la decisión y no a partir de la fecha en que se suscribió su texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones de voto, o el de su notificación o ejecutoria, de conformidad con lo estipulado en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Postura que se puede leer en las consideraciones 7 y 9 de la referida sentencia, a saber:

“7. Esta Corporación en diversas oportunidades ha establecido que cuando en una sentencia no se ha modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en el caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, “a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexequibilidad y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria”

(..)

“9. Para determinar la oportunidad desde la cual las sentencias de constitucionalidad con efectos hacia el futuro tienen consecuencias jurídicas, la Corte ha recurrido al contenido normativo previsto en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Esta disposición además de permitir que por el reglamento interno de cada Corporación Judicial se establezca la forma como serán expedidas y firmadas las providencias, conceptos o dictámenes adoptados y de señalar un término perentorio para la consignación de salvamentos o aclaraciones de voto; determina que las sentencias que se profieran tendrán como fecha la del momento del fallo, esto es, aquella en la cual se adopta por la respectiva Corporación la decisión judicial y no aquella otra en que se suscribe formalmente el texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones”.

Así mismo, dicha Corporación en proveído T - 109 de 2019, señaló en cuanto al deber de respetar y acatar el precedente constitucional, lo siguiente:

“... 92. En conclusión, todas las autoridades judiciales tienen el deber de respetar y acatar el precedente constitucional, aún si existen pronunciamientos de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, pues prevalece la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional...”

“Particularmente, en relación con el asunto objeto de análisis, la Sala resalta que todos los jueces y corporaciones judiciales deben observar la regla jurisprudencial que ha establecido esta Corporación en numerosas decisiones, de conformidad con la cual el IBL no es un aspecto incorporado en el régimen de transición. Además, dicho precedente tiene su origen en la garantía de los principios de igualdad y solidaridad que irradian el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, razón por la cual no es admisible que las autoridades públicas se aparten del mismo.”

De suerte que, al acogerse el criterio expuesto por la Corte Constitucional específicamente la sentencia de unificación en mención, la misma constituye **doctrina constitucional de obligatorio cumplimiento**, lo cual se refuerza con lo dicho por dicho órgano en sentencias en las que dejó claro que la **doctrina constitucional es vinculante y obligatoria** en ciertos casos cuando señala respecto del análisis de la Ley 153 de 1887 la cual, se encuentra vigente, al indicar:

“Es necesario distinguir la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya constitucionalidad se examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley, al disponer:

"Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes"
(Subraya la Corte).

10

Disposición que corrobora además, la distinción que se hizo entre doctrina constitucional y jurisprudencial, por lo que es apenas lógico que si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión, salvo las decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada, de ahí que las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.

Lo anterior encuentra sustento, en el artículo 5° de la misma ley (153 de 1887), cuyo texto reza:

"Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes"
(Subraya la Corte).

Destacándose nítidamente, la función que está llamada a cumplir la **doctrina constitucional** en el campo interpretativo, la cual constituye un instrumento orientador y no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como **elemento integrador**; pues en este caso, es la propia Constitución - ley suprema-, la que se aplica“(C-083/95):

Entonces, la doctrina constitucional de la Corte Constitucional es obligatoria cuando se emplea como elemento integrador, (artículo 8 ley 153 de 1887) y cuando la doctrina constitucional es, a su vez, norma supletoria del ordenamiento jurídico y “para interpretar las leyes”, pues se considera que esta es la propia Constitución, tal como lo destaca el aparte antes

transcrito y como lo establece el artículo 8 de la ley 153 de 1887 (cuando no haya ley exactamente aplicable a un caso controvertido) y en caso de no existir leyes semejantes, pues si las hay, se tendrán en cuenta las leyes que regulan materias semejantes, en virtud de la analogía.

En igual sentido, la Corte Constitucional al refrendar el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, señaló que en adelante el juez que se aparte de la doctrina constitucional de la Corte no solo viola la jurisprudencia, sino que también atenta de manera flagrante contra la Carta Política, por ello es susceptible incluso de acción de tutela.

10

Ahora cuando la interpretación se hace por vía de autoridad, tiene carácter obligatorio general, **de conformidad con el artículo 48 de la ley 270 de 1996** (ley estatutaria de la Administración de justicia), que establece:

“ARTÍCULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. *Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:*

- 1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. **La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.***
- 2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces*

Así las cosas, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente y en los términos de la sentencia SU- 140 de 2019, es claro que los incrementos por personas a cargo **perdieron vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993**, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho al mismo con anterioridad a la expedición de tal normatividad, pues en ese evento sí habría lugar a reconocerlos.

En ese orden de ideas, se tiene que el actor adquirió el derecho a la pensión el **4 octubre de 2013** data para la cual ya no se encontraban vigentes los incrementos, en tanto éstos fenecieron del ordenamiento jurídico el 1° de abril de 1994 esto es, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, de ahí que el actor no tenga derecho a los mismos.

10

En tales condiciones y sin más consideraciones, se **CONFIRMA** la decisión de primera instancia, pero por las razones aquí expuestas.

COSTAS

COSTAS a cargo de la parte demandante, como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

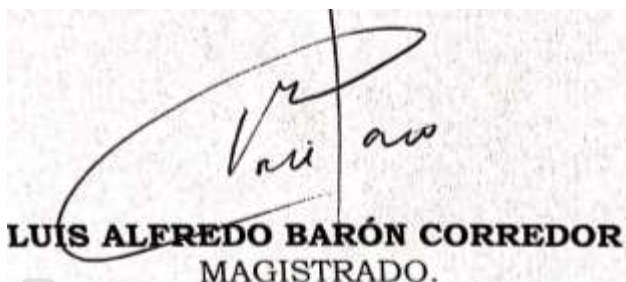
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante.

Notifíquese y cúmplase,

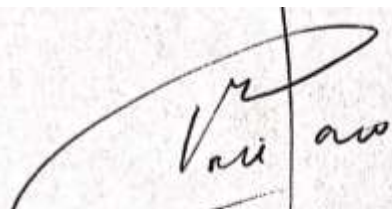


LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(Salva voto)

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandante la suma de \$300.000 pesos.


LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE RUTH ESPERANZA FONSECA CASTAÑEDA contra ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende la señora **RUTH ESPERANZA FONSECA CASTAÑEDA**, se **declare** la nulidad de traslado de régimen que realizó el 1 de abril de 1999 del ISS a ING-PROTECCIÓN, ante la indebida y nula información que suministró el fondo privado para el cambio de régimen, en el que actualmente los aportes pensionales se encuentran bajo el manejo de OLD MUTUAL, razón por la que solicitó se **ordenara** a COLPENSIONES, PROTECCIÓN Y OLD MUTUAL, realizar todas las gestiones para anular ese traslado, así como a trasladar la totalidad de los dineros que se encuentren en su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, **ordenándole** a esta última entidad corregir y actualizar la historia laboral; asimismo se **condene** ultra y extra petita y al pago de las costas y agencias en derecho a las demandadas (fls. 1 a 2).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 a 4), señaló, en síntesis, que nació el 30 de agosto de 1967 que la afiliación al ISS hoy COLPENSIONES la realizó el 10 de julio de 1986, que para el 1 de abril de 1999 realizó traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad mediante afiliación, sin que estuviera precedida de suficiente ilustración por parte de ING hoy PROTECCIÓN S.A. y que el total de semanas cotizadas con corte a 31 de julio de 2017 ascendía a 1227. Agregó que no le informaron antes del 30 de agosto de 2014 sobre la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando faltara menos de 10 años de cumplir la edad pensional y que para el 9 de junio de 2017 OLD MUTUAL S.A. le entregó simulación pensional arrojando como mesada pensional para el año 2024 la suma de \$1.526.797 y que con COLPENSIONES para la misma anualidad, su mesada pensional ascendería a \$5.170. 681; por lo que ante los valores arrojados entre uno y otro régimen, dio origen para que presentara ante las 3 entidades demandadas mediante derecho de petición, la nulidad de traslado de régimen que efectuó el 1 de abril de 1999, sin obtener una respuesta favorable de lo solicitado.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls.101 a 103), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifestó no constarle ninguno de los enumerados, propuso como excepciones de fondo prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe e innominada o genérica.

A su turno, **OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** contestó el introductorio (fls. 124 a 142), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos aceptó los numerales 1, 6 y 12; no ser ciertos los numerales 4 a 5 y 7, en cuanto a los demás manifestó no constarle o no corresponder a una situación fáctica, propuso como excepciones de fondo prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte, el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** también dio respuesta al libelo demandatario, se opuso a las pretensiones contenidas en esta. En cuanto a los hechos aceptó los numerales 1 y 11, no ser ciertos los numerales 3 a 4 y 7 y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de PROTECCIÓN S.A., prescripción y excepción genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 23 de enero de 2019 (CD – fl. 191), **absolvió** a PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL S.A. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- de todas y cada una de las súplicas de la demanda incoadas por la señora RUTH ESPERANZA FONSECA CASTAÑEDA, **declaró** probada la excepción de inexistencia de causal de nulidad o de ineficacia de la afiliación y se **abstuvo** de imponer condena en costas.

Como **fundamentó su decisión**, indicó el *a quo* que la controversia tenía dos facetas, la primera, con relación a la aplicabilidad del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y la circunstancia jurisprudencial que se ha denominado nulidad y/o ineficacia del traslado.

Con relación a la nulidad indicó que debía determinarse si existía vicio de consentimiento de la persona o que se haya vulnerado la normatividad objetiva, del traslado entre los 3 o 5 años entre el régimen de prima media y el régimen de ahorro individual y no de los traslados entre AFP, asimismo lo relacionado con la ineficacia de traslado. Acotó entonces, que en el presente asunto no podía hablarse de nulidad ya que el vicio debe ser debidamente demostrable, sin que la corte haya hablado jamás de la inversión de la carga de la prueba, sino que debe demostrar la persona que se afecta con el negocio, sin que en el presente asunto así se haya acreditado.

Con relación a la ineficacia, indicó que venía precedida de la libertad informada que se materializó y ratificó a través del negocio jurídico, en el que la demandante cuando realizó el traslado al régimen de ahorro individual mediante formulario de afiliación en febrero de 1999 y las afiliaciones posteriores a través de diferentes fondos, generó plenos efectos al traslado de régimen, por lo que mal podía hablar de ineficiencia de libertad informada y sí la existencia plena de ratificación, razón por la que no acogió las pretensiones contenidas en la demanda.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, trayendo a colación la situación fáctica contenida en el libelo demandatorio y tres puntos relevantes que puso de presente en el interrogatorio de parte, que la llevaron a realizar el cambio de régimen, el primero de ellos, que el seguro social se iba a terminar que podía estar en riesgo su pensión o su expectativa, otra de ellas que la pensión podía ser heredable y que el monto de su mesada pensional iba ser más alta, por lo que por parte del asesor no hubo mayor ilustración, no le indicó las ventajas y desventajas, quedando demostrado en el expediente que es mayor el monto de la mesada pensional en el régimen de prima media que en el régimen de ahorro individual. Asimismo, indicó que era evidente el engaño sufrido por lo quedaba demostrado que sí se vició el consentimiento.

Agregó que el engaño se generó con el silencio que guardó el asesor al momento en que se efectuó el traslado, por lo que la carga de la prueba si estaba a cargo de las AFP, sin que en el presente asunto así se hubiera presentado y con relación a los traslados que realizó entre administradoras, indicó que este hecho no ratificaba el traslado inicial, puesto que entre estos movimientos tampoco se cumplió con el deber de información y mucho menos cumplir la administradora pensional con la comunicación de indicarle que para el 28 de enero de 2004 tenía la posibilidad de trasladarse por única vez, a pesar de contar con la totalidad de sus datos personales para así habérselo indicado.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su ineficacia y no mediante la nulidad, toda vez que 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, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en

los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición,.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora RUTH ESPERANZA FONSECA CASTAÑEDA el 02 de febrero de 1999 (fl. 172), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. afiliación que surtió efectos a partir del 1° de marzo de 1999 (fl. 176), afiliándose posteriormente a diferentes administradoras de pensiones del RAIS, encontrándose afiliada en la actualidad en OLD MUTUAL, efectuando cotizaciones en éste régimen desde febrero de 1999 a la fecha (fl. 147 a 154). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES desde el 10 de julio de 1987 al 31 de enero de 1999 (fl. 41).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. obrante a folio 172 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea y que había sido asesorada sobre las implicaciones del régimen especialmente del de transición en caso de ser beneficiaria del mismo, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que no sea beneficiaria del régimen de transición lo que de plano desdibuja lo dicho en el formulario y menos aún, tenía una expectativa legítima, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión, esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si

bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; luego si no podía efectuar una proyección su afirmación carecía de sustento, de ahí que no era viable afirmar un hecho que era incierto más aún, sino tenía pruebas de ello; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PROTECCIÓN S.A., pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio al demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de no ser beneficiaria del régimen de transición, incluida la firma del formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz, máxime cuando la información que se le brindó trajo consigo únicamente las ventajas del RAIS dejando de lado las desventajas y demás aspectos que traía consigo su decisión.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los

cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989)

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia apelada y en su lugar, se **DECLARARÁ** la ineficacia del traslado que hizo la actora del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., con las consecuencias que ello implica.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL y COLPENSIONES, de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado que hiciere la demandante del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a **OLD MUTUAL** a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual.

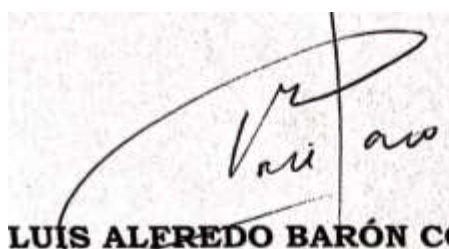
TERCERO: CONDENAR a **PROTECCIÓN S.A.** traslade a COLPENSIONES las sumas descontadas al demandante por concepto de gastos de administración, comisiones y seguros provisionales, durante su permanencia en dicho fondo.

CUARTO: ORDENAR a **COLPENSIONES** que una vez reciba de las AFPS los emolumentos indicados en el ordinal anterior, reactive la afiliación de la accionante al régimen de prima media con prestación definida y actualice la historia laboral con las cotizaciones devueltas.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SEXTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

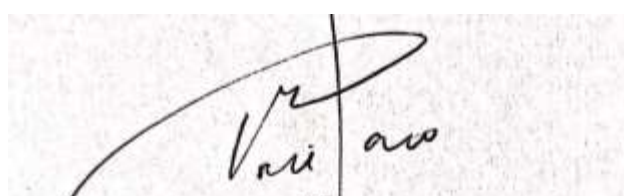


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL y COLPENSIONES, la suma de \$900.000 pesos, para cada una.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.**

**SALA LABORAL
SENTENCIA**

ANTECEDENTES

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DENISE GÓMEZ ÁLVAREZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **DENISE GÓMEZ ÁLVAREZ**, se **declare** que no es válido y por ende ineficaz el traslado realizado a través de formulario suscrito, por medio del cual se efectuó su afiliación al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., se **declare** que continua válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, se **ordene** a la AFP PORVENIR S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES los valores consignados a la cuenta de ahorro individual el actor por concepto de aportes y rendimientos realizados al régimen general de pensiones, correspondientes al periodo transcurrido entre febrero de 1998 a la fecha en que se efectuó el traslado, se **ordene** a COLPENSIONES a recibir los aportes que le sean trasladados

por parte de PORVENIR S.A. con sus rendimientos correspondientes a su nombre, se **ordene** al pago de costas y agencias en derecho (fl. 33 a 34).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 32 a 33), señaló que nació 9 de febrero de 1959, que cumplió 57 años de edad el 9 de febrero de 2016, que demuestra un total de cotizaciones al régimen general de pensiones desde el 1° de septiembre de 1983 hasta la actualidad para un total de 1,305 semanas de cotización, que realizó aportes al régimen de prima media desde el 1° de septiembre de 1983 hasta el 31 de enero de 1998, es decir, durante 958 semanas y en la AFP PORVENIR desde el 1° de febrero de 1998 hasta el 30 de julio de 2017, para un total de 347 semanas.

Sostiene que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no cumplió los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición, que en febrero de 1998 firmó afiliación al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A., quien nunca le suministró una propuesta debidamente expuesta y explicada a efectos de hacer la afiliación o el traslado de régimen pensional, tampoco le brindó una información clara y completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, específicamente sobre el monto y cálculo de la mesada con los cuales se iría a pensionar, tampoco le informó sobre las implicaciones, efectos y consecuencias del cambio de régimen pensional y las variables contenidas dentro del régimen de ahorro individual que evidenciaran que en realidad fue deseo del afiliado aceptar dichas condiciones, la administradora le ocultó la información sobre los efectos reales de todo aquello que pudiere perder o serle lesivo a la satisfacción de sus intereses.

Indica que el valor de la mesada pensional conforme a lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, dentro del régimen de prima media es equivalente para el año 2017 a la suma de \$1.921.679, la pensión que le fue proyectada en PORVENIR S.A. solo representaría 1 SMLMV, el 14 de septiembre de 2017, radicó derecho de petición ante la AFP con el fin de rescindir el acto de afiliación realizada en febrero de 1998 y, en consecuencia, solicitó se trasladara sus aportes, así mismo, solicitó ante COLPENSIONES se diera trámite a su afiliación y solicitara a POVENIR el traslado de sus aportes.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 y 2; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe e innominada o genérica (fls. 45 a 49).

La **AFP POVENIR S.A.** contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 2, 13 y 14, no ser ciertos los numerales 6 a 10, y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe, prescripción, enriquecimiento sin justa causa e innominada o genérica (fls. 75 a 82).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 4 de marzo de 2019 (CD – fl. 106), **declaró** la ineficacia de la relación jurídica de afiliación y/o cotización de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad celebrada en su momento con el fondo de pensiones POVENIR S.A. del mes de diciembre de 1997, **condenó** a PORVENIR S.A. a realizar el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, tanto de la relación jurídica de afiliación, como del valor de los saldos, aportes y rendimientos, que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, **condenó** a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante y a recibir el monto de aportes, saldos pensionales y rendimientos ordenados, sin que ello implique reconocimiento o beneficio del régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular, **absolvió** a las demandadas de las demás súplicas de la demanda, **declaró** no probadas las excepciones formuladas por las demandadas y se **abstuvo** de condenar en costas.

Como **fundamentó su decisión**, manifestando que no había sido tema de controversia que la demandante se había afiliado a POVENIR S.A. con efectividad a partir del ciclo 1998, suscribiéndose la afiliación el 3 de

diciembre de 1997, aduce que la demandante nació el 9 de febrero de 1959, lo cual la hacía ser beneficiaria del régimen de transición por su edad, sin embargo, con ocasión al tiempo de servicios e interrupción de las cotizaciones, dicho beneficio había expirado.

Posteriormente, hizo referencia a la jurisprudencia pertinente al caso, estableció también que al haber estado la demandante afiliada a CAJANAL con anterioridad al traslado al fondo de ahorro individual, quien debía asumir el traslado ante la declaratoria de ineficacia es COLPENSIONES, teniendo en cuenta que CAJANAL se encuentra liquidada y conforme a la Ley, es COLPENSIONES quien asume dichos aportes.

Finalmente, concluyó que prosperaba la ineficacia teniendo en cuenta que observa que POVENIR S.A. no había incluido dentro del historial laboral de la actora el tiempo de servicio prestado a la Registraduría Nacional del Estado Civil entre el 8 de mayo de 1994 y 30 de noviembre de 1995, adicionalmente, dicha entidad manifestaba que no existía un bono pensional a favor de la demandante, situación que no resultaba ser cierta conforme a la documental aportada, por lo cual consideró que no existió por parte de la demandada total transparencia al momento de efectuarse el traslado.

CONSULTA

COLPENSIONES no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si en virtud de la ineficacia del traslado que efectuó la demandante a la AFP PORVENIR S.A. en diciembre del año 1997, declarada por el *a quo* en la sentencia de primera instancia y sobre la cual, sea de paso advertir, no se presentó reparo alguno por las partes; COLPENSIONES está

obligada a aceptar el traslado de la actora y a recibir el monto por concepto de aportes, saldos pensionales y rendimientos depositados en su cuenta de ahorro individual, al igual que se analizará la excepción de prescripción propuesta por el ente de seguridad social.

Consecuencias de la nulidad del traslado de régimen

En lo que respecta a COLPENSIONES dado el grado jurisdiccional de consulta que le asiste, es claro para la Sala que la aludida ineficacia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, ésta última en la que indicó:

“Esta declaración trae como consecuencia su regreso automático al régimen de prima media administrado por el I.S.S., habida cuenta de tratarse de un afiliado que desde antes del traslado de régimen había cumplido con requisitos mínimos para acceder a un derecho pensional.

Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.

La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración a partir de la fecha de notificación de esta sentencia; de esta manera la nulidad de la vinculación acarrea la del acto de reconocimiento del derecho pensional que el primero venía disfrutando, y así por tanto la Administradora queda relevada de toda obligación de pago futuro por mesadas pensionales.”

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado como lo indicó el *a quo*, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de los dineros, rendimientos y demás rubros que integran la cuenta de ahorro individual de la demandante con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia

laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **CONFIRMA** la sentencia objeto de consulta en la forma antes anotada.

COSTAS

SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

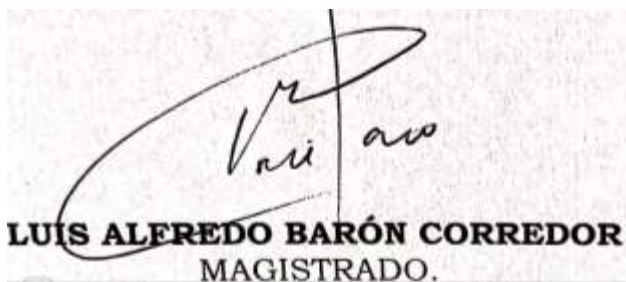
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consulta, proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JESÚS JENARO LÓPEZ
SALAMANCA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende el señor **JESÚS JENARO LÓPEZ SALAMANCA**, se **declare** que tiene derecho al pago de la pensión vejez a partir del 1° de diciembre de 2014, en consecuencia, se **condene** a COLPENSIONES a la reliquidación de la pensión bajo el principio de favorabilidad, se **condene** al pago de las mesadas adeudadas desde el 1° de diciembre de 2014, se **condene** al pago de intereses moratorios, se **condene** al pago de costas del proceso, se **condene** ultra y extra petita (fl. 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 39), señaló que nació el 21 de mayo de 1934, que cotizó a COLPENSIONES 1,241 semanas, que el 4 de julio de 2014, solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual fue resuelta mediante resolución No. 34084 del 1°

de febrero de 2016, en la cual se reconoció la pensión de vejez a partir del 1° de febrero de 2016 en cuantía de \$3.832.130, señala que con anterioridad había prestado novedad de retiro el 3 de marzo de 2016, por lo que el 19 de agosto 2016, presentó reclamación ante COLPENSIONES contravirtiendo la resolución No. 34084 del 1° de febrero de 2016 a fin de que se reconociera el retroactivo pensional a partir del 1° de diciembre de 2014, la cual fue negada mediante resolución No. 314262 de octubre de 2016.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 57 a 60), en la que se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 3, 5, 7 y 8, y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 5 de marzo de 2019 (CD – fl. 84), **condenó** a COLPENSIONES a pagar el retroactivo de las mesadas adeudadas al demandante a partir del 1° de noviembre de 2014 y hasta el 30 de enero de 2016, en cuantía mensual de \$60.867.274,50, **declaró** probada la excepción de cobro de lo no debido en relación a los intereses y como consecuencia, **absolvió** a COLPENSIONES de las demás pretensiones elevadas en su contra por el actor y **condenó** en costas a COLPENSIONES.

Posteriormente, el Juzgado emitió un auto en la misma sentencia, en la cual la corrige, aduciendo que incurrió en un error aritmético y alteración y/o cambio de palabras en cuanto el extremo inicial en el que se reconoce el retroactivo y el valor del mismo, fijándose a partir del 1° de diciembre de 2014, calculando el valor del retroactivo en la suma de \$57.404.854.

Fundamentó su decisión, indicando que COLPENSIONES no había otorgado la pensión a partir del año 2014, por cuanto el último empleador que había tenido el actor no había presentado novedad de retiro, frente a lo

cual su negativa se fundamentaba en lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990. Sin embargo, en cuanto las razones aducidas por COLPENSIONES debía tenerse en cuenta la jurisprudencia de la CSJ Sala de Casación Laboral en la cual se establecían unas excepciones cuando no se encuentra dicha novedad, las cuales demuestran la intención del afiliado de no querer seguir cotizando al sistema y persiguiendo el derecho pensional, que en el presente asunto se observaba que la última cotización del demandante había sido en octubre de 2014, fecha para la cual alcanzaba 1,242.43 semanas y tenía cumplidos 60 años de edad, además se demostraba que había dejado de seguir cotizando al sistema, por lo que gozaba de poder recibir la prestación a partir del 1° de noviembre de 2014.

Refirió que el demandante el 10 de octubre de 2014, había solicitado una indemnización sustitutiva en fecha cercana al momento en que dejó de cotizar al sistema pensional, lo que permitía inferir más su deseo de no querer continuar cotizando, por tanto, como el actor presentaba como última cotización la de octubre de 2014, fecha para la cual cumplía con los requisitos de edad y tiempo, además había cesado el pago de cotizaciones, debía ordenarse a COLPENSIONES a cancelar el retroactivo pensional desde el 1° de noviembre de 2014 al 30 de enero de 2016, día anterior a la fecha de reconocimiento de la pensión, procediendo a realizar los cálculos aritméticos, advirtiendo que frente al valor de la mesada pensional no había existido discusión.

En cuanto a los intereses moratorios, estableció que la CSJ Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia indicaba que el no reconocimiento o pago de las prestaciones periódicas debían contar con plena justificación, bien porque contara con respaldo normativo o porque proviniera de una postura minuciosa de la ley, que en el presente asunto advertía que de la resolución GNR del 1 de febrero de 2016, se había negado la pensión bajo el argumento de que el actor no cumplía con los requisitos exigidos en la ley y que se confirmó en los actos administrativos posteriores, del último acto se extrae que el 4 de julio de 2014, el demandante solicitó la pensión por segunda vez en apelación del régimen de transición y en aplicación del Decreto 758 de 1990, el cual se negó por no contar con 750 semanas al 25 de julio de 2005, para lo cual sostuvo el *a quo* que dicha negativa se consideraba razonable

como quiera que en el expediente administrativo, obraba derecho de petición elevado el 1° de noviembre de 2014 al empleador ENRIQUE ARANGO DE LA TORRE, en la cual solicitaba la liquidación de un cálculo actuarial por el periodo del 1° de enero 1992 al 30 de julio de 1992, petición que había sido respondida el 8 de julio de 2015, liquidando el respectivo cálculo, por lo que solo se podía considerar que fue hasta esa fecha en que se logró la consolidación de las semanas requeridas .

De la excepción de prescripción, señaló que la pensión fue reconocida a partir del 1° de febrero de 2016, se elevó reclamación administrativa el 16 de agosto de 2016, por lo que no había operado el fenómeno prescriptivo.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES argumento su recurso indicando que si bien la entidad respetaba la postura adoptada por el juzgado, consideraba que la decisión de no reconocer el retroactivo reclamado no obedeció a una decisión arbitraria o caprichosa, sino que se hizo por la aplicación directa y estricta de la norma establecida en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, la cual exigía una novedad de retiro, que como quedó visto que se presentó en debida forma, por lo cual solicita se revoque la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

En consonancia con el recurso de alzada, corresponde a esta Sala de decisión determinar si le asiste derecho al demandante a que se le reconozca la pensión de veje a partir del 1° de noviembre de 2014, en caso afirmativo si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor JESÚS JENARO LÓPEZ SALAMANCA, tal y como se corrobora con la copia de la Resolución GNR 34084 del 1° de febrero de 2016 (fls. 50 a 57), mediante la

cual COLPENSIONES le reconoce la pensión de vejez por ser beneficiario del régimen de transición, con fundamento en el Decreto 758 de 1990, en cuantía de \$3.832.130 a partir del 1° de febrero de 2016.

Retroactivo pensional

Solicita la parte actora le sea reconocida la pensión a partir de la fecha del último aporte realizado al sistema pensional, para lo cual la parte accionada sostuvo en la resolución GNR 314262 del 25 de octubre de 2016, que el último empleador del actor AIM ASEO INTEGRADO M, realizó su última cotización en el ciclo 201410, sin que apareciera la novedad de retiro del sistema, razón por la cual la prestación fue reconocida a corte de nómina, es decir, para el 1° de febrero de 2016, argumento que corroboró en su recurso de alzada, pues considera que sin la novedad de retiro, se está incumpliendo con lo señalado en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990.

Sobre tal situación, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha estimado, que por regla general, la desafiliación al sistema es la determinación que debe tener en cuenta el *a quo* para el otorgamiento de la pensión y solamente ha acudido a soluciones diferentes como en los casos en los que el demandante despliega alguna conducta tendiente a no continuar vinculado al sistema, como lo sería el cese de las cotizaciones (CSJ SL 35605, 20 oct. 2009; CSJ SL4611-2015), o cuando pese a no haber desafiliación del sistema, el juzgador advierte su voluntad de no seguir vinculado al régimen de pensiones, por ejemplo, **porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez** (CSJ SL5603-2016); o en casos en que la entidad de seguridad social fue renuente al reconocimiento de la prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de los requisitos (CSJ SL 34514, 1.° sep. 2009; CSJ SL 39391, 22 feb. 2011; CSJ SL15559-2017).

Siguiendo los parámetros enunciados, en el presente asunto se tiene que en efecto el demandante realizó su último aporte pensional en octubre de 2014, como da cuenta la historia laboral que milita a folios 42 a 50, con el empleador AIM ASEO INTEGRADO MASIVO LTDA, si bien del mismo reporte de semanas no se evidencia la novedad de retiro como lo sostiene la entidad

demandada, lo cierto que es que el demandante no volvió a realizar más aportes al sistema pensional, además que para dicha data contaba con 1,243.43 y con 80 años de edad, pues nació el 21 de mayo de 1934, como se puede ver de la cédula de ciudadanía que milita a folio 45 del expediente, de manera que, reunía los requisitos para acceder al derecho pensional, esto es, edad y tiempo de cotización, por consiguiente, resultan ser ciertos los argumentos del *a quo*, en cuanto a que en el caso *sub examine* cumple con la excepcionalidad contemplada jurisprudencialmente, esto es, porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez, pues como se desprende de la misma resolución de reconocimiento mediante resolución GNR 398932 del 12 de noviembre de 2014, le fue otorgada la indemnización sustitutiva y la pensión se pidió el 4 de diciembre de 2015.

Cabe resaltar que el *a quo* corrigió su sentencia en cuanto el extremo inicial del retroactivo. No obstante, no argumentó los motivos de su decisión, lo cual causa extrañeza, pues de la historia laboral del demandante, se observa que la última cotización fue en octubre de 2014, como bien ya se indicó, por lo que lo correcto era el reconocimiento a partir del 1° de noviembre de 2014, como lo había decidido inicialmente, pero como quiera que dicho asunto no fue apaleado por la parte demandante, se mantendrá el extremo corregido por el sentenciador.

Prescripción

En cuanto a la excepción de prescripción, se tiene que la misma no alcanzó a prospera como quiera la resolución de reconocimiento pensional fue expedida 1° de febrero de 2016 y notificada el 6 de febrero del mismo año (fl.49), reclamó el retroactivo pensional el 19 de agosto de 2016, resuelto mediante resolución GNR 314262 del 25 de octubre de 2016 (fls. 65 a 68) y la demanda se radicó el 13 de agosto de 2018 (fl.36), sin que de una fecha a otra superara los 3 años previstos en el artículo 151 del CPTSS.

En tal sentido, habrá de **confirmarse** la decisión de primer grado, en cuanto al valor del retroactivo, le asiste también razón al sentenciador en que no fue objeto de discusión el monto de la mesada pensional, que correspondió a la suma de \$3.832.130, la cual se otorgó en 13 mesadas al año, por lo

que, realizadas las sumas matemáticas correspondientes, se tiene que del 1° de diciembre de 2014 al 30 de enero de 2016, día anterior al reconocimiento pensional, el valor del retroactivo en efecto corresponde a la suma de \$57.404.854,19.

COSTAS

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada, como quiera que su recurso de alzada prosperó.

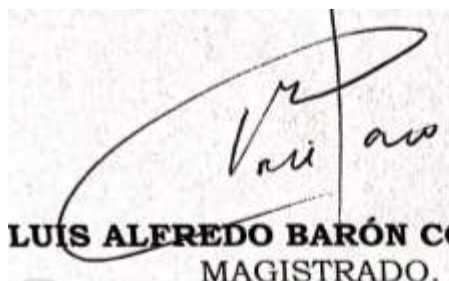
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

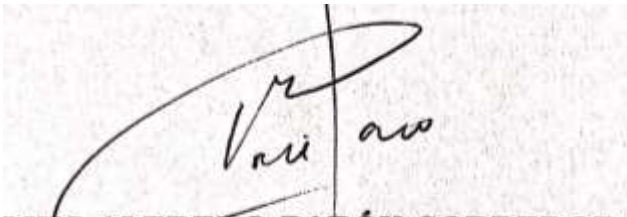


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES en la suma de \$ 900.000.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUIS OSCAR CEPEDA CASTELLANOS contra KAXON SPORTS SAS y MERCURIN SPORTS SAS

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A

LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

Solicita el señor **LUIS OSCAR CEPEDA CASTELLANOS** se **declare** la existencia de un contrato con las empresas KAXON SPORTS SAS y MERCURIN SPORTS SAS entre el 10 de enero de 2008 al 25 de noviembre de 2016, que terminó sin justa causa. Como consecuencia, se condenen a las demandadas a la nivelación salarial sobre el salario mínimo desde el 1° de enero de 2009 al 25 de enero de 2016, teniendo en cuenta que los valores cancelados fueron siempre inferiores al valor del SMLMV, se condene al pago de cesantías de toda la relación laboral, se condene al pago de intereses a las cesantías de toda la relación laboral, se condene a la indemnización por no consignación a las cesantías, se condene al pago de primas de toda la relación laboral, se condene al pago de vacaciones de toda la relación laboral, se condene al pago de aportes a seguridad social en salud y pensión, se condene a la indemnización por el no pago de los salarios y prestaciones, se condene a la indemnización por despido sin justa causa, se condene a las

dotaciones y calzado que se adeudan, se condene al pago de costas y agencias en derecho (fls.29 a 37).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls.26 a 29) se señalaron en síntesis que celebró un contrato laboral de carácter verbal a término indefinido el 10 de enero de 2008 con la empresa KAXON SPORTS SAS, el salario pactado fue de \$540.000 mensuales, los cuales se pegaban \$150.000 quincenales y \$30.000 cada sábado y domingo, que el horario era de 10:00 a.m. a 5:00 p.m. de lunes a viernes y los fines de semana de 7:00 a.m. a 5:00 p.m., que por acuerdo de la empresa desde el 26 de enero de 2016, continuó trabajando sin solución de continuidad con la empresa MERCURIN SPORTS SAS con quien se pactó como salario la suma de \$560.000 mensuales, los cuales se cancelaban \$140.000 semanales, el horario de pacto de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 6:30 p.m. de lunes a viernes, que la relación laboral con esta última empresa fue hasta el 25 de noviembre de 2016, que terminó de manera unilateral y sin justa causa, que durante la relación laboral con las empresas demandadas se desempeñó en el cargo de oficios varios.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

MERCURIN SPORTS SAS contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó no constarle los numerales 1 a 4 y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, buena fe, evaluación de buena o mala fe -precedente jurisprudencial obligatorio, compensación y genérica (fls. 97 a 110).

KAXON SPORTS SAS contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos señaló no constarle los numerales 1 a 4, 6 a 9, 22 y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, buena fe, evaluación de buena o mala fe -precedente jurisprudencial obligatorio, compensación y genérica (fls. 111 a 120).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 16 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 19 de octubre de 2018, **absolvió** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante, declaró probada la excepción de

mérito denominada inexistencia de la relación laboral entre las partes y se abstuvo de hacer pronunciamiento sobre los demás medios exceptivos, condenó en costas a la parte demandante en la suma de \$250.000 (CD fl.137).

Como argumento de su decisión, señaló el *a quo* que frente al estudiar las pruebas oportunamente practicadas del interrogatorio de parte absuelto por el demandante no existía claridad sobre la prestación personal del servicio, por cuanto inicialmente indicó que efectuaba ventas de productos de KAXON SPORT, recibiendo un pago por parte de la señora Diana del Carmen Pedraza sábados, domingos y lunes festivos. Aunado a ello, el actor afirmaba haber laborado para KAXON SPORT desde el día 10 de enero de 2008 hasta el 25 de enero de 2016 y que, por un acuerdo entre las sociedades incoadas, pasó a laborar con MERCURIN SPORT a partir de enero de 2016 y hasta el 25 de noviembre de esa misma anualidad.

No obstante, aduce el sentenciador que al revisarse la documental obrante dentro del expediente se observaba que en el certificado de existencia y representación legal de KAXON SPORT SAS se indicaba como fecha de matrícula de inscripción el 20 de enero de 2011 y a su vez el certificado de existencia y representación de MERCURIN SPORT SAS constaba con fecha de matrícula de inscripción el 20 de febrero de 2014.

Además, de las declaraciones de los testigos tampoco se podía establecerse la prestación personal del servicio, ni los extremos, toda vez que el señor Andrés Rodríguez Roa si bien señalaba conocer al actor desde el año 2008, dijo haber trabajado para KAXON SPORT entre 2007 a 2010, tiempo en que la empresa según su dicho se llamaba WORLD SPORT, sociedad que no había sido mencionada por ninguna de las partes en la demandada o su contestación. Resaltó el Juzgado que a pesar de que coincidían los testigos de la parte actora en afirmar que el señor Cepeda Castellanos vendía productos de la demandada KAXON SPORT y que además el señor Mauricio González había declarado que después había comercializado productos de MERCURIN SPORT en el quiosco ubicado al interior del Club Morichal, en el cual el demandante seguía trabajando los días sábados, domingos y festivos, tales manifestaciones no daban cuenta de la prestación personal del servicio, ni su duración en el tiempo.

Destacó que el actor en su interrogatorio se había contradicho frente a los hechos de la demanda, como quiera que había señalado haber trabajado hasta octubre de 2017, momento en que renunció para las demandadas, empero en los hechos expuso que laboró para KAXON SPORT hasta el 25 de enero de 2016 y con MERCURIN SPORT hasta el 25 de noviembre de 2016 y que el contrato había terminado de manera unilateral y sin justificación alguna y por intermedio del señor Alberto Pedraza subgerente de la misma.

Concluyendo el *a quo* que no se demostró la prestación personal del servicio, tampoco se acreditaron los extremos de duración del presunto vínculo y no se aportó medio de prueba alguno que el que se acreditará la existencia de algún tipo de remuneración por parte de los demandados hacia el demandante, lo cual confirmaba lo declarado por los representantes legales de las sociedades convocadas a juicio, así como a lo dicho por la TESTIGO YURI MALDANA, en que lo único que percibía el actor era el pago de comisión por venta de los implementos deportivos que éste previamente compraba a las demandadas, ventas que tampoco habían sido demostradas por el demandante, quien además había confesado en su interrogatorio que adeuda dinero pero no preciso a cuál de las demandadas, como tampoco se pudo demostrar que hubiere existido sustitución de empleadores que sería la base para establecer la existencia de un solo contrato.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación manifestando su desacuerdo con la decisión del Juez frente a que no se encontraba demostrada la prestación del servicio del demandante, pues considera que no existía otra persona diferente al señor Luis Oscar quien vendía los productos que ofrecían estas dos empresas en el Club Morichal, tal como lo había expuesto el representante legal de la empresa y del Club el Morichal, quien corroboró en que efectivamente las empresas KAXON SPORT, denominaba en ese entonces WORLD SPORT, si bien no se había mencionado este hecho en la demanda había sido porque no se tenía el certificado de representación legal, toda vez que la empresa actuaba en forma anónima existiendo registro de su marca en la cámara de comercio solo hasta el año 2010.

Advierte, que el representante del Club el Morichal también había aceptado que existía un convenio con el propietario de la empresa KAXON SPORT, para la colocación de un puesto para la venta y promoción de sus productos; y no se encontraba por ningún otro lado que existiera otra persona distinta al demandante para que vendiera los productos en dicho puesto, hecho que había quedado demostrado no solamente por lo dicho por el representante legal y por el gerente del Club Morichal, sino también por los diferentes testigos, incluso de la señora Yuri testigo que había declarado a favor de la empresa y quien había manifestado que cuando el señor Luis Oscar Cepeda solicitaba vestidos, ropa, porque le hacía falta para el puesto ella le surtía y ella misma era quien le recibía los días lunes las cuentas, acreditándose así la prestación personal del servicio.

En cuanto al salario devengado, arguye que el actor fue conteste en el interrogatorio de parte, que como se había podido apreciar padece de una afección que no le permite expresarse en forma lingüística como lo hacemos nosotros, sí había manifestado con toda claridad que el recibía quincenas o semanas de \$140.000 y que por el trabajo que realizaba los días sábados, domingos y lunes festivos, por esos momentos le pagaban \$30.000.

En cuanto a la dependencia, como bien lo había manifestado el mismo representante legal de KAXON SPORT, él se hacía presente en el club junto con su señora y con sus hijas, que eran quienes mandaban en la empresa, porque el señor representante últimamente había optado por cambiarle el nombre a la empresa a MERCURIN SPORT, pero de las certificados de representación legal se podía ver que son los mismo dueños, comprobándose así la dependencia y subordinación, si bien el dueño de la empresa no le daba órdenes directas, sí lo hacía a través de sus empleados, toda vez que don Luis Oscar se hacía presente en la empresa y allí se le ordenaba hacer consignaciones, llevar ropa, vender, entre otras cosas y le era entregado con inventario, tal y como lo había dicho la misma testigo Yuri, que era la contadora y era la que entregaba los productos y le recibía el valor del importe y además, era allí donde se le pagaba, si no llevan registro de su contabilidad, la empresa lo que debió haber probado eran los registros contables para demostrar que el demandante no tenía una relación laboral.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Debe la Sala determinar si el demandante estuvo ligado por una relación laboral dependiente y subordinada con las empresas demandadas KAXON SPORT y MERCURIN SPORT, o si, por el contrario, lo que existió fue otro tipo de vinculación contractual, ejecutada en forma autónoma e independiente y regido por normativas ajenas al derecho laboral. Así mismo, en caso de confirmarse la existencia de una relación laboral si hay lugar el reconocimiento de las pretensiones solicitadas en el libelo demandatorio y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Existencia de un contrato laboral

Al respecto, se tiene que el artículo 24 del CST establece “*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”. Así pues, bastaría al trabajador, probar con suficiente rigor la prestación del servicio, para amparar dicha relación bajo las características de un contrato laboral, correspondiéndole al empleador, en consecuencia, desvirtuar su existencia objetando bien sea el tipo de prestación personal de trabajo, o bien, la existencia de subordinación laboral.

Es así, como en el presente asunto, obra plena operancia de la presunción del antedicho artículo 24 CST, por lo cual es obligación de la parte pasiva desvirtuar la existencia de un contrato laboral, cabe recordar que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, por lo tanto, es al empleador a quien le corresponde desvirtuarlo, así lo señaló la CSJ SL en la sentencia SL 2171-2019.

Así mismo, la CSJ Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 225 del 2020, señaló que la Corte Constitucional al declarar la inexigibilidad del inciso 2° del artículo 2° de la Ley 50 de 1990, indicó: “*quien habitualmente preste sus servicios personales remunerados en ejercicio de una profesión liberal o en desarrollo de un contrato civil o comercial, pretenda alegar el carácter laboral de su relación, deberá probar que la subordinación jurídica fue la prevista en*

el literal b) del artículo 1o. de esta ley y no la propia para el cumplimiento de la labor o actividad contratada", estableciendo textualmente:

“Y si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que quien ante dicha situación ostente la calidad de trabajador, tenga que ser éste quien deba demostrar la subordinación jurídica.

Advierte la Corte que la presunción acerca de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de esa naturaleza (inciso 1 de la norma demandada) implica un traslado de la carga de la prueba al empresario”.

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

Precisado lo anterior, pasa la Sala analizar las pruebas aportadas al proceso a fin de verificar la forma en cómo se desarrolló el vínculo entre las partes las partes, esto es, si el actor actuaba con autonomía técnica y directiva, o si por el contrario se encontraba subordinado.

Sobre el particular, se tiene que la discusión inicial se centra frente a si el demandante logró acreditar la prestación personal del servicio a favor de las demandadas a fin de que surja la presunción contemplada en el artículo 24 del CST, frente a lo cual esta Sala de decisión discrepa de lo decidido por el *a quo* en relación a este aspecto, toda vez al revisarse las declaraciones rendidas por los representantes legales de cada una de las accionadas, ambos reconocieron que dentro del CLUB EL MORICHAL existía un stand para la venta de los productos ofrecidos tanto por la empresa KAXON SPORT como de la empresa MERCURIN SPORT donde el actor prestaba sus servicios como vendedor, incluso aceptando parte de los extremos señalados en el escrito de demanda, de manera que lo que debió analizar el Juez en su decisión es si dicha actividad se realizaba bajo subordinación de las accionadas.

Frente a lo cual, revisado el interrogatorio de parte rendido por DIANA DEL CARMEN PEDRAZA CALDERÓN representan legal de KAXON SPORT, ésta señaló que el demandante realizaba actividades comerciales con dicha empresa vendiendo sus productos en el CLUB MORICHAL los fines de semana, que inicialmente dicho acuerdo se pactó entre el demandante y su padre LUIS ALBERTO PEDRAZA en donde se acordó la entrega de unos productos para ser vendidos en dicho stand y sobre dichas ventas se le reconocían comisiones, las cuales no eran constantes, asegurando que dicho acuerdo se mantuvo desde la constitución de la empresa hasta marzo de 2014, cuando ya ella pasó de ser la auxiliar contable de la empresa KAXON SPORT a ser la subgerente, aduciendo que a partir de dicha data acordó con el demandante la venta de la mercancía para que él a su vez la re vendiera bajo el precio que él considerara y en los lugares que él quisiera, teniendo la potestad de utilizar el stand ubicado en el CLUB MORICHAL los fines de semana, igualmente se le entregaba una lista de valores sugeridos de precios, pero el actor podía ofrecerlos a un valor distinto, acuerdo que perduró hasta noviembre de 2014, ya que después le comenzó a comprar a la empresa MERCURIN SPORT.

Versión que corroboró el señor LUIS ALBERTO PEDRAZA en su declaración, pues éste reconoció que efectivamente al inició de la relación contractual con el actor éste le otorgaba unas comisiones por las ventas, pero afirmó que cuanto se creó la empresa MERCURIN SPORT en la cual funge como dueño, dichas condiciones variaron y el acuerdo consistió en la venta de los productos al señor LUIS OSCAR CEPEDA para que éste a su vez los vendiera libremente, recalcando que el vínculo comercial finalizó en septiembre de 2016, porque el señor LUIS OSCAR le quedó debiendo una plata.

Por otro lado, declararon como testigos los señores ANDRÉS RODRÍGUEZ, MAURICIO GONZÁLEZ y YURY ALDANA, los dos primeros fueron llamados a atestiguar a favor del demandante, por su parte el señor ANDRÉS RODRÍGUEZ manifestó que también tuvo un vínculo con la empresa KAXON SPORT entre los años 2007 a 2010, momento para el cual se denominaba WORLD SPORT, indicó que laboró para ellos de lunes a sábado pero para octubre de 2008, el señor LUIS ALBERTO PEDRAZA le comentó que iba a

buscar a otra persona para que le colaborara, por lo que contrató al señor LUIS OSCAR CEPEDA para éste estuviera en el stand los fines de semana y le realizará vueltas personales, manifiesta que después de que se retiró sabe que el stand continua en el club el morichal y que cree que el actor siguió prestando el servicio porque le ha comprado productos deportivos de la empresa donde ahora trabaja para venderlos allí, adujo también que no le constaba cuanto le pagaban al actor por lo que él vendía, ni tampoco si cumplía un horario o cuanto tiempo era que le dedicaba el actor para hacerle vueltas personales al señor LUIS ALBERTO PEDRAZA, asegurando que cuando estaba al servicio de éste, el demandante lo hacía de manera espontánea.

El señor MAURICIO GONZÁLEZ quien manifestó ser socio del CLUB MORICHAL indicó que conoció al actor en el año 2008, cuando entró a remplazar al señor ANDRÉS RODRÍGUEZ en el stand ubicado en el club vendiendo los productos de la empresa los días sábados y domingos, dijo también que en el año 2008 acordaron con el señor LUIS ALBERTO PEDRAZA un espacio dentro del club para vender ropa deportiva, no se acordó arriendo, sino que le daba dos dotaciones al año para los empleados, aseveró que el actor desde el año 2008 hasta la fecha de la diligencia siempre ha estado en la carpa vendiendo los fines de semana y festivos, pero que no sabe que vínculo tiene a la fecha con KAXON SPORT, no le consta que hacía el demandante entre semana, solo lo que el actor le comentaba que estaba entregando ropa de don ALBERTO o a veces iba a la oficina de don ALBERTO y lo veía allí, pero no sabe que vínculo existía entre ellos, tampoco sabe cuánto le pagaban. Se le preguntó también si sabe si el señor LUIS OSCAR trabajaba como independiente, éste manifestó que cree que en los últimos meses sí, pero que no le consta porque en el último año y medio no había podido ir al club por la salud de unos de sus hijos, sabe que aún está la caseta, pero no sabe si la misma sigue siendo del señor ALBERTO.

Agregó, que las canchas también se alquilaron durante los últimos 5 años para otros deportes como ultimate dos fines de semana al año, momentos para los cuales el actor no podía asistir porque el sitio se arrendaba completo para que se hicieran las ventas de los productos de dicho deporte, reconoce que el actor le fiaba en ocasiones a los jugadores, dice que el señor LUIS ALBERTO PEDRAZA no iba de manera constante al club, solo que tenía

entendido que los días lunes cuadraban cuentas con el señor LUIS OSCAR.

Por último, la señora YURY ALDANA quien señaló que trabaja para la empresa KAXON SPORT desde el 4 de noviembre de 2014, inicialmente como secretaria y después como auxiliar contable, sostuvo que al demandante le daban ropa para que él la vendieran y que los días lunes él llevaba los abonos de la mercancía que él compraba, actividad comercial que hizo hasta el año 2016, porque quedó debiendo una factura.

De lo expuesto, queda en evidencia que la actividad desarrollada por el actor consistió en la venta de las mercancías de las sociedades demandadas en el stand ubicado en el CLUB MORICHAL, sin embargo, debe resaltarse que dicho vínculo contractual tuvo variaciones durante los años en que se prestó el servicio con lo cual se puede determinar que el mismo no siempre tuvo carácter laboral, pues inicialmente se dijo que el contrato se pactó con el señor LUIS ALBERTO PEDRAZA en el año 2008, momento para el cual se acordó la entrega de la mercancía al señor LUIS OSCAR CEPEDA para que éste la vendiera en el stand y sobre dicha venta se reconocía una comisión, situación que perduró una vez constituida la empresa KAXON SPORT que según certificado de representación legal expedido por Cámara de Comercio de Bogotá lo fue 20 de enero de 2011 (fls. 91 a 94) y hasta marzo de 2014, momento para el cual la señora DIANA DEL CARMEN PEDRAZA CALDERÓN pasó como subgerente, pues según su dicho a partir de allí se acordó que los productos ya no serían entregados al demandante con beneficio de comisión, sino que serían vendidos a él quien re vendía bajo su propia potestad.

Acuerdo que también se pactó con el señor LUIS ALBERTO PEDRAZA una vez pasó como dueño de la empresa MERCURIN SPORT, con lo cual se demuestra que a partir del 2008 hasta marzo de 2014, la actividad desarrollada por el actor estuvo bajo subordinación por parte del señor LUIS ALBERTO PEDRAZA, toda vez que al estar supeditada su remuneración a las comisiones por las ventas realizadas evidencian que no tenía autonomía técnica y administrativa frente a las ventas que él realizaba, situación distinta ocurrió a partir de marzo de 2014, tanto con la empresa KAXON SPORT como con la empresa MERCURIN SPORT, por cuanto ya no recibía comisiones por venta, sino que la mercancía era directamente adquirida por él para ser vendida en el stand al precio que él considerara, si bien se tenía

una lista de precios sugeridos no se demuestra que tuviera que venderse por esos valores.

Puso de presente el recurrente que no existe constancia de las facturas de venta de los productos adquiridos por el actor con las empresas KAXON SPORT y MERCURIN SPORT, hecho que es cierto, pues no obra prueba de las mismas. No obstante, tampoco existe constancia de que después del mes de marzo de 2014, que el actor tuviera dependencia por parte de estas, toda vez que todos los testigos fueron consistentes en señalar que el señor LUIS OSCAR CEPEDA acudía los fines de semana al stand en el club, pero no veían con regularidad al señor LUIS ALBERTO PEDRAZA, por lo que el desarrollo de su actividad de hacía con total libertad, tampoco quedó demostrado de manera contundente que prestará sus servicios entre semana, pues el primero de los testigos adujo que las ayudas que prestaba el actor para señor LUIS PEDRAZA eran esporádicas y que ese hecho solo le constaba hasta el momento en que laboró para KAXON SPORT que lo fue hasta el año 2010, por otro lado, el segundo testigo socio del club aseguró no constarle tal situación, solo que lo vio una que otra vez en el almacén del señor LUIS ALBERTO PEDRAZA y que frente a las otras laboras que dice el actor realizaba, lo sabía porque él mismo se lo contaba, más no porque lo hubiera presenciado.

Cabe resaltar que el señor MAURICIO GONZÁLEZ también afirmó que no tenía conocimiento exacto frente al tipo de acuerdo que existía entre las partes, tan solo contó lo que había escuchado del actor, incluso manifestó que en el último año y medio creía que el señor LUIS OSCAR CEPEDA tenía independencia en sus ventas, informando además que el demandante aún realiza ventas en el stand, aspecto que llama la atención, pues si la presunta relación laboral ya finalizó con las empresas demandadas, se presumiría que el actor no debería estar allí, pues se entiende que el stand era exclusivo de estas, lo cual conlleva a concluir que entre las partes se fue desarrollando fue un vínculo netamente comercial, máxime que el mismo demandante en su declaración reconoce que le adeuda a una de las demandadas la suma de \$800.000 y acepta que compró como textualmente dice la caseta, dando a entender que dicho stand ya no es de uso exclusivo de las demandadas, sin que se conozcan con detalles desde cuando se realizó el acuerdo de compra del mismo.

Otro aspecto a destacar es que el señor ANDRÉS RODRÍGUEZ confiesa que el demandante le compraba a él los artículos para vender en la empresa donde había comenzado a trabajar acreditándose con ello que el actor no solo vendía los productos de la demandada. Ahora, si bien la señora Yury Aldana manifestó que los días lunes le llevaba abonos y se hacían cruces de cuentas, las mismas consistían porque algunos de los artículos entregados al actor se daban en calidad de consignación, figura jurídica que se encuentra contemplada en el artículo 1377 del Código de Comercio, el cual establece:

“ARTÍCULO 1377. <DEFINICIÓN DE CONTRATO DE CONSIGNACIÓN O ESTIMATORIO>. *Por el contrato de consignación o estimatorio una persona, denominada consignatario, contrae la obligación de vender mercancías de otra, llamada consignante, previa la fijación de un precio que aquél debe entregar a éste.*

El consignatario tendrá derecho a hacer suyo el mayor valor de la venta de las mercancías y deberá pagar al consignante el precio de las que haya vendido o no le haya devuelto al vencimiento del plazo convenido, o en su defecto, del que resultare de la costumbre”.

En ese orden de ideas, el hecho de que los días lunes se cuadraran cuentas de las ventas, no era porque el actor no tuviera la suficiente independencia administrativa sobre lo vendido, sino porque el actor al comprar las prendas pagaba parte del valor de las mismas y una vez vendidas terminaba de cancelar los saldos pendientes.

Por tales aspectos, queda claro que el demandante tuvo una relación laboral con el señor LUIS ALBERTO PEDRAZA como persona natural entre octubre de 2008 hasta el 19 de enero de 2011 y a partir del 20 de enero de 2011 hasta marzo de 2014 con la empresa KAXON SPORTS SAS, de donde se puede predicar que durante dicho lapso que sí existió sustitución patronal, figura contemplada en el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual señala:

“Art. 67. Definición. Se entiende por sustitución de patronos todo cambio de un patrono por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad de establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios”.

Como bien lo contempla la norma en cita, en el presente asunto quedó demostrado que existió un traspaso de una persona natural a una persona jurídica, sin que existiera variación en el giro de sus actividades, pues como se pudo ver en el devenir del proceso, desde antes de la constitución de la

empresa KAXON SPORTS SAS, el señor LUIS ALBERTO PEDRAZA confesionaba artículos deportivos los cuales eran vendidos por el actor en el CLUB MORICHAL, labor que continuó en las mismas condiciones una vez creada la empresa KAXON SPORTS SAS, por consiguiente, se declarará la existencia de un solo contrato con la empresa KAXON SPORTS SAS entre el **31 de octubre de 2008 hasta el 1° marzo de 2014**, los días de los meses mencionados se tomaron del criterio actual de la CSJ Sala Laboral, en relación de que si no se conocen con exactitud los extremos de la relación laboral, pero se tiene conocimiento del mes o el año, para el extremo inicial se debe tener en cuenta el último día del respectivo mes o año, y para el final el primer día, según corresponda (*rad. 33849 del 29 de abril de 2019, reiterada en sentencia SL 2931 del 24 de julio de 2019*). Así mismo, se declarará que el vínculo que mantuvo el actor con las empresas KAXON SPORTS SAS y MERCURIN SPORT después del mes de marzo del año 2014, fue de carácter netamente comercial.

Extremos y salario

Como bien se anunció los extremos de la relación laboral lo fueron entre el 31 de octubre de 2008 hasta el 1° marzo de 2014, en donde el actor se desempeñó como vendedor de la empresa KAXON SPORTS SAS en el stand ubicado en el CLUB MORICHAL para ese entonces, administrado por la demandada, actividad que desarrollada únicamente los días sábados y domingos; y días festivos, pues como bien se indicó con antelación no se encontró probada la prestación el servicio entre semana. En cuanto al salario, aunque aduce la parte actora que correspondió a la suma de \$140.000 quincenal, lo cierto es que no obra prueba de ello, por lo que se deberá tomar en cuenta el valor del día que equivale el salario SMLMV.

Acreencias laborales y prescripción

Previo a entrar a establecer las condenas respecto de las acreencias laborales legales, es necesario estudiar la **excepción de prescripción** propuesta por la empresa demandada conforme a lo dispuesto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTy de la S.S., observándose que el contrato finalizó con la empresa KAXON SPORTS SAS el día **1° de marzo de 2014**, contando el actor con 3 años para reclamar ante la demandada o para acudir ante la jurisdicción ordinaria, situación que tan solo hizo el **5 de abril de 2017** cuando presentó

la demanda (fl.47), pues las reclamaciones que militan a folios 10 a 12 del plenario, están dirigidas a la empresa MERCURIN SPORT, que como bien quedó acreditado en el litigio se trata de una empresa diferente, de manera que, al superarse los 3 años contemplados en la Ley, operó el fenómeno prescriptivo respecto de todas las acreencias laborales reclamadas, excepto frente al pago de aportes a seguridad social en pensión, pues se trata de un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible.

DE LOS APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL.

Pensión – Como quiera que de conformidad con el art. 15 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el art. 3 de la Ley 797/2003) son afiliados en forma obligatoria al sistema general de pensiones, todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo, y que el artículo 17 ibídem dispone la obligatoriedad de las cotizaciones al régimen del sistema general de pensiones, al encontrarse acreditado el vínculo laboral entre el demandante y la empresa KAXON SPORTS SAS, como fue indicado al inicio de esta decisión, era obligación de ésta la afiliación del ex trabajador al sistema general de seguridad social en pensiones.

Por lo tanto, se ordenará a dicha demanda a realizar la afiliación del señor LUIS OSCAR CEPEDA al Fondo de Pensiones de su escogencia y el consecuente pago de la reserva actuarial que determine dicho fondo de pensiones desde del periodo comprendido entre el **31 de octubre de 2008 hasta el 1° marzo de 2014**, teniéndose como salario base de liquidación para dichos años el SMLMV y lo dispuesto en el artículo 2.2.1.6.4.5 del Decreto 1072 de 2015, como quiera que la labor del actor de ejecutó únicamente los fines de semana y lunes festivos.

Como sustento de lo ordenado se trae a colación la sentencia SL 2348 del 27 de junio de 2019, en la cual la CSJ recordó que quienes laboren por días, los aportes al sistema de seguridad social se deben hacer con base en el SMLMV, en el cual dijo:

“también ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Sala de la Corte y hoy lo reitera, tales trabajadores que laboren por días con distintos empleadores, éstos deben cotizar al sistema de seguridad social conforme a los días laborados con cada uno de ellos, sólo que ya no lo harán con fundamento en el salario en dinero pagado al trabajador (a) del servicio

doméstico por cada uno de ellos, que en ningún caso podía ser inferior al 50% del smlmv, como lo decían los artículos 1º y 3º de la citada Ley 11 de 1988, sino que deberán ahora efectuar los aportes con base en el salario mínimo mensual legal vigente. Así las cosas, en caso de percibir el trabajador un salario inferior al smlmv, debe cotizar como mínimo sobre dicho tope, tal como lo estableció claramente el artículo 5º de la Ley 797 de 2003, cuando al efecto señaló «En ningún caso el ingreso base de cotización podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente» (Sentencia CSJ SL2352-2018, rad. 63508). Con mayor razón, los trabajadores del servicio doméstico que reciban menos del salario mínimo y trabajen de manera continua con el mismo empleador les asiste el derecho a ser afiliados».

En virtud de lo expuesto, se **revocará parcialmente** la decisión de primera instancia.

COSTAS:

COSTAS en ambas instancias a cargo de la demandada KAXON SPORTS SAS, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ-SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente los ordinales primero y segundo de la sentencia apelada proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, en su lugar se **DECLARA** la existencia de un solo contrato entre el señor LUIS OSCAR CEPEDA CASTELLANOS con la empresa KAXON SPORTS SAS, en el periodo comprendido entre el 31 de octubre de 2008 hasta el 1º marzo de 2014, en donde configuró la figura de sustitución patronal contemplada en el artículo 67 del CST, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: se **DECLARA** que el vínculo que mantuvo el actor con las empresas KAXON SPORTS SAS y MERCURIN SPORT después del mes de marzo del año 2014, fue de carácter netamente comercial.

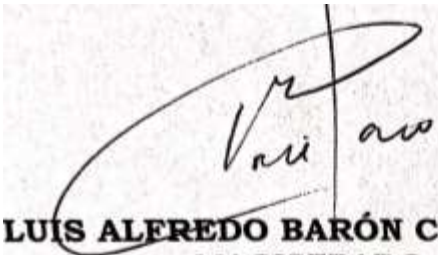
TERCERO: se **DECLARA** probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada KAXON SPORTS SAS sobre las acreencias laborales reclamadas.

CUARTO: CONDENAR a la empresa KAXON SPORTS SAS a realizar la afiliación del señor LUIS OSCAR CEPEDA al Fondo de Pensiones de su escogencia y el consecuente pago de la reserva actuarial que determine dicho fondo de pensiones desde del periodo comprendido entre el 20 de enero de 2011 hasta el 1° marzo de 2014, teniéndose como salario base de liquidación para dichos años el SMLMV y lo dispuesto en el artículo 2.2.1.6.4.5 del Decreto 1072 de 2015, como quiera que la labor del actor de ejecutó únicamente los fines de semana y lunes festivos.

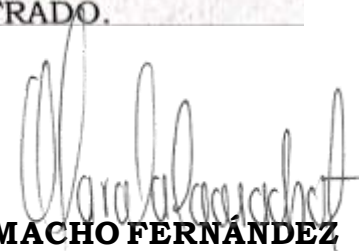
QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

SEXTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la demandada KAXON SPORTS SAS, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

Notifíquese y cúmplase



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

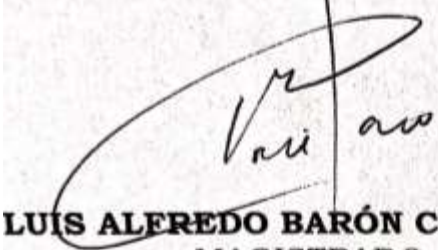


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandada KAXON SPORTS SAS en la suma de \$ 900.000.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

8

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE IVÁN RODRIGO CASTRO ROJAS
contra LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **IVÁN RODRIGO CASTRO ROJAS** se **declare** que PROTECCIÓN S.A. lo asesoró equivocadamente al afiliarse a dicha entidad y trasladándolo del ISS, se **declare** la nulidad de afiliación o la ineficacia de la afiliación suscrita con PROTECCIÓN. Como consecuencia, se **condene** a PROTECCIÓN S.A. al traslado de régimen ante COLPENSIONES, junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas en dicha entidad, se **ordene** a COLPENSIONES activarlo en el sistema, se **condene** al pago de costas procesales y agencias en derecho que se ocasionen en el proceso, se **condene** ultra y extra petita (fls. 5 a 6).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl.6 a 7), señaló que nació 27 de octubre de 1960, que inició su vida laboral cotizando al ISS hoy COLPENSIONES registrando un total de 304, 14 semanas de cotización, que el 1° de junio de 1994, se trasladó del ISS a PROTECCIÓN S.A., la razón del traslado fue la asesoría pensional efectuada por dicho fondo, la cual se basó

esencialmente en ofrecerle una mesada más alta al momento de llegar a la pensión de vejez y la posibilidad de pensionarse antes de la edad requerida en el régimen de prima media, adicionalmente, el funcionario de PROTECCIÓN que le asesoró, le informó que el ISS se iba a liquidar y que la consecuencia era que esos tiempos se podían perder, no le hizo ninguna clase de estudio previo, tampoco lo asesoró respecto de la posibilidad de trasladarse al régimen de prima media, tampoco se le hizo ningún estudio de la pensión probable, omitió sobre las alternativas de ahorro voluntario, el 23 de octubre de 2017, solicitó ante PROTECCIÓN un estudio pensional, quien no dio respuesta, por lo que tuvo que interponer acción de tutela, por lo que el 28 de noviembre de 2017, la entidad dio respuesta aduciendo que la mesada pensional del actor correspondería a la suma de \$1.629.146, que al efectuarse la proyección de la mesada en el régimen de prima media correspondería a la suma de \$9.134.423. Por último, manifiesta que solicitó ante COLPENSIONES el traslado el 15 de noviembre de 2017.

8

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

PROTECCIÓN S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 2, 5, 12, 13 a 15, no constarle los numerales 18, 19, 24 y 25; y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, prescripción y genérica (fls. 64 a 69).

COLPENSIONES también se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos indicó ser ciertos los numerales 1 a 5, 24 y 25, y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica (fls. 86 a 102).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 27 de febrero de 2019 (CD – fl. 119), **declaró** no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas, **declaró** que la vinculación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A. fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos, **declaró** que el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida a cargo de COLPENSIONES y que esta entidad tiene la obligación legal de validar la vinculación del demandante sin solución de continuidad, **ordenó** a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación del demandante como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, **ordenó** a COLPENSIONES a recibir el traslado de fondos a favor del demandante y convalidarlos en su historia laboral y **condenó** en costas a COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. en la suma de \$850.000.

Fundamentó su decisión, estableció que el actor no contaba con 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, como tampoco acreditaba los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición, por lo que para el momento del traslado de régimen no constaba con una expectativa legítima.

Sin embargo, manifestó que lo solicitado por el actor consistía en que se declarará la ineficacia del traslado por lo que observaba que del formulario suscrito por el actor para el cambio de régimen no se encontraba plasmado una completa información sobre las características y condiciones que tenía en ese nuevo régimen pensional, por lo que encontraba que el asesoramiento brindado al actor fue más de índole comercial, no se efectuó una comparación con el ISS, no se ahondó en aspectos técnicos sobre la forma de cuantificar o construir un derecho pensional a partir de la necesidad de efectuar unos aportes obligatorios, la posibilidad una pensión anticipada que requería de unos aportes voluntarios, tampoco se le expuso las ventajas y desventajas, aspectos que se echaban de menos, siendo carga probatoria

de la entidad demandada, concluyendo que PROTECCIÓN S.A. omitió con el deber legal que le asistía al no brindarle al demandante la información necesaria para celebrar en debida forma su contrato de afiliación con dicha entidad. Declaró que no prospera la excepción de prescripción por ser un asunto ligado al derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, trayendo a colación las sentencias proferidas por las Salas 2, 5 y 6 del Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, inició haciendo referencia a la sentencia proferida por la Magistrada Ángela lucia murillo dentro del proceso 072015- 1140 de marzo de 2017, en relación a dicha sentencia considera que en el presente caso no se ha incurrido en ninguna prohibición legal al momento del traslado el 1° de junio de 1994, por cuanto para dicha fecha ya se encontraba en vigencia la Ley 100 de 1993, siendo posible el traslado.

Por otra parte, adujo que las sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral frente a las cuales se apoyaban las decisiones que declaraban la ineficacia del traslado, correspondían de personas que tenían un derecho adquirido para el momento del traslado, otro aspecto a tener en cuenta es que el error de derecho no es una causal de nulidad, por último, en cuanto a la voluntad de permanencia se tenía que el actor lleva 24 años cotizando al régimen de ahorro individual, lo cual se debía entender como una ratificación de permanencia en ese régimen, citó una sentencia proferida por la Sala Segunda del Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral Magistrada ponente Rina Escobar Barbosa del 14 de abril de 2018, en la cual se hacía referencia en cuanto a que las jurisprudencias de la CSJ Sala Laboral, se trataba de personas que contaba con una expectativa legítima.

Finalmente, citó una sentencia proferida por la Sala sexta del Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para hacer referencia a la carga de la prueba, en la cual se manifestaba que en estos asuntos se debía mantenerse a lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, esto es, que le compete a la parte que alega un hecho probar dicha afirmación, por lo que siendo que la afiliación ocurrió hace 24 años era muy difícil probar supuesto fácticos

desde hace tanto tiempo, por consiguiente, debía tenerse en cuenta que en estos casos se estaban fallando con jurisprudencia del CSJ Sala Laboral que resultaban distintitos al caso aquí analizado, pues todas ellas trataban de unos derechos consolidados y con expectativas legítimas.

CONSIDERACIONES

8

Problema jurídico

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo el demandante a través de la AFP PROTECCIÓN S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su ineficacia y no mediante la nulidad, toda vez que 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, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar

la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el señor IVÁN RODRIGO CASTRO ROJAS el 19 de mayo de 1995 (fl. 70), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., encontrándose afiliado en la actualidad a ésta, efectuando cotizaciones en el RAIS desde el 1° de junio de 1995 (fl.80), aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES como se logra ver del formulario de afiliación al régimen de ahorro individual, en la cual aduce que venía cotizando como dependiente al ISS (fl. 70).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP se denota que el accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea y que había sido asesorado sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues en su momento COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., debía informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; luego si no podía efectuar una proyección su afirmación carecía de sustento, de ahí que no era viable afirmar un hecho que era incierto más aún, sino tenía pruebas de ello; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PROTECCIÓN S.A., pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio al accionante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar el formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz, como lo indicó el *a quo* en la sentencia apelada y contrario a lo señalado por COLPENSIONES en su recurso de alzada, en tratándose de ineficacia del traslado, no hay lugar a efectuar pronunciamiento alguno respecto a los vicios en el consentimiento, como tampoco resulta obligatorio para esta Sala de decisión dar aplicación a la sentencias referidas por parte de otras Salas de decisión del Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral que tienen posturas diferentes a las aquí definidas, pues se trata de un precedente horizontal el cual no resulta vinculante.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos

del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

No obstante, se hace necesario ADICIONAR y por ende MODIFICAR, el ordinal primero del proveído apelado, en el sentido de ordenar a PROTECCIÓN el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de COLPENSIONES.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba, tal y como lo tuvo por sentado el Juez de primera instancia.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ Y MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, teniendo en cuenta que su recurso de alzada no prosperó.

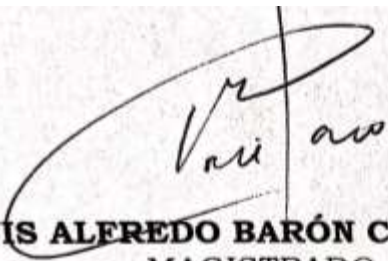
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL ORDINAL CUARTO de la sentencia apelada, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a PROTECCIÓN S.A. el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

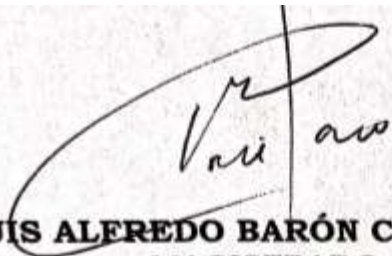


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES en la suma de \$ 900.000.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ÁLVARO RODRÍGUEZ CORTES CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita el señor **ÁLVARO RODRÍGUEZ CORTES** se **declare** que es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se **condene** a COLPENSIONES a cambiar el tipo de pensión de vejez especial por hijo discapacitado del cual goza actualmente, desde el 5 de agosto de 2013, de acuerdo a lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, se **condene** a COLPENSIONES al pago del retroactivo pensional, se **condene** al auxilio de su hijo discapacitado, en cuantía del 7% sobre el salario, desde el 5 de agosto de 2013 y en adelante, se **condene** al incremento del 14% por su compañera MARÍA COLLAZOS CAPERA, se **condene** al pago de intereses moratorios, se **condene** a la indexación, se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas procesales (fls. 4 a 5).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 3 a 4 del plenario, en los cuales en síntesis se señalaron; que nació el 5 de agosto de 1953, que es beneficiario del régimen de transición, que mediante resolución No. 25681 del 23 de julio de 2012, el ISS le reconoce la pensión especial de vejez por hijo discapacitado con fundamento en la Ley 797 de 2003, lo anterior, dando cumplimiento al fallo proferido por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario No. 2010-397, que el 31 de enero de 2013, presentó derecho de petición

ante COLPENSIONES solicitando el reconocimiento de la pensión de vejez, emitiéndose la resolución GNR 0477580 del 26 de marzo de 2013, en el cual negó el reconocimiento de la pensión, aduciendo que el afiliado acreditaba un total de 1,229 semanas de cotización, pero que no cumplía con el requisito de edad, que para julio de 2005 cuenta con 750 semanas, por lo que es posible dar aplicación a lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, que cuenta con un IBL de \$980.000, que al aplicarse una tasa de remplazo de 87%, su mesada sería de \$852.600, que tiene a su cargo un hijo discapacitado quien depende económicamente de él, por lo que la entidad demanda debe reconocerse el incremento del 7%, que contrajo matrimonio con la señora MARÍA COLLAZOS CAPERA el día 28 de febrero de 1976 quien también depende económicamente de él.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 11 y 18, no constarle los numerales 16 y 19; y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo petición antes de tiempo, inexistencia de la obligación, inexistencia del cobro de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción (fls. 30 a 39).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante audiencia del 14 de abril de 2016, la Juez 19 Laboral del Circuito de Bogotá declaró probada la excepción previa de falta de reclamación administrativa respecto de las pretensiones del incremento del 7% y 14%, contemplado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, decisión que fue confirmada por esta instancia mediante providencia del 18 de enero de 2017.

El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 11 de diciembre de 2018, **condenó** a COLPENSIONES a pagar a favor del demandante la pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, en cuantía de \$778.755,53 a partir del 5 de agosto de 2013, junto con los incrementos y mesadas adicionales, **condenó** a COLPENSIONES a pagar al demandante la diferencia retroactiva entre el valor pagado del reconocimiento de la pensión de la pensión de vejez por hijo invalido mediante resolución No. 25681 y el decretado a partir del 5 de agosto de 2013, sumas reconocidas que deberán ser indexadas mes a mes hasta el momento del pago conforme al IPC certificado por DANE, con el fin de compensar los daños por la pérdida

del poder adquisitivo de la moneda y **condenó** en costas a la parte demandada (CD fl.220).

Como argumento de su decisión, la *a quo* manifestó que se encontraba acreditado que el actor cumplió los 60 años de edad el 5 de agosto de 2013, que acreditó el status pensional mediante resolución 25681 del 23 de julio de 2012, en la cual el ISS le reconoció una pensión especial por hijo en condición de discapacidad de conformidad con lo dispuesto en la Ley 797 de 2003 y en cumplimiento del fallo proferido por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá.

Sostuvo que se encontraba acreditado también que el actor es beneficiario del régimen de transición, por cuanto nació el 5 de agosto de 1953, de manera que para el 1° de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad, que de la historia laboral se había podido acreditar también que contaba con un total de 1,058.57 semanas, que a la entrada en vigencia del acto Legislativo 01 de 2005, contaba con 1,000 de las 750 semanas exigidas por dicho acto, procediendo a realizar el estudio pensional conforme al Acuerdo 049 de 1990, para lo cual se tenía que el actor acreditaba más 1,000 semanas en cualquier tiempo, cumpliendo así con el requisito exigido por la Ley. En cuanto al cálculo de la mesada pensional, estableció que debía darse aplicación a lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con una tasa de remplazo del 87%.

En cuanto a la excepción de prescripción, indicó que el actor se le hizo exigible el derecho a partir del 5 de agosto de 2013, la reclamación se presentó el 31 de enero de ese mismo año y la demanda se radicó el 4 de mayo de 2015, demostrándose así que no transcurrió más de 3 años. Finalmente, estableció que al realizarse la correspondiente reliquidación pensional tomando el IBL de los 10 últimos años, había arrojado un valor de \$895.121,31 que al tomarse una tasa de remplazo del 87% se tenía como mesada pensional la suma de \$778.755,53, en cuanto a los intereses moratorios consideró que no había lugar a ellos por tratarse de una reliquidación pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación señalando que no se encontraba de acuerdo con la liquidación efectuada por la *a quo*, por considera que IBL efectuado por la parte actora es mucho mayor, ya que arroja la suma de 980.000 que al aplicarse una tasa de remplazo del 87%, se obtiene como

mesada pensional la suma de \$852.600, liquidación que se tomó con fundamento en el expediente administrativo.

C O N S I D E R A C I O N E S

Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar, si el actor cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, en caso afirmativo si la mesada pensional establecida en primera instancia se encuentra acorde y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Status de pensionado

No es materia de controversia que el actor fue pensionado por parte del ISS a través de la resolución 25681 del 23 de julio de 2012, en cumplimiento del fallo proferido por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá en donde se le otorgó una pensión especial de vejez por hijo discapacitado a partir del 10 de agosto de 2009, en cuantía de \$646.566,24 (fls. 9 a 11).

Régimen de transición

Pretende la parte demandante renunciar a la pensión especial por hijo discapacitado a fin de que le sea reconocido su derecho a la pensión de vejez, al considerar que es beneficiario el régimen de transición y que reúne los requisitos del Acuerdo 049 de 1990.

Conforme al art. 36 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiario del régimen de transición en el caso de los hombres debía contar para el 1° de abril de 1994, con 40 o más años de edad, o 15 o más años de servicios cotizados.

Reuniendo los requisitos señalados tendrá derecho a la pensión de vejez o de jubilación cuando cumplan la edad y el tiempo de servicios o el número de semanas establecidas en el régimen que se venía aplicando con anterioridad al 1° de abril de 1994, el cual para el caso concreto es el dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Dto. 758 del mismo año, por contar con semanas cotizadas al ISS hoy Colpensiones.

Dicho lo anterior, y conforme a la copia de la cédula de ciudadanía del demandante y que obra dentro del expediente administrativo, se tiene que nació el **5 de agosto de 1953**, por lo que al 1° de abril de 1994, contaba con 40 años de edad cumplidos, reuniendo así los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, en lo que se refiere a la vigencia del citado régimen, el parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, dispone que éste no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para las personas que estando en el mismo tengan cotizadas **750 semanas** o su equivalente en tiempo a la entrada en rigor de dicho acto, a quienes se les mantendrá el referido régimen **hasta diciembre de 2014**.

Al constatar si el demandante cuenta con 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, al 29 de julio de 2005, se tiene que según la documental de folios 43 a 46, registra **1,058,86 semanas** de cotización a esa data que, superando así las 750 semanas requeridas, lo que hace que su beneficio se extienda hasta el 31 de diciembre de 2014.

Pensión de vejez – Acuerdo 049 de 1990

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, establece que para acceder a la pensión de vejez en el caso de los hombres debía acreditar 60 años de edad y un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1,000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Al respecto, se tiene que el actor cumplió los 60 años de edad el **5 de agosto de 2013**, al verificarse las semanas cotizadas durante los **20 años anteriores al cumplimiento de la edad**, esto es, del 5 de agosto de 1993 al 5 de agosto de 2013, se tiene que acreditó **478,1 semanas** de cotización y en **toda la vida laboral** reunió un total de **1,227.99 semanas de cotización**, cumpliendo así con el requisito de 1,000 semanas en cualquier tiempo.

Disfrute de la pensión y monto

Al respecto, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, dispone que es necesaria la desafiliación del sistema para entrar a disfrutar de la pensión y solo en casos excepcionales la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha estimado, reconocerla con anterioridad cuando el demandante despliega alguna conducta tendiente a no continuar vinculado al

sistema, como lo sería el cese de las cotizaciones (CSJ SL 35605, 20 oct. 2009; CSJ SL4611-2015), o cuando pese a no haber desafiliación del sistema, el juzgador advierte su voluntad de no seguir vinculado al régimen de pensiones, por ejemplo, porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez (CSJ SL5603-2016); o en casos en que la entidad de seguridad social fue renuente al reconocimiento de la prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de los requisitos (CSJ SL 34514, 1.º sep. 2009; CSJ SL 39391, 22 feb. 2011; CSJ SL15559-2017).

En el caso del demandante se tiene que realizó su última cotización al sistema pensional en diciembre de 2008, momento para el cual contaba con 1,227.99 semanas y cumplió el requisito de edad el **5 de agosto de 2013**, de manera que es partir de dicha data en que deberá reconocerse el derecho pensional.

En cuanto el **monto de la mesada pensional** el mismo deberá efectuarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con lo cotizado en los 10 últimos años y aplicándose una tasa de remplazo del 87% que sería la que le correspondería de acuerdo al parágrafo 2º del Acuerdo 049 de 1990, frente a lo cual realizadas las sumas aritméticas arroja un IBL de **\$934.730,63** que al aplicarse la tasa de remplazo mencionada se obtuvo como mesada pensional la suma de **\$813.215,65**, la cual se otorgará en 13 mesadas al año, por haberse causado el derecho con posterioridad al 31 de julio de 2011, parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo 01 de 2005. De manera, que en efecto la mesada pensional calculada por esta instancia resultó mayor a la establecida por el Juez de primera instancia, sin embargo, no arrojó el valor señalado por la parte actora, sin que de su recurso de alzada se observe detalladamente en dónde se encuentran las diferencias, pues los cálculos aquí realizados también se hicieron con base en el expediente administrativo e historia laboral allegada al plenario, por consiguiente, se **modificará** la decisión del *a quo* en cuanto al valor de la mesada, dejando la arrojada en esta oportunidad por serle más beneficiosa, en consideración al recurso interpuesto.

Prescripción

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción se tiene que la misma no alcanzó a operar, como quiera que el demandante se le hizo exigible el derecho pensional el 5 de agosto de 2013, reclamó antes de tiempo, pues elevó la solicitud el 31 de enero de 2013, la cual se resolvió mediante resolución GNR 047580 del 26 de marzo de 2013 (fls. 13 a 14), sin embargo, la demanda se radicó el 4 de mayo de 2015 (fl.1), es decir, dentro de los 3 años establecidos en el artículo 151 del CPTSS.

Así las cosas, se **CONFIRMA** la decisión de primera instancia.

COSTAS

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

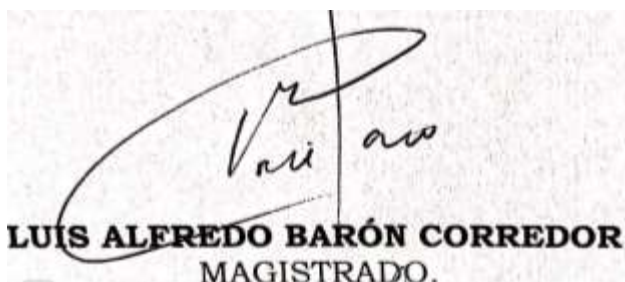
R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto a la cuantía de la mesada pensional para el 5 de agosto de 2013, estableciendo que la misma corresponde a la suma de \$813.215,65, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
ANO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1994	51	21,328	111,82	5,243	\$ 210.000,00	\$ 1.100.975,09	\$ 1.871.657,65
1995	360	26,147	111,82	4,276	\$ 270.743,25	\$ 1.157.817,47	\$ 13.893.809,67
1996	308	31,237	111,82	3,580	\$ 289.617,81	\$ 1.036.710,95	\$ 10.643.565,79
1997	146	37,997	111,82	2,943	\$ 517.703,15	\$ 1.523.491,78	\$ 7.414.326,67
1998	299	44,716	111,82	2,501	\$ 421.661,16	\$ 1.054.398,40	\$ 10.508.837,43
1999	28	52,185	111,82	2,143	\$ 236.460,00	\$ 506.659,93	\$ 472.882,60
2000	210	57,002	111,82	1,962	\$ 291.850,00	\$ 572.492,62	\$ 4.007.448,34
2001	351	61,989	111,82	1,804	\$ 284.288,89	\$ 512.800,08	\$ 5.999.760,91
2002	59	66,729	111,82	1,676	\$ 309.000,00	\$ 517.782,48	\$ 1.018.305,54
2003	69	71,395	111,82	1,566	\$ 398.908,33	\$ 624.751,82	\$ 1.436.929,19
2004	356	76,029	111,82	1,471	\$ 519.612,36	\$ 764.191,97	\$ 9.068.411,34
2005	354	80,209	111,82	1,394	\$ 797.180,79	\$ 1.111.315,97	\$ 13.113.528,50
2006	359	84,103	111,82	1,330	\$ 804.841,23	\$ 1.070.045,41	\$ 12.804.876,70
2007	348	87,869	111,82	1,273	\$ 762.206,90	\$ 969.929,99	\$ 11.251.187,92
2008	302	92,872	111,82	1,204	\$ 714.698,68	\$ 860.478,26	\$ 8.662.147,77
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2013	\$ 112.167.676,02
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 934.730,63
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					87%
		Primera mesada					\$ 813.215,65
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2013	\$ 589.500,00

República de Colombia**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PEDRO ORTÍZ QUIROGA contra EMPRESA
CELLUX COLOMBIA S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

El señor **PEDRO ORTÍZ QUIROGA** solicita se **declare** que entre las partes existió un contrato de trabajo el cual terminó por causal imputable al empleador. Como consecuencia, se **condene** a la empresa demandada al pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y prima de servicios correspondiente al tiempo laborado, se **condene** a la suma de \$35.700.000 correspondiente a los retroactivos desde la iniciación del preacuerdo de incremento salarial 1° de marzo de 2014 al 31 de diciembre de 2015, fecha de terminación del contrato, se **condene** a la demandada a pagarle indemnización por despido sin justa causa, se **condene** a la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, se **condene** a la sanción por no consignación de las cesantías del año 2011, se **condene** ultra y extra petita; y **condene** al pago de costas procesales (fl.8 a 9).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 2 a 8 del plenario en los cuales se señalaron que el 4 de enero de 1994 suscribió un contrato de trabajo con la empresa KANGUROID LTDA hoy CELLUX COLOMBIA S.A. demandada, el cual se dio por terminado el 10 de diciembre de 2015, en cual se desempeñó en el cargo de representante de ventas viajero, que el salario básico se pactó en la suma de \$98.700

mensuales más las comisiones que se generaran por ventas, teniendo en cuenta una tabla de porcentajes según las ventas, que el día 1° de septiembre de 1998, se modificó el contrato con respecto a la cláusula primera y cuarta del mismo, el 1 de febrero de 2012, se celebra el convenio de sustitución patronal entre la empresa KANGUROID LTDA, AB&C COLOMBIA SAS, en la cláusula tercera del mismo contrato se confirman las condiciones laborales y económicas con el actor, respetándose todas las condiciones de trabajo existentes en la empresa, el 1° de febrero de 2013, se celebra otro convenio de sustitución patronal entre la empresa AB&C COLOMBIA SAS con la empresa CELLUX COLOMBIA S.A.

Indica el demandante que debido al mal manejo de los productos y escasez de inventario dado por la empresa demandada, lo cual perjudicó el promedio de ventas y ante la posibilidad de una mejor oferta el día 3 de marzo de 2014, presentó renuncia motivada al señor HARRY BARBOSA SÁNCHEZ quien para esa fecha ejercía como gerente general, quien le propuso continuar en el empresa aumentándole el salario a \$3.200.000 como salario básico, más las comisiones por las ventas y recaudos, acuerdo que consta vía correo electrónico de fecha 6 de marzo de 2014, razón por la cual decide seguir laborando, pero posteriormente, las condiciones laborales fueron desmejorando por constante presión del nuevo gerente, mediante comunicaciones que le enviaba vía correo electrónico en donde se aprecia el maltrato personal, metas inalcanzables y el desmejoramiento de su entorno laboral, motivo por el cual se vio en la necesidad de enviarle una comunicación escrita manifestándole su inconformidad con las condiciones laborales en las que se encontraba y su constante maltrato verbal y desprestigio hacía su labor para lograr objetivos inalcanzables.

Que el señor GUSTAVO BARBOSA COBOS nuevo gerente de la empresa le contestó que debido al cariño que le tenía el anterior gerente se le había concedido un bono o ayuda por un tiempo limitado, 60 días y 2 prorrogas, que en vista de que le variaron el salario por el incremento salarial acordado con el señor HARRY BARBOSA el día 21 de septiembre de 2015, envió derecho de petición a la gerente de recursos humanos la señora LIZBETH TAMARA, quien da respuesta aduciendo que el incremento que le fue dado no constituye salario, el 19 de octubre de 2015, reitera el su petición de cumplimiento de acuerdo salariales, sobre la cual no hubo contestación. Señala que después de sus reclamaciones le fueron enviados correos electrónicos donde se le manifiesta la ineficacia e ineffectividad de las labores.

Por último, narra la parte actora que el día 9 de diciembre de 2015, presenta renuncia provocada, la cual se debió por el incumplimiento desde el 30 de agosto de 2015 en el pago del salario con el incremento salarial, así como por el acoso laboral y desmejoramiento en sus condiciones laborales. Menciona también que presentó queja por acoso laboral ante el Ministerio de Trabajo citándose a la demanda quien no compareció.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

CELLUX COLOMBIA S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 2, 5, 6, 9, 13, 16, 20, 29, 34, 35, 37 y 38, parcialmente ciertos los numerales 4, 14, 28 y 30; y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación, prescripción y genérica (fls. 140 a 152).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 6 de diciembre de 2018, **absolvió** a la sociedad accionada CELLUX COLOMBIA S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte actora en la suma de \$800.000 (CD fl. 264).

Como **argumento de su decisión**, la *a quo* hizo referencia al despido indirecto, aduciendo que en la comunicación dirigida por el actor a la demandada, se expresaban dos razones para dar por terminado el contrato; el primero, el no pago desde el mes de agosto de 2015 del salario acordado en el mes de marzo de 2014, y el segundo, el acoso laboral debido al maltrato realizado por las directivas de la compañía, así como la persuasión para comprometerse con metas desproporcionales.

En cuanto al primer tema, indicó que, de acuerdo con los contratos aportados, el demandante y la demandada habían acordado como remuneración un salario fijo mensual, más unas comisiones sobre ventas, así como un auxilio por vehículos. Posteriormente, aparecía un correo electrónico del 6 de marzo de 2014 en donde le indicaban que tenía garantizado un salario por la suma de \$3.200.000, más las comisiones por las ventas y recargos que constituyeran salario, de lo que se podía establecer que el empleador por mera liberalidad y con el fin de que el trabajador estuviera prestando sus servicios, le garantizaría una suma mensual de \$3.200.000, lo cual fue cumplido por la demandada como se desprendía de las copias de las

nóminas, en donde se podía ver el pago de una bonificación que oscilaba entre \$1.100.000 y \$1.637.000 dependiendo del valor necesario para garantizar la remuneración que no fuera inferior a \$3.200.000.

Así mismo, sea podía apreciar que, en el mes de septiembre de 2014, el actor no había recibido esa bonificación y por tanto su remuneración no alcanzaba los \$3.200.000, sin que significara de modo alguno que la demandada hubiera reducido su remuneración o hubiera dejado de pagar su salario, pues el pago otorgado por concepto de bonificación era por mera liberalidad del empleador, y por tanto podría ser retirado en cualquier momento, citando como referencia a su decisión la sentencia 42970 de 2014.

En cuanto, al segundo punto que motivaba su renuncia consistente en el acoso laboral alegado y que se apoyaba en los correos electrónicos aportados, sostenían la sentenciadora que de los mismos, se podía ver el poder subordinante del empleador, el cual consistía en que se ejecutaran las labores de manera más eficiente y que se aumentara con el número y el valor de las ventas realizadas, sin que ello implicara vulneración a la dignidad humana, sino que por el contrario redundaría en el pago de las comisiones que había bajado notablemente en el transcurso del año. Además, de la lectura de los mismos correos electrónicos aportados se desprendía que la empleadora lo que quería era el aumento de las ventas, lo cual no solo beneficiaba a la empresa demandada, sino que también beneficiaba al actor, por cuanto percibiría unas sumas superiores por las comisiones, las cuales había dejado de percibir durante el último año, teniendo en cuenta que las ventas no superaban o no llenaban las expectativas de la entidad demandada.

Concluyendo, la *a quo* que le correspondía al demandante la carga de probar los hechos esgrimidos en la carta de terminación del vínculo contractual, lo cual no había logrado acreditar, considerando que no había lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa, igualmente indicó que con la documental que obraba a folio 159, se encontraba la liquidación de las prestaciones sociales pagadas al demandante a la finalización del vínculo contractual, de donde podía ver que se había cancelado las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, incluyendo para tal efecto el salario devengado, esto es el básico mensual, el auxilio de vehículos y las comisiones por servicios, sin que debiera ser incluida la suma de la bonificación recibida por el trabajador en calidad de bonificación extralegal o por mera liberalidad, por cuanto la misma no constituye salario.

Respecto al no pago de cesantías para el año 2011, advirtió que la parte actora manifestaba que la demandada lo había obligado a suscribir una carta, en la cual se indicaba que las cesantías del año 2011 debían ser pagadas directamente, sin que se demostrara que efectivamente fuera obligado o que el consentimiento hubiera estado viciado, por el contrario se desprendía que la misma había obedecido a una comunicación dirigida por el trabajador para que estos fueran pagados directamente, razón por la cual no había lugar al reconocimiento de la sanción por no consignación a las cesantías.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante**, interpuso recurso de apelación manifestando que debe tenerse en cuenta que la empresa CELLUX COLOMBIA S.A., vulneró el artículo 57 numeral 4 del CST, como también se encontraba en desacuerdo con la absolución por el no reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

De conformidad con el recurso de alzada corresponde a esta Sala de decisión establecer si la empresa demandada vulneró el numeral 4 del artículo 57 del CST, consistente en las obligaciones especiales del empleador, esto es, pagar la remuneración pactada en las condiciones, períodos y lugares convenidos. Así mismo, se estudiará si debe reconocerse la indemnización por despido sin justa causa establecida en el artículo 64 del CST. En caso de prosperar lo anterior, debe analizarse si operó o no el fenómeno prescriptivo.

EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL

No existe discusión en cuanto a la relación laboral que ató a las partes, pues la misma fue aceptada por la parte demandada, además de corroborarse con las documentales que militan a folios 14 a 96, de donde se puede colegir que tuvo lugar entre el 4 de enero de 1994 al 10 de diciembre de 2015 a través de un contrato laboral a término indefinido.

Vulneración del numeral 4° del artículo 57 del CST

Considera la parte actora que la empresa demandada vulneró el artículo y numeral citado, que hacen referencia a las obligaciones especiales del empleador y que textualmente indica “4. Pagar la remuneración pactada en las condiciones, períodos y lugares convenidos”. Por cuanto se había pactado con el señor HARRY BARBOSA SÁNCHEZ anterior gerente general de la empresa demandada el aumento del salario en la suma de \$3.200.000. Sin embargo, ante el cambio de gerente general dicha suma fue disminuida al establecerse por parte de ésta que obedecían a una contribución de mera liberalidad por parte del empleador de manera temporal.

Revisada la documental obrante a folio 26 que consiste en el correo electrónico que fue emitido por el señor HARRY BARBOSA SÁNCHEZ al demandante de fecha 6 de marzo de 2014, se indica:

“te quería confirmar por este medio que ya Kelly de recursos humanos tiene la notificación mía para tu salario garantizado de \$3.200.000 hasta que fruto de tu salario básico, más las comisiones por las ventas y recaudos que constituyen tu salario estés superando ese promedio (..)”

Al verificarse los comprobantes de nómina con fecha posterior al anterior acuerdo, se puede ver que adicional a las sumas que se le venían pagando al demandante, se le otorgó una bonificación quincenal como se evidencia a folios 30 a 42 y 168 a 186, bonificación que después del mes de agosto de 2015, no se volvió a pagar, frente a lo cual, la empresa demandada a través de su representante legal GUSTAVO BARBOSA COBOS en respuesta a la petición presentada por el demandante por la disminución de su salario, contestó que las sumas de dinero adicionales recibidas obedecían a un criterio de mera liberalidad del empleador, quien en vista de la situación planteada y en señal de gratitud por su comportamiento para con la empresa, había decidido de manera ocasional incluir un pago adicional en su pago mensual, siendo un auxilio temporal (fls. 62 a 63).

Respuesta de la cual no resulta ser cierta frente a la realidad, pues como bien se puede ver del correo enviado por el anterior gerente general de la empresa de fecha 6 de marzo de 2014, claramente se dejó plasmado un aumento salarial más las comisiones que ya venía recibiendo el actor, en ningún momento quedó acordado que sería una bonificación de mera liberalidad y de carácter temporal, por lo cual queda demostrado que la accionada vulneró el numeral 4° del artículo 57 del CST.

Téngase en cuenta, además que, para **establecer el salario**, es necesario remitirse al artículo 128 del CST, normatividad que dispone:

“ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. <Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad”.

(subrayado y negrilla fuera texto original).

Sobre el asunto, la CSJ Sala de Casación Laboral en sentencia SL 1798 del 2018, sostuvo que para que fuera válido el pacto encaminado a determinar que ciertos beneficios o auxilios extralegales no tuvieran incidencia salarial, el mismo debía ser expreso, claro, preciso y debían detallarse los rubros cobijados en él, no siendo posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, que el pacto debía ser tan expreso y detallado, que la duda en torno a la naturaleza de los pagos así realizados, debían resolverse a favor. Por consiguiente, en este asunto es claro que no existió un acuerdo entre las partes en cuanto a que se estableciera que las bonificaciones recibidas por el actor serían de mera liberalidad no constitutivos de salario, de lo contrario obra una manifestación expresa del empleador en el cual se indica un aumento de salario, lo cual se comprueba con las nóminas de pago, en donde se puede ver un pago continuó de una bonificación a partir del mes marzo de 2014 y hasta agosto de 2015, la cual de manera arbitraria dejó de pagar bajo razones que no fueron pactadas entre las partes, situación que también desconoció la Juez de primera instancia, por lo que habrá de **revocarse** la decisión de primera grado frente a esta pretensión.

Reliquidación de prestaciones y retroactivo de salarios

Aunque en el recurso de alzada no se dijo nada frente a estos aspectos, debe decirse que los mismos se encuentran íntimamente relacionados con las pretensiones que fueron solicitados en la demanda, aunado a ello al prosperar la pretensión principal, las mismas

son consecuencias que se derivan de esta, adicionalmente se trata ser derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, por lo que no pueden ser desconocidos por ente judicial.

Aclarado lo anterior, se procede analizar si hay lugar a su condena, verificado el líbelo demandatorio, se tiene que el demandante no solicitó como tal la reliquidación de su liquidación final de prestaciones incluyéndose el valor total del salario, sin embargo, aduce que debe pagársele primas, vacaciones, cesantías e intereses de todo el tiempo laborado, sobre lo cual no se observa mora de estos emolumentos durante la vigencia de la relación laboral con los comprobantes de nómina obrantes a folios 167 a 186, por lo que haciendo una interpretación de lo pretendido, a lo que hace referencia es a las diferencias frente a su salario. por lo que al efectuarse los cálculos matemáticos respectivos teniéndose en cuenta como salario la suma de \$3.200.000 durante los extremos señalados en la liquidación final de prestaciones que corresponde del 1° de enero de 2015 al 10 de diciembre de 2015, para un total de 339 días (fl.159), arrojan las siguientes sumas:

Cesantías: \$3.013.333,33

Intereses a las cesantías: \$340.506,67

Vacaciones: \$1.506.667

Primas: \$3.013.333,33

Total: \$7.873.840,33

Valor total sobre el cual debe descontarse la suma de \$2.551.903 que fue el valor reconocido al actor en la liquidación final por las anteriores acreencias laborales, correspondiéndole entonces a la empresa demandada reconocerle al demandante la suma de **\$5.321.937,33** como reajuste de prestaciones sociales en la liquidación final, por no incluirse el salario real devengado.

En cuanto al **retroactivo de salarios** como bien se mencionó precedentemente, la empresa demandada dejó de pagar la bonificación al demandante desde agosto de 2015, por lo que las nóminas de los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de ese año, se cancelaron con un salario inferior al pactado, como lo reconoció la misma demandada, al contrastarse los desprendibles de nómina, se aportó las dos quincenas de septiembre de 2015, en donde se reconoció al demandante como salario básico la suma de \$644.350. Así mismo, en la liquidación final de prestaciones se indica como salario básico la suma de \$644.350, cuando en realidad debió ser la suma de \$3.200.000, como bien ya se explicó, debiendo entonces pagar la empresa demandada las diferencias de los meses de septiembre, octubre y noviembre de \$2.555.650, para un total de **\$7.666.950**.

En cuanto diciembre de 2015, el actor laboró 10 días, por lo que le correspondería como salario la suma de \$1.066.666, si se tiene en cuenta la suma de \$3.200.000, revisada la liquidación final la empresa accionada le pagó por esos días laborados al actor la suma de \$214.783, por lo que, le adeuda la suma de **\$851.883**. Así las cosas, la empresa demandada deberá pagar como retroactivo total de salarios la suma de **\$8.518.833**.

Terminación del contrato de trabajo

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP y lo dicho al respecto por la Corte Suprema de Justicia, corresponde al trabajador probar el despido y al empleador la justa causa para darlo por terminado y en tratándose de renuncia del trabajador por causa imputable al empleador, corresponde aquel demostrar las causas que motivaron su desvinculación.

Así mismo, el parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 ambos del CST, establecen que la parte que termina el contrato de trabajo debe manifestar a la otra al momento de la extinción del vínculo, la causal o motivo de esa determinación sin que con posterioridad puedan alegarse motivos o causales distintas.

En efecto, se tiene que a folio 89 del expediente obra copia de la misiva de fecha 9 de diciembre de 2015 a través de la cual el actor culmina su relación laboral con la demandada alegando justa causa, estableciendo 2 razones por las cuales se vio forzado a renunciar, la primera; consistente en el incumplimiento desde el 30 de agosto de 2015 en el pago del salario que fue definido en el mes de marzo de 2014, por el gerente general de la compañía y la segunda, en la cual refiere acoso laboral por parte de la compañía.

En cuanto a la primera de las razones, se tiene que quedó plenamente probado en el devenir del presente proceso, que el empleador disminuyó de manera injustificada el salario del demandante, encontrándose dicha conducta establecida en el numeral 6 del literal B del artículo 62 del CST, como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo por parte del trabajador, el cual establece “6. *El incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del {empleador}, de sus obligaciones convencionales o legales*”.

Ahora, cuanto a la segunda razón por la cual se justificó la terminación del contrato consistente en el acoso laboral, debe decirse que no quedó plenamente demostrada

esta conducta por parte del empleador con los correos que fueron aportados al plenario, pues de los mismos, en efecto como mencionó la Juez de primera instancia, se observa que buscaban un aumento en ventas para beneficio de todos, pues el actor devengaba comisiones de las mismas, sin que se evidencie de los mismos expresiones ofensivas, ni humillantes, como se indica en la carta de despido. No obstante, al haberse demostrado el primero de los motivos que justifican la terminación del contrato por parte del empleador, deberá la empresa demandada pagar la suma de **\$47.863.704** como indemnización por despido sin justa causa, teniendo en cuenta el tiempo laborado por el actor.

Prescripción

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción se tiene que la misma no prospera como quiera que el derecho se hizo exigible el 10 de diciembre de 2015, momento en que se dio por terminado el contrato y el actor acudió ante la justicia ordinaria el 12 de septiembre de 2016 (fl.111), sin que de una fecha a otra superara los 3 años contemplados en los artículos 488 del CTS y 151 del CPTSS.

Por lo expuesto, se **REVOCARÁ** la decisión de primera instancia.

COSTAS:

De conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas en ambas instancias a la parte demandada.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** que el salario real devengado por el demandante desde marzo de 2014, correspondió a la suma de \$3.200.000 y que la bonificación percibida desde marzo de 2014 a agosto de 2015, era constitutivo de salario.

SEGUNDO: CONDENAR a la empresa CELLUX COLOMBIA S.A. al reconocimiento y pago de \$5.321.937,33 como reajuste de prestaciones sociales en la liquidación final de

Expediente No. 26 2016 00460 01

demandante, por no incluirse el salario real devengado, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a la empresa CELLUX COLOMBIA S.A. al reconocimiento y pago de la suma de \$8.518.833 como retroactivo total de salarios dejados de cancelar desde septiembre a diciembre de 2015.

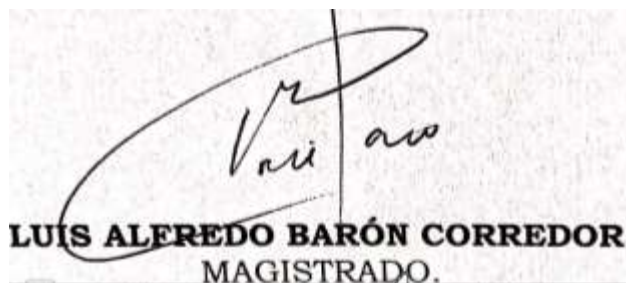
CUARTO: CONDENAR a la empresa CELLUX COLOMBIA S.A. al reconocimiento y pago de la suma \$47.863.704 como indemnización por despido sin justa causa, conforme a lo establecido en la parte considerativa de ésta decisión.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción.

SEXTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

SÉPTIMO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte demandada de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 365 del Código General del Proceso.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

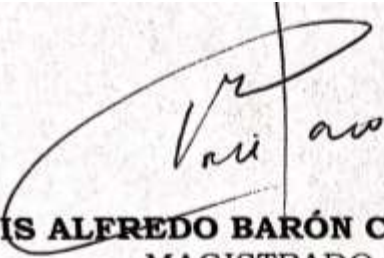


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GONZALO RAMÍREZ BOTACHE contra
EDIFICIO SAN JOSÉ TORRE C -P-H-**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

**SENTENCIA
LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita el señor **GONZALO RAMÍREZ BOTACHE** se **condene** a la demandada al pago de la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, se **condene** al pago de cesantías por todo el tiempo laborado, se **condene** al pago de intereses a las cesantías por todo el tiempo laborado, se **condene** a la indemnización por falta de pago de intereses a las cesantías, según Ley 52 de 1975, se **condene** a la indemnización por falta de consignación a las cesantías, se **condene** al pago de vacaciones de toda la relación laboral, se **condene** al pago de prima de servicios de los años 1998 y 2015, se **condene** a la demanda a pagar por concepto de mora en el pago de la liquidación la suma de \$23.738.352, se **condene** a las demás obligaciones que resulten probadas ultra y extra petita, aplicando para todas ellas la indexación o corrección monetaria al momento del total de las mismas y se **condene** al pago de costas y agencias en derecho **(fls. 4 a 5 y 23 a 24)**.

Como **hechos** fundamento de sus pretensiones **(fls. 3 a 4)** se señalaron, en síntesis, que desde el 1° de agosto de 1998 hasta el 25 de abril de 2015, hubo un vínculo prestacional mediante contrato de trabajo con el EDIFICIO SAN JOSÉ TORRE C P.H., relación laboral en la cual se desempeñó en el cargo de

oficios varios, como salario devengaba la suma de \$927.422 que se mantuvo constante durante los últimos 3 meses, que la relación laboral se mantuvo por un término de 200 meses, hasta que el 25 de abril de 2015, el empleador decidió terminar el contrato de trabajo unilateralmente sin justa causa, omitiendo las garantías básicas de un debido proceso.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

El **EDIFICIO SAN JOSÉ TORRE C P.H.** contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 y 2, parcialmente cierto el numeral 5 y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, cobro de lo no debido, temeridad y mala fe **(fls. 71 a 75)**.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 29 de enero de 2019, **declaró** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y la demandada EDIFICIO SAN JOSÉ TORRE C P.H., contrato que comenzó a regir el 1° de agosto de 1998 y se dio por terminado el 25 de abril de 2015, **condenó** a la demandada a pagarle al demandante la suma de \$7.997.138 por concepto de cesantías, **condenó** a la demandada a cancelarle al demandante los aportes a seguridad social tomando como fondo de pensiones COLPENSIONES por el periodo comprendido entre el 1° de agosto de 1998 hasta el 25 de abril de 2015, aclarando que debe ser durante los periodos en que no exista cotización, esto es, tomando como salario base de cotización el SMLMV desde el año 1998 hasta el año 2005, para el 2006 \$553.250, para el 2007 \$766.671, para el 2008 \$752.720, para el 2009 \$897.318, 2010 \$885.267, 2011 \$935.996, 2012 \$908.426, 2013 \$937.747, 2014 \$927.422 y 2015 \$927.422, **absolvió** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra y la **condenó** en costas en cuantía de un SMLMV **(CD fl. 253)**.

Como **argumento de su decisión** la *a quo* indicó que se encontraba acreditada la terminación del contrato con la carta dirigida al actor del 25 de abril del 2015, en cual claramente se señalaba como causal de despido el incorrecto comportamiento del demandante, frente a lo cual debía analizarse si el mismo constituía en algún tipo de transgresión a las obligaciones del trabajador

consagradas en el CST o sí constituía en alguna de las causales enlistadas en el artículo 62 del CST.

En cuanto a la violación al debido proceso que alegaba la parte actora en el momento de rendir descargos, sostuvo el *a quo* que teniendo en cuenta la jurisprudencia de la CSJ Sala de Casación Laboral, en sentencia del 9 de marzo de 2016, se establecía que el despido no era una sanción disciplinaria, citando partes jurisprudenciales de la sentencia, también trajo a colación la sentencia del 15 de febrero de 2011, radicado número 39394, la sentencia del 13 de marzo de 2008, radicado 32422, entre otras, coligiendo que con relación a dichos precedentes jurisprudenciales, se tenía que el despido no podía considerarse una sanción disciplinaria, salvo que de manera clara y expresa se encontrara en el reglamento interno de trabajo, pacto colectivo, convención colectiva o contrato de trabajo, el cual estaba sujeto a seguir un procedimiento determinado, siendo éste un criterio de vieja data por parte dicho órgano judicial.

Seguidamente, hizo referencia a lo manifestado por el actor en su interrogatorio de parte, que en síntesis señaló que había sido echado injustamente, que no le llamaron la atención por su comportamiento con las compañeras, sino por las demandas y que recibió bullying por parte de sus compañeros, que había tenido una relación sentimental con la señora Janeth y que las agresiones habían sido cuando ya se había acabado esa relación, negaba haber tenido conductas inapropiadas. La sentenciadora también se pronunció sobre la prueba testimonial, en cuanto a la declaración rendida por la señora Viviana Pérez Castro, consideró que para el momento que se dio por terminado el contrato de trabajo, ella ya no estaba laborando en la empresa, por lo que no presenció ningún comportamiento del demandante que pudiera catalogarse como incorrecto.

Recalcó que con la prueba documental que se allega al expediente aparecía una querrela que había sido interpuesta en contra del demandante por una compañera de trabajo Yuli Paola Rojas, en donde se describían comportamientos inadecuados por parte del actor, aparecía también una queja firmada por Yuli Paola Rojas ante el administrador del conjunto demandado, en la cual se endilgaban comportamientos inadecuados por parte del señor GONZALO RAMÍREZ como maltrato, agresión y acoso sexual. Teniendo en

cuenta todo el material probatorio, concluyó la *a quo* que se había cumplido con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 62 del CST, ya que se había demostrado el incorrecto comportamiento del actor, actos que constituían en una violación a las obligaciones como trabajador y una violación a las prohibiciones que le asistían como trabajador, por lo que en el presente caso el contrato de trabajo había sido terminado con justa causa.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que se apartaba total y radicalmente del criterio de la juez en el sentido de que a todas luces hubo un despido que era susceptible de las normas básicas del debido proceso, indica que la Juez había traído a colación una línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, mientras que sus alegatos de conclusión se había traído una línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, desde la sentencia 433 de 2008 hasta la 593 de 2015.

Así mismo, la señora juez pretendía que una sentencia del año 2016 de la Corte Suprema de Justicia tuviera efectos retroactivos, pues debió haberse revisado previamente si en la parte resolutive de esa sentencia el propio operador judicial decía cuáles eran los efectos de la misma, requisito que exige la Ley 1270 del 1996, situación que no se predicaba en este caso, pues no entiende por qué se hace valer efectos retroactivos de una sentencia proferida en el año 2016, cuando los hechos acaecidos sobre las irregularidades al debido proceso ocurrieron en el año 2015.

Agrega, que en los alegatos se había puesto de manifiesto un acoso laboral por los sendos maltratos que, recibido el demandante, cuyas querellas obraban en el plenario, por lo que la consecuencia inmediata como lo establece la Ley 1010 de 2006, cuando existen maltratos físicos, lesiones personales es que se presume el acoso laboral, lo cual conduce inevitablemente a una estabilidad laboral reforzada.

CONSIDERACIONES

De conformidad con el recurso de alzada, corresponde a esta Sala de decisión determinar si se garantizó el debido proceso al demandante al momento del

despido, si las conductas endilgadas son justas causas para dar por terminado el contrato laboral y si existió acoso laboral que le garantizará una estabilidad laboral reforzada.

Existencia de la relación laboral

No existe controversia frente a la relación laboral que ató a las partes, a través de un contrato a término indefinido el cual inició el 1° de agosto de 1998 y finalizó el 25 de abril de 2015, en donde se desempeñó como todero del EDIFICIO SAN JOSÉ TORRE C P.H., devengando como último salario la suma de \$927.422, como da cuenta la documental anexa al expediente.

Debido proceso al momento del despido

Debe resaltarse que la jurisprudencia citada por la *a quo*, en efecto ha sido criterio de vieja data por parte de la alta Corporación de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, como bien lo arguyó en su decisión, sin embargo, esta Sala de decisión ha considerado que las garantías al momento del despido deben estar basadas en principios constitucionales, pues la Carta Política establece que Colombia es **un Estado** social de derecho, organizado en forma de República, **fundada** en el respeto de la dignidad humana, y **en el trabajo** y que son **finés esenciales del Estado**: entre otros, servir a la comunidad, **promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los** principios, **derechos** y deberes consagrados en la Constitución; **facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica y la** vigencia de **un orden justo**. Que es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. **El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar** y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

Lo anterior significa que la creación del Estado social de derecho se fundó teniendo como esencia el trabajo, es decir, una de las razones de ser del Estado, es el trabajo, tal como lo dice el preámbulo de la Constitución. Igualmente, el trabajo es tratado como un derecho y además como fundamental, esto implica que toda persona tiene derecho al trabajo y por ende a su estabilidad en el

mismo. **Este principio es absoluto y solo se puede pregonar como relativo cuando en verdad existe una justa causa, para su terminación.**

Por ello se aprobó la ley 319 de 1996, que en su artículo 7°, señala que toda persona goce del trabajo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias y que el Estado debe garantizar, de manera particular, a la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. Y que, En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquiera otra prestación prevista por la legislación nacional. Lo anterior, significa que la estabilidad en el empleo es un derecho y que para conservar el empleo se debe interpretar las normas legales de conformidad con los principios y valores constitucionales, significando que dado la naturaleza de la relación laboral entre el trabajador con empleador y para garantizar este derecho, ello no se logra con facultar el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo, si no existe una justa causa, siendo coherente con las normas y principios constitucionales.

De tal modo, que debe prevalecer el principio de estabilidad en el empleo, pues el empleador con la facultad unilateral de terminar el vínculo laboral, en forma simple, contrasta en parte con este derecho, al tenor de lo dispuesto en las normas legales laborales, referentes a la terminación del vínculo laboral en forma unilateral dándole una facultad omnimoda del empleador al darlo por terminado, pues además se viola el derecho y principio al debido proceso y derecho de defensa cuando éste simplemente le imputa una justa causa, al trabajador sin que el trabajador en este caso, no pueda tener conocimiento previamente del hecho imputado, ni permitírsele el derecho de defensa, pues tal como aparecen las normas de tipo legal, solo le permiten efectuar unos descargos, en forma muy precaria, sin que en la práctica se le permita tener conocimiento, previo, del hecho imputado y cuando es llevado improvisadamente, a que rinda descargos, es decir, que no se le permite tener oportunidad de conseguir pruebas y se le otorgue un término para que efectúe su defensa, sino que mecánicamente se le convoca a rendir descargos en efecto, se viola el principio de estabilidad en el empleo y al debido proceso y el derecho de defensa directamente, cuando se aplican las normas de tipo legal (CST).

Lo anterior, atenta contra el principio de que toda persona tiene derecho a intervenir en los actos que los afectan, es decir, se le debe facilitar la participación de todo trabajador en las decisiones que los afectan en su vida económica, pues la constitución política lo establece y además consagra la vigencia de un orden justo, es decir, no puede existir un orden injusto, se proscribire la injusticia y con más razones en las relaciones de trabajo, dada las condiciones de inferioridad que existen en dichas relaciones, en una de las partes, contrastando con la protección especial que se establece en las diferentes normas constitucionales respecto al derecho al trabajo y su protección en todas sus formas.

De acuerdo con lo anterior, implica y se concluye que si no se ha pactado un procedimiento previo para ejercer el debido proceso y el derecho de defensa, cuando se le imputa una justa causa al trabajador, es consustancial establecerlo en forma elemental, por ello, es necesario que se otorgue al trabajador, el conocimiento previo de la justa causa y se le otorgue un término razonable para preparar su defensa y se le oiga las razones de su actuación, ello en forma previa, antes de que el empleador tome la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, pues de no ser así no se garantiza el derecho al trabajo, ni la estabilidad en el empleo, pues la oportunidad de la defensa y del debido proceso posterior, en un proceso judicial, no garantiza su estabilidad como debiera ser, porque lo importante es, que el trabajador pueda defenderse previamente, antes de que sea despedido, para que en caso de que logre igualmente justificar su actuación, pueda conservar su empleo.

Es que simplemente el concepto de descargos de que habla la norma no se puede interpretar en forma simplista sin ninguna connotación sustancial del debido proceso y en específico del derecho a la defensa, pues implica el poder refutar con medios probatorios la acusación de la comisión de los hechos constitutivos de la justa causa y obvio que implica el conocimiento previo y poder tener la oportunidad de tener todas las condiciones para poder refutar o descargar las acusaciones y ser oído previamente.

Si bien, el despido no es un hecho disciplinario, ni una sanción, es un hecho mucho más grave, que el mismo hecho disciplinario, pues trae como consecuencia fatal, la pérdida del empleo de su estabilidad, de su ingreso y de su opción de vida, es decir, tiene consecuencias nefastas para la vida y la de la

familia del trabajador y de todas maneras implica la imputación de un hecho generador, del cual es tan natural que el trabajador tenga la oportunidad de defenderse adecuadamente y previamente, para que pueda tener la oportunidad de conservar el empleo en caso de que exista una justificación y no de lanzarlo al desempleo y que viva las consecuencias de que tenga que soportar un proceso judicial, sin que tenga la seguridad de obtener nuevamente un trabajo, dadas las condiciones del país.

Por ello resulta una obligación tanto del empleador como de las autoridades públicas tal como lo señala la Constitución Política que es deber de los nacionales (y entre ellos los empleadores) y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y por ende si ello es así, entre sus normas la protección al trabajo y su estabilidad y ello genera la consecuencia de adaptar necesariamente las normas legales a los principios y valores constitucionales, por ello resulta razonable la aplicación práctica del principio del debido proceso y derecho a la defensa, previamente a favor del trabajador, por lo menos para que lo ejerza y si el empleador no encuentra razonable los argumentos y justificaciones que haga el trabajador, pueda efectuar el despido, obviamente, con la posterior verificación por la justicia ordinaria, en forma objetiva de la tipicidad de la justa causa invocada, si el trabajador así lo decide.

Por ello se considera que necesariamente se debe establecer previamente un procedimiento para que se pueda ejercer el debido proceso y el derecho de defensa en un caso de despido con justa causa, ya que este es un principio y un derecho aplicable directamente y en forma razonable se puede aplicar por el empleador dándole la oportunidad al trabajador de que efectúe sus descargos, en forma adecuada a las circunstancias particulares del caso imputado. Este derecho se pregonaba, en el artículo 29 de la C.P., como aplicable a todas las actuaciones, tanto judiciales, como administrativas y si bien no se precisa que también se deba aplicar en las actuaciones entre particulares, lo cierto, es que la misma constitución política en otra norma si lo establece al señalar que se debe facilitar la participación de todos los trabajadores en las decisiones que los afectan en su vida económica, desprendiéndose este derecho del artículo 2° de la C.P, igualmente del artículo constitucional de que todos los ciudadanos nacionales deben cumplir la Constitución y de la misma carta política que establece el deber de los particulares y del Estado de cumplir con los deberes sociales y de la concertación al establecerlo como principio mínimo

fundamental del trabajo, en el sentido de que es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos de trabajo.

En ese mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional en la sentencia **C 299 de 1998**, que se refirió al debido proceso y el derecho de defensa, en una de las justas causas de terminación del contrato de trabajo y extendiendo ese mismo derecho en la sentencia **T 546 de 2000** a las demás causales de terminación del contrato de trabajo, y aunque aparentemente se haya interpretado consecencialmente de otra manera, en la sentencia **SL 2351 de 2020**, de la Sala laboral de la Corte suprema de justicia, en el fondo se trae a cuento en ella la esencia de dicha protección.

Si bien, la norma laboral no consagra como tal la citación a descargos, teniendo en cuenta las disposiciones contenidas en la sentencia C-299 de 1998, se reconoció la posibilidad al trabajador para ejercer su derecho de defensa frente al empleador, con anterioridad a la ejecución de la decisión de terminar o no el contrato de trabajo; en este sentido, el empleador tiene la obligación de darle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se hacen en su contra, más aún cuando lo pretendido es dar por terminada la relación laboral, nótese que dentro de la legislación laboral existe un procedimiento para las sanciones disciplinarias contenido en el artículo 115 del CST, el cual obliga al empleador a darle la oportunidad a los trabajadores de ser oídos sobre las causas imputadas y en caso de no hacerlo la sanción impuesta no genera efecto alguno, entonces si es así para una sanción disciplinaria, por qué no permitirle al trabajador bajo dichos postulados ser escuchado previamente a su despido, cuando la consecuencia es aún más gravosa, por tales consideraciones se vulneran los derechos constitucionales del trabajador cuando previamente al despido no se le permite ejercer su derecho de defensa.

Criterio que se encuentra unificado por la Corte Constitucional en sentencia SU 449 de 2020, en la cual se indica:

“(...) Se debe garantizar al trabajador el derecho a ser oído o de poder dar la versión sobre los hechos, antes de que el empleador ejerza la facultad de terminación, cuya aplicación, entiende la Corte, se extiende para todas las causales, pues ellas, más allá de que no tengan un contenido sancionatorio, sí envuelven elementos subjetivos y objetivos de valoración, respecto de los cuales, en términos de igualdad, se debe permitir un escenario de reflexión e

interlocución, ya sea en una audiencia o en cualquier otra vía idónea de comunicación, con miras a que el trabajador pueda defenderse frente a los supuestos que permitirían su configuración y, dado el caso, si así lo estima pertinente el empleador, retrotraerse de la decisión adoptada”.

*“En todo caso, el derecho a ser oído opera como una garantía del derecho de defensa del trabajador y no como un escenario de agotamiento del debido proceso (...). Esto implica que, si bien el trabajador tiene el derecho a cuestionar y de exponer los motivos que permitan enervar la causal, y tal alternativa debe ser garantizada por los empleadores, **ello no significa que tenga que establecerse un proceso reglado para tal fin (salvo que las partes así lo acuerden), con etapas de contradicción, pruebas y definición respecto de la validez de la causal alegada.**”*

Como bien se precisa en la sentencia en cita, se garantiza el debido proceso del trabajador cuando se le permite ser oído y poder dar una versión de los hechos, sin que ello signifique que tenga que establecerse un proceso reglado para tal fin con etapas de contradicción, pruebas y definición respecto de la validez de la causal alegada.

Al ser revisado el material probatorio, obra a folio 192 del expediente citación al demandante para abrir un proceso disciplinario, notificado al actor el 28 de marzo de 2015, como consta de la firma de la testigo YOLIMA MATEUS, pues se indica que el señor GONZALO RAMÍREZ no quiso firmar el recibido de dicha citación, así mismo, se puede ver que la misma establece textualmente: *“por medio de la presente me permito citarlo para el día martes 7 de abril de 2015 a las 10:00 a.m. en la oficina de la administración, con el fin de abrir un proceso disciplinario en el caso de las quejas interpuestas por la Sra. Paola Rojas y por su comunicaciones de agresiones recibidas por parte de dicha señora”.*

Conforme a la citación mencionada, de la misma se puede apreciar que el empleador puso en conocimiento previamente al actor sobre los motivos por los cuales se procedía a adelantar un proceso disciplinario en su contra, consistente en la queja presentada por la señora Paola Rojas y por la comunicación por él presentada frente a las agresiones efectuadas por ella, igualmente se observa que dicha citación fue entregada el 28 de marzo de 2015 comunicándose que la misma se llevaría a cabo el 7 de abril del mismo año, es decir, 10 días después, por lo cual se considera que se le dio un tiempo razonable al actor para preparar su defensa.

A folios 174 a 186, se encuentra copia del acta de descargos y proceso disciplinario llevado a cabo el día 7 de abril de 2015, en donde se puede que el actor tuvo la oportunidad de rendir versión de los hechos ocurridos el 20 de marzo de 2017 con su compañera PAOLA ROJAS, también se observa que se le dio traslado de pruebas, incluso aportó una grabación con la cual pretendía corroborar su versión, adicionalmente, la diligencia fue suspendida contando el actor con más tiempo para aportar las pruebas que considerara pertinentes, se evidencia igualmente que fueron oídos otros compañeros del actor, como la implicada a fin de corroborar versiones.

De manera que, no encuentra la Sala que se hubiere trasgredido el derecho de defensa y contradicción del actor, pues quedó en evidencia que contó con un proceso disciplinario acorde, tanto así que la finalización del contrato no se dio de manera inmediata una vez rendida la diligencia de descargos, sino que la decisión de dar por finalizado el contrato se tomó previa verificación de la hoja de vida del actor tal como consta de la documental que milita a folios 216 a 222, en la se hace un recuento de las varias sanciones disciplinarias que tuvo el actor durante la vigencia de su relación laboral, las cuales van desde incumplimientos de horario de trabajo, por actitudes rebeldes y desobligante con la secretaría de la administración, por quejas relacionadas con efectuar diligentemente su actividad, por quejas de sus compañeros de trabajo por su mal comportamiento, concluyendo el consejo de administración que ante las continuas malas conductas efectuadas por el actor, sumado al hecho ocurrido el 20 de marzo de 2015, dispuso a dar por terminado el contrato laboral con justa causa, carta que fue presentada al actor el día 25 de abril de 2015.

Terminación del contrato sin justa causa

En la carta de terminación del contrato de trabajo con justa causa emitida por el edificio demandado, se lee que la decisión se tomó por el incorrecto comportamiento del demandante, sin que se especifique como tal la causal del despido, sin embargo, como previamente se describió el hecho que motivo como tal el despido fue el ocurrido el día 20 de marzo de 2015, el cual consistió según queja prestada por la señora PAOLA ROJAS en que ese día en horas de la mañana se encontraba en la cafetería del edificio cuando ingresó el actor diciéndole piropos groseros e insinuantes, como que estuvieran íntimamente, como lo dejaba hacer su anterior compañera, frente a lo cual ella le había contestado que se atreviera hacerle algo

para que viera lo que le iba a pasar, refiere que no había terminado de decírselo, cuando el señor GONZALO RAMÍREZ de forma violenta le coge la cola y sus partes íntimas, por lo que en forma de defensa lo agredió, contestándole el actor que por haberlo hecho y no arrepentirse la iba hacer quedar mal diciéndole a todos que había sido ella quien lo había agredido sin motivo alguno.

Resalta en su queja la señora PAOLA ROJAS que no era la primera vez que el actor realizaba dicha conducta, ya que con la administración pasada se había puesto también una queja similar del cual había recibido una amonestación, también se había puesto una querrela ante la Fiscalía anexando copia del acta de conciliación de fecha 9 de febrero de 2011, como también había procedido a instaurar nuevamente una querrela en contra del actor por el hecho ocurrido el 20 de marzo (fls. 190 a 191).

Respecto al hecho endilgado el señor GONZALO RAMÍREZ manifiesta en la diligencia de descargos que una vez terminó sus labores en la piscina bajó a la cocina a tomarse un tinto junto con el señor BASTIDAS y en ese momento entró la señora PAOLA ROJAS quien le dijo *“se va a parar por la zunga”* y le pegó en la cara sin estar diciéndole nada, afirma que la señora PAOLA ROJAS venía agrediendo pero era la primera vez que le pegaba en la cara, que no le respondió porque él jamás toca una mujer, también aseveró que su compañera le pegaba sin él estar haciendo nada, motivo por el cual entabló una demanda en contra de ella, dice también que dicha actitud es más por celos con la señora VIVIANA PÉREZ, aduce que sus compañeros le tienen bronca y que se pusieron de acuerdo para pasar cartas ante la administración, lo cual dejaba mucho que pensar.

Fue llamado también a declarar en dicha diligencia al señor LUIS BASTIDAS CANGREJO a quien se le preguntó si había estado presente el día de los hechos, frente a lo cual contestó que ese día se acercó a la cocina cuando el señor RAMÍREZ ya tenía el rayón en la cara. De otro lado, se llamó también a declarar a la señora JANETH MENDIVELSO trabajadora del edificio quien expuso que el actor le había ofrecido dinero para que declarara a su favor, que conocía de la relación sentimental que tenía el actor con la señora VIVIANA PÉREZ que en varias oportunidades los sorprendió en las zonas húmedas haciendo cosas indebidas llamándoles la atención, se le puso de presente por parte del Dr. Salas sobre la declaración que había hecho el señor Ramírez en la estación de Policía, de que que llevaba varios años sosteniendo relaciones sexuales con ella, frente a lo cual la declarante se

sorprendió respondiendo que si eso fuera cierto no se estaría quejando constantemente de que el señor Ramírez vivía por todo el edificio detrás de ella.

En cuanto estos últimos hechos el actor en la diligencia del 8 de abril de 2015, ante la pregunta de si las relaciones que sostenía con la señora VIVIANA PÉREZ y JANETH MENDIVELSO eran dentro del edificio o afuera, contestó: *“la verdad es de las dos formas”*. Ya en el interrogatorio de parte rendido en primera instancia, el actor niega su respuesta, aduciendo que dentro del edificio se encontraban cámaras por lo que no podía ser posible que ello ocurriera, desconoce cuales fueron los motivos que dieron por terminado el contrato, invoca que los inconvenientes que tuvo fueron con las mujeres que le pegaban, instaurándoles denuncias.

Analizado en conjunto el material probatorio, debe decirse que la parte demandada logró acreditar que en efecto se dio una justa causa para dar por terminado el contrato laboral con el señor GONZALO RAMÍREZ, pues quedó comprobado que incurrió en la causal prevista en el numeral 2 del artículo 62 del CST, la cual consiste en *“2. Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el {empleador}, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo”*, causal que se dio por su mal comportamiento con su excompañera PAOLA ROJAS, téngase en cuenta que si bien plasma su defensa en ella fue quien lo agredió sin justificación alguna, lo cierto es que tal aspecto no quedó demostrado y tampoco tiene sentido que una persona agrede a otra sin motivo alguno.

Es más, dice el promotor del proceso que tuvo como testigo de los hechos al señor LUIS BASTIDAS CANGREJO, sin embargo, éste fue enfático en su declaración en señalar que cuando llegó a la cocina; sitio donde ocurrieron los hechos, el señor Ramírez ya tenía el rasguño en su cara, de suerte, que no fue un testigo presencial de los hechos, por el contrario, existen sendas pruebas que evidencia los malos actos del actor, pues el mismo señor LUIS BASTIDAS CANGREJO dijo que el señor RAMÍREZ quería involucrándolo como testigo para que dijera que él no había hecho nada, lo cual también sucedió con la señora JANETH MENDIVELSO quien afirmó que el actor le ofreció dinero para que declarara a su favor, todos estos sucesos permiten inferir que los malos tratos aducidos por la señora PAOLA ROJAS por parte del señor RAMÍREZ sí ocurrieron, pues no tiene otro sentido que el actor quisiera ocultar los hechos ocurridos ese día tratando de comprar o vencer a los testigos que declararan a su favor.

Sumado al hecho de que la señora PAOLA ROJAS en el año 2011 ya había instaurado otra querella en contra del demandante por sus acosos, los cuales incluso se encuentran registrados en su hoja de vida, de manera que la decisión del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo no se dio ni arbitraria, ni caprichosamente, pues tenía justificaciones para hacerlo, pues de su hoja de vida se pueden ver sendos llamados de atención y sanciones, que unido con el hecho ocurrido el 20 de marzo de 2015, daba para decisión más drástica, pues se trató de un mal comportamiento con una de sus compañera, con quien ya había tenido un percance similar, reconociendo además en la diligencia de descargos que realizó hechos indebidos con otra de sus compañeras en horas laborales, suceso que si bien no fue parte de la causal de despido, sí comprueba que señor RAMÍREZ tenía comportamientos incorrectos durante sus horas laborales.

Ahora, en lo que respecta al acoso laboral del cual alega el actor fue víctima durante la vigencia del contrato, debe decirse que no es un hecho que se encuentre demostrado, pues en principio no existe dentro del plenario que el actor hubiera manifestado durante la vigencia del contrato haber sido víctima de acoso, tampoco obran quejas concretas en contra de sus compañeros o de su empleador ante las autoridades competentes, sin que sean suficiente las querellas prestadas ante la Fiscalía en contra de la señora PAOLA ROJAS, pues estas al parecer estuvieron enfocadas en imputaciones por injuria y calumnia; y por agresión física, más no frente a un acoso laboral como tal, sin que tampoco se puedan corroborar, pues las mismas no fueron aportadas, ya que las que obran son las de la señora PAOLA ROJAS como querellante visibles a folios 187 a 189, tampoco se solicitó con la demanda tal pretensión, por lo que en este caso no existe la estabilidad reforzada de la cual se hace mención en el recurso de alzada. Así y sin más consideraciones habrá de **confirmarse** la decisión de primera instancia.

COSTAS:

COSTAS a cargo de la parte actora, como quiera que su recurso de alzada no salió adelante.

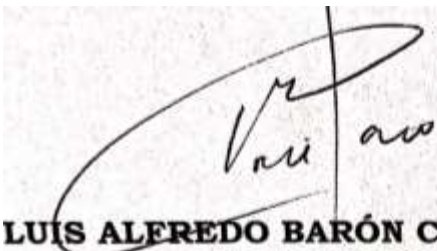
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

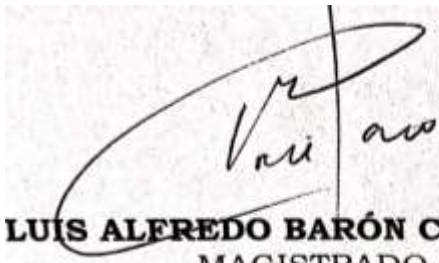


DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$300.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ STELLA HENAO COSSIO
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **LUZ STELLA HENAO COSSIO**, se **declare** la nulidad de traslado inicia al régimen de prima media con prestación definida que manejaba el ISS hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., se **ordene** la activación en el sistema de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, se **condene** a COLFONDOS S.A. la devolución de todos y cada uno de los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional de la aseguradora, junto con los rendimientos causados, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., se **ordene** a COLPENSIONES a tramitar el recaudo de los dineros que posee COLFONDOS S.A. por todo concepto como afiliada al fondo de pensiones, se **condene** ultra y extra petita (fls. 11 a 16).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 6 a 10), señaló que nació el 1° de octubre de 1960, que cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte desde el 6 de julio de 1982 hasta el 31 de marzo de 2001, que manejada el ISS para un total de 913, 71 semanas, que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se encontraba afiliada y cotizando al sistema de seguridad social, que fue trasladada a COLFONDOS el 14 de febrero de 2001, que la primera cotización a dicho fondo se efectuó en el mes de mayo de 2001, que el fondo privado no le suministró un cálculo actuarial que le permitiera establecer la diferencia entre el valor de la mesada pensional que obtendría en el régimen de prima media y el régimen de ahorro individual, que el fondo privado no le informó que el valor de la pensión dependía directamente de la modalidad de retiro programado y que el posible monto pensional estaba sujeto a los rendimientos de capital fluctuantes por las tasas de interés del mercado, el nivel del riesgo de inversión en el portafolio del fondo privado, el alto costo de la venta del bono pensional en el mercado secundario para una pensión anticipada, eso sin contar con los porcentajes mensuales de descuento que por la administración de tales recursos le efectuaría el fondo y que disminuyen mes a mes el monto ahorrado, que el fondo privado no le informó que bajo el régimen de prima media con prestación definida, tenía un derecho pensional cierto, que se consolida en una mesada pensional con un valor vitalicio constante, resultante de aplicar un porcentaje establecido en la Ley, acorde con el número de semanas cotizadas, que la demandante ha cotizado semanas que le permiten pensionarse con el régimen de prima media donde se encontraba afiliada con el 85% del IBL.

Añade, que el fondo no le informó que para pensionarse antes de los 57 años era obligatorio acogerse a la modalidad de retiro anticipado, no le informó que para tener una mesada superior al SMLMV se vería forzada a cotizar más años que los exigidos en el régimen de prima media, que el fondo no le informó que durante el tiempo de su permanencia en el fondo, éste le descontaría el 1.5% por concepto de administración, que el 22 de agosto de 2017, radicó solicitud de nulidad ante COLFONDOS y el 27 de septiembre de 2017, presentó solicitud ante COLPENSIONES, solicitudes que fueron negadas.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó el introductorio (fls. 122 a 132), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 a 3, 5, 20, 21 y 23, en cuanto a los demás manifestó no constarle, propuso como excepciones de fondo validez de afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción e innominada o genérica.

COLFONDOS S.A. contestó oponiéndose también a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 3, 4, 6, 18 y 19, no ser ciertos los numerales 2 y 10; y no constarle los demás y no propuso excepciones de fondo (fls. 158 a 169).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 26 de marzo de 2019 (CD – fl. 194), **declaró** probada la excepción de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual formulado por la demandada COLPENSIONES, **absolvió** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra y **condenó** en costas a la parte actora en medio salario mínimo legal mensual vigente.

Fundamentó su decisión, estableciendo que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, que de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, las personas pueden elegir de manera libre y voluntaria el régimen en el cual quieren estar afiliados, de igual manera, dicha norma señala que existe la posibilidad de trasladarse entre regímenes una vez cada 5 años y no pueden trasladarse a quienes le falten menos de 10 años para cumplir la edad de pensionarse.

Indicó que la parte actora aducía que al momento de trasladarse del ISS a COLFONDOS en febrero de 2001, el asesor no le había dado la información suficiente y necesaria para que tomara una decisión informada, no se le

advirtió que le era más conveniente a sus intereses y por ello dicho traslado estaba viciado y debía declararse la nulidad.

No obstante, consideró que de conformidad con el artículo 60 CPTSS al igual que le artículo 164 del CGP, el juzgador debía decidir respecto a las pruebas aportadas al proceso. Así mismo, el artículo 167 del CGP señala que le incumbe a las partes probar los efectos de las normas jurídicas que persigue, carga probatoria que le correspondía a la demandante, quien no había cumplido con su deber legal, adujo que en el presente caso no se podía dar aplicación a las jurisprudencias emitidas por la CSJ Sala Laboral, en la cual se establecía la inversión de la carga de la prueba, por cuanto el presente asunto se trataba de supuestos fácticos diferentes, ya en los casos estudiados por la Corte se trataba de personas beneficiarias del régimen de transición y cercanas a acceder al derecho pensional, circunstancias que no reunía la demandante.

Agregó, que en el expediente no obraba pruebas suficientes de cómo se realizó el asesoramiento al momento del traslado, más allá del formulario de afiliación en el cual se observa la voluntad de la demandante, que la demandante solo había cotizado 38 semanas a COLFONDOS después de su afiliación, que sumadas a las 918 cotizadas al ISS, sumaba un total de 957 semanas, que al día de hoy si bien la demandante contaba con la edad para pensionarse, no tenía el mínimo de semanas requeridas para pensionarse en el régimen de prima media, por lo que le resultaba más favorable la devolución de saldos en el régimen de ahorro individual.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que el Juzgado se apartaba de la jurisprudencia de la CSJ Sala Laboral en la cual ha sido muy clara que no solamente procede la nulidad para quienes sean beneficiarios del régimen de transición, que el caso *sub examine* el fondo no había cumplido con la carga de probar que le había dado la información suficiente a la demandante. De otro lado, señaló que no era dable establecer que la demandante no podía acceder al derecho pensional por falta de semanas, por cuanto se podía ver de la documental aportada que había

trabajado para la San Juan de Dios, empleador que no cumplió con el deber de cotizarle al sistema de seguridad social, existiendo actualmente una sentencia de tutela que la obligaba a realizar dichos aportes, por lo que, la actora teniendo en cuenta dicho aportes lograba acreditar 1,500 semanas cotizadas, siendo entonces obligación del fondos reclamar ante el Ministerio de Hacienda dichos aportes.

Por último, manifiesta que el formulario de traslado adolece de requisitos legales, por cuanto la entidad no cumplió con el deber de asesoramiento, pues si hubiera sido así la demandante no se hubiera trasladado, de igual manera, la firma del formulario tenía una tachadura, acreditándose así los vicios de nulidad, por lo tanto, solicita se revoque la decisión de primera instancia por ir en contra del trabajador.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP COLFONDOS es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su ineficacia y no mediante la nulidad, toda vez que 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, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, como lo estableció el *a quo*, por consiguiente, la jurisprudencia de la CSJ resulta procedente al presente asunto y por lo tanto, al ser el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral debía haber sido aplicada por el Juzgador.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora LUZ ESTELLA HENAO COSSIO el 14 de febrero de 2001 (fl. 49), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A., encontrándose afiliada en la actualidad a ésta, efectuando cotizaciones en el RAIS desde el 1 de abril de 2001 (fls. 170). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES de forma interrumpida del 6 de julio de 1982 al 31 de marzo de 2001 (fls. 138 a 141).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 49 se denota que la accionante al momento de

suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea y que había sido asesorada sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues en su momento COLFONDOS, estaba en la obligación de informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos,

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, como también señalarle que en virtud del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, podía regresar al régimen de prima media cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PROTECCIÓN S.A., pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la accionante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar el formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989)

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia apelada y en su lugar, se **DECLARARÁ** la ineficacia del traslado que hizo la actora del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A., con las consecuencias que ello implica.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado que hiciere la demandante del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, conforme las razones expuestas en esta providencia.

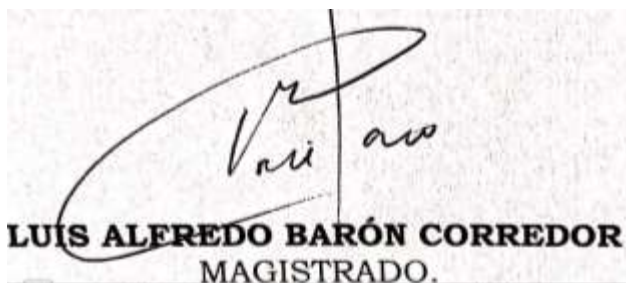
SEGUNDO: CONDENAR a **COLFONDOS S.A.** a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual.

TERCERO: ORDENAR a **COLPENSIONES** que una vez reciba de la AFP los emolumentos indicados en el ordinal anterior, reactive la afiliación de la accionante al régimen de prima media con prestación definida y actualice la historia laboral con las cotizaciones devueltas.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

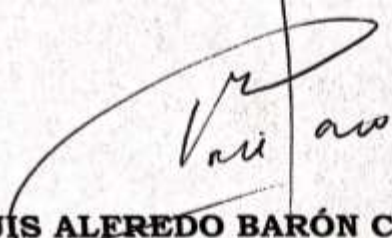


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, la suma de \$900.000 pesos, para cada una.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUMARNEY CASTAÑEDA CAÑÓN
contra BANCO DE OCCIDENTE S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

**SENTENCIA
LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita el señor **LUMARNEY CASTAÑEDA** se **declare** que entre las partes existió una relación laboral a término indefinido entre el 1° de octubre de 1980 al 30 de enero de 2017, el cual terminó por decisión unilateral y sin justa causa por parte de la demandada, se **declare** que existió negligencia patronal por parte de la entidad accionada respecto de los hechos ocurridos el 14 de diciembre de 2016, consistente en el atraco a mano armada, que se presentó en la oficina de Fontibón del Banco de Occidente de la ciudad de Bogotá, se **declare** que el demandante contaba con más de 10 años de servicios continuos a su empleador al momento de la entrada en vigencia de la Ley 50 de 1990, se **declare** que la demandada no liquidó, ni pagó de manera proporcional a la terminación de la relación contractual la prima extra legal de servicios a que tenía derecho.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a la demandada al pago proporcional de la prima extralegal de servicios prevista en la convención colectiva de trabajo correspondiente al primer semestre del año 2017, se condene a la indemnización por despido injustificado de que trata el literal d.) del artículo 64 del CST, modificado por el artículo 6° de la Ley 50 de 1990, es

decir, 45 días de salario por el primer año de servicios y 40 días adicionales de salario por cada uno de los años de servicios subsiguientes al primero, se **condene** al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, se condene a la indexación de las sumas reclamadas, se **condene** al pago de costas y agencias en derecho; y se **condene** a las facultades ultra y extra petita (**fls. 2 a 3**).

Como **hechos** fundamento de sus pretensiones (**fls. 3 a 7**) se señalaron, en síntesis, que ingresó a laborar al banco demandado el 1° de octubre de 1980, que el último cargo desempeñado fue el de director de servicios del Banco de Occidente oficina Fontibón de la ciudad de Bogotá, que el contrato suscrito fue a término indefinido, que el último salario promedio devengado fue de \$3.542.208, que adicionalmente, percibía primas extralegales en junio y diciembre de cada año, las cuales de acuerdo con la convención colectiva de trabajo constituían factor salarial, que el día 14 de diciembre de 2016, en el sitio de trabajo se presentó un asalto a mano armada, en el cual 3 delincuentes ingresaron con llaves y se apoderaron de una cuantiosa suma de dinero, frente a lo cual la accionada de manera injustificada el día 30 de enero de 2017, decide dar por terminado el contrato.

Arguye, que la demandada en la carta de terminación del contrato hizo alusión a los descargos rendidos por el demandante, que así mismo la accionada fue negligente en su deber de cuidado, ya que habiendo sido advertida por la Dirección de Seguridad con 7 meses de antelación no tomó las medidas suficientes para evitar el hecho, aduce que en su condición de Director de Servicios manejaba llaves de acceso a la oficina e igualmente clave de la caja fuerte, que entre sus funciones no se encontraba la de ser jefe de seguridad de la oficina, tampoco era el encargado de apertura y cierre de la puerta de acceso de la oficina después de terminar la hora de atención al público, pues estas eran funciones del vigilante, que durante los 2 años que estuvo en la oficina de Fontibón no se realizó cambio de guardas, que los directores de servicios del banco el asignaron llaves de las chapas de seguridad a funcionarios que estaban bajo su mando, que al realizarse las rotaciones de personal ellos debían entregar las llaves, pero las guardas nunca eran cambiadas, que la compañía se seguros canceló al banco el dinero hurtado, por lo que no sufrió perjuicio alguno, que el banco no lo capacitó en procedimientos de administración y seguridad bancaria.

Sostiene que hace hincapié en la diligencia de descargos que el cajero principal portaba llaves de acceso de la oficina Fontibón, lo cual estaba prohibido, sin embargo, dicho hecho lo conocía desde el mes de mayo de 2016, 7 meses antes del atraco, menciona que se encontraba al sindicato de la empresa, que en la diligencia de descargos se le violó el debido proceso, pues no estuvo asistido por 2 representantes del sindicato, también se ejerció presión a efecto que este modificara la redacción de los hechos sucedidos el 14 de diciembre de 2016.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

El **BANCO DE OCCIDENTE S.A.** contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 3, 12, 13, 23 y 41; y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo existencia de justa causa para la terminación del contrato de trabajo, calificación de la falta grave por los contratantes, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, falta de título y causa, buena fe, mala del demandante, pago, compensación, enriquecimiento sin justa causa, prescripción y genérica (**fls. 56 a 87**).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 12 de enero de 2019, **declaró** probada la excepción de inexistencia de la obligación y se relevó del estudio de las demás excepciones, absolvió al banco demandado de las pretensiones incoadas por el demandante y **condenó** en costas al actor en la suma de \$400.000 (**CD fl. 422**).

Como **argumento de su decisión** el *a quo* comenzó por pronunciarse frente a la prima extralegal reclamada por el actor como factor salarial estableciendo que no existía documento en el cual se había pactado el pago extralegal en los términos señalados por el testigo Nelson Eduardo Cortez, quien pertenece al área de recursos humanos, sin embargo, al acudir a la Convención Colectiva del Trabajo resultaba relevante de dicha norma el artículo 4° en especial el párrafo único se excluían diversos cargos para dar aplicación a la convención entre los cuales se encuentra de manera expresa el cargo de Director, cargo que fue el que ocupó el demandante. Así mismo, se indicaba que todo trabajador que ocupara cargos considerados de dirección, confianza y manejo estarían también excluidos de dicho régimen convencional, considerando por tal

precepto el juzgador que el cargo ocupado por el actor estaba excluido de los beneficios convencionales.

En cuanto a la indemnización reclamada, sostuvo el sentenciador que respecto a la vulneración al debido proceso alegada por la parte actora, al estar excluido de los beneficios convencionales no era obligación de la entidad demandada que él acudiera la diligencia de descargos con acompañamiento de alguno de los miembros del sindicato, ya que dicha obligación se imputaba únicamente al personal sindicalizado, aunado a que se garantizó el derecho de defensa al ser citado a diligencia de descargos, al ponérsele en conocimiento las pruebas y su aceptación frente a las mismas, y a la forma de recopilación de la información a través de cámaras de video.

Indicó el *a quo* que el hecho del despido se fundamentaba en lo sucedido el 14 de diciembre del 2016, en la Oficina de Fontibón donde el demandante se había desempeñado como director de servicios y donde se había producido un hurto, situación que había llevado a la División de Seguridad Bancaria y de Información de la Vicepresidencia de Riesgo y Cobranza Masiva de la demandada efectuara un estudio del caso, presentado un escrito con los hallazgos y recomendaciones que consideró aplicaban para el caso del actor. Frente a lo cual el Juez consideró como relevante que el día del asalto y previo al mismo en el proceso de conteo efectivo para el cierre de caja de la puerta del cuarto de recuento ésta permaneció abierta, inclusive se había señalado en dicho documento que se había permitido el acceso de funcionarios ajenos a dicha labor, que el actor había permitido que el vigilante abriera la puerta de la oficina para permitir la salida de un auxiliar de cafetería, puertas que carecían de cadena y candado; y que no tenía asegurado las cerraduras inferiores superiores, a la par se había determinado que el actor había entregado llaves de la oficina al cajero principal, situación prohibida por los protocolos de seguridad.

Hace referencia a los manuales MAN-APY-150 y MAN-SER-040 considerando que protocolos y procedimientos establecidos para el cargo de director de servicio eran conocidos por el actor, hecho aceptado en la diligencia de descargos, como también había reconocido que una funcionaria distinta a él y al cajero principal ingresaron a la sala de recuento durante el proceso de arqueo, así como también reconocía que no había cerrado la puerta de dicha

sala generando un riesgo de acceso a la bóveda y tómbola de la oficina, comprobándose con ello el incumplimiento de sus obligaciones, razón por lo cual se encontraba justificado el despido, más aun cuando la conducta se encontraba calificada como grave.

CONSULTA

La parte demandante no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

De conformidad con el recurso de alzada, corresponde a esta Sala de decisión establecer si la entidad demandada debe pagar al demandante de manera proporcional la prima extra legal de servicios prevista en la convención colectiva. Así mismo, se analizará si se violó el debido proceso al momento en que se le dio por terminado el contrato aduciéndose justa causa, como también se estudiará si los hechos endilgados en la carta de despido de fecha 30 de enero de 2017, constituyen en faltas graves para dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa.

Existencia de la relación laboral

No existe controversia frente a la relación laboral que ató a las partes, el cual inició el 1° de octubre de 1980 y finalizó el 30 de enero de 2017, desempeñándose el actor como último cargo el de Director de Servicios del Banco Occidente de la oficina de Fontibón de la ciudad de Bogotá.

Prima extra legal de servicios

En cuanto a la prima solicitada por el actor la parte demandada manifiesta que las primas que le fueron canceladas al señor LUMARNEY CASTAÑEDA no provenían de una convención colectiva, sino que las mismas se causaron y cancelaron como un beneficio adicional otorgado por el Banco, teniendo en cuenta que por el cargo desempeñado por él y el salario percibido no era beneficiario de la convención conforme a lo dispuesto en el artículo 4° de la convención colectiva.

Adicionalmente, indica que la misma se causaba por periodo cumplido efectivamente laborado y no de manera proporcional, además debía estar vigente el contrato para el día del pago, motivo por el cual no se le reconoció al momento de la terminación del vínculo contractual.

Frente a lo cual, como bien lo estableció el *a quo* no se aportó como tal el acuerdo de ese beneficio no convencional que otorgaba el banco al demandante, a fin de poderse verificar las condiciones pactadas, lo cierto es que el demandante en la demanda reclama es el reconocimiento una prima extra legal convencional la cual se encuentra prevista en el artículo 44 de la convención colectiva de trabajo 2015-2017 (fls. 402 a 403), donde se establece que es reconocida en la misma fecha en que se paga la prima legal o de servicio, dentro de los primeros 15 días de los meses de junio y diciembre; y se liquida con base en el salario que esté vigente al hacer el pago de la misma, acordándose que para gozar de dicho beneficio debe indispensablemente estar el trabajador al servicio del banco. Así mismo, se indica que, en caso de retiro anterior a la fecha de pago, no se causará en forma proporcional, aspecto por el cual no podía ser reconocida al momento del retiro del trabajador.

Aunado a que, como bien lo mencionó la accionada en el parágrafo del artículo 4° de dicha convención en efecto establece que estarán exentos de la aplicación de la convención las personas que ostenten el cargo de director, entre otros, cargo que efectivamente era el que desarrollaba el actor, pues recuérdese que al finalizar la relación contractual el señor LUMARNEY se desempeñaba como Director de Servicios del Banco Occidente de la oficina de Fontibón de la ciudad de Bogotá, razón que justifica aún más que no era beneficiario de la prima reclamada.

Debido proceso al momento del despido

Esta Sala de decisión ha considerado que las garantías al momento del despido deben estar basadas en principios constitucionales, pues la Carta Política establece que Colombia es **un Estado** social de derecho, organizado en forma de República, **fundada** en el respeto de la dignidad humana, y **en el trabajo** y que son **finés esenciales del Estado**: entre otros, servir a la comunidad, **promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida**

económica y la vigencia de un orden justo. Que es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

Lo anterior significa que la creación del Estado social de derecho se fundó teniendo como esencia el trabajo, es decir, una de las razones de ser del Estado, es el trabajo, tal como lo dice el preámbulo de la Constitución. Igualmente, el trabajo es tratado como un derecho y además como fundamental, esto implica que toda persona tiene derecho al trabajo y por ende a su estabilidad en el mismo. Este principio es absoluto y solo se puede pregonar como relativo cuando en verdad existe una justa causa, para su terminación.

Por ello se aprobó la ley 319 de 1996, que en su artículo 7°, señala que toda persona goce del trabajo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias y que el Estado debe garantizar, de manera particular, a la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. Y que, En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquiera otra prestación prevista por la legislación nacional. Lo anterior, significa que la estabilidad en el empleo es un derecho y que para conservar el empleo se debe interpretar las normas legales de conformidad con los principios y valores constitucionales, significando que dado la naturaleza de la relación laboral entre el trabajador con empleador y para garantizar este derecho, ello no se logra con facultar el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo, si no existe una justa causa, siendo coherente con las normas y principios constitucionales.

De tal modo, que debe prevalecer el principio de estabilidad en el empleo, pues el empleador con la facultad unilateral de terminar el vínculo laboral, en forma simple, contrasta en parte con este derecho, al tenor de lo dispuesto en las normas legales laborales, referentes a la terminación del vínculo laboral en forma unilateral dándole una facultad omnímoda del empleador al darlo por terminado, pues además se viola el derecho y principio al debido proceso y derecho de defensa cuando éste simplemente le imputa una justa causa, al trabajador sin que el trabajador en este caso, no pueda tener conocimiento

previamente del hecho imputado, ni permitírsele el derecho de defensa, pues tal como aparecen las normas de tipo legal, solo le permiten efectuar unos descargos, en forma muy precaria, sin que en la práctica se le permita tener conocimiento, previo, del hecho imputado y cuando es llevado improvisadamente, a que rinda descargos, es decir, que no se le permite tener oportunidad de conseguir pruebas y se le otorgue un término para que efectúe su defensa, sino que mecánicamente se le convoca a rendir descargos en efecto, se viola el principio de estabilidad en el empleo y al debido proceso y el derecho de defensa directamente, cuando se aplican las normas de tipo legal (CST).

Lo anterior, atenta contra el principio de que toda persona tiene derecho a intervenir en los actos que los afectan, es decir, se le debe facilitar la participación de todo trabajador en las decisiones que los afectan en su vida económica, pues la constitución política lo establece y además consagra la vigencia de un orden justo, es decir, no puede existir un orden injusto, se proscribe la injusticia y con más razones en las relaciones de trabajo, dada las condiciones de inferioridad que existen en dichas relaciones, en una de las partes, contrastando con la protección especial que se establece en las diferentes normas constitucionales respecto al derecho al trabajo y su protección en todas sus formas.

De acuerdo con lo anterior, implica y se concluye que si no se ha pactado un procedimiento previo para ejercer el debido proceso y el derecho de defensa, cuando se le imputa una justa causa al trabajador, es consustancial establecerlo en forma elemental, por ello, es necesario que se otorgue al trabajador, el conocimiento previo de la justa causa y se le otorgue un término razonable para preparar su defensa y se le oiga las razones de su actuación, ello en forma previa, antes de que el empleador tome la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, pues de no ser así no se garantiza el derecho al trabajo, ni la estabilidad en el empleo, pues la oportunidad de la defensa y del debido proceso posterior, en un proceso judicial, no garantiza su estabilidad como debiera ser, porque lo importante es, que el trabajador pueda defenderse previamente, antes de que sea despedido, para que en caso de que logre igualmente justificar su actuación, pueda conservar su empleo.

Es que simplemente el concepto de descargos de que habla la norma no se puede interpretar en forma simplista sin ninguna connotación sustancial del

debido proceso y en específico del derecho a la defensa, pues implica el poder refutar con medios probatorios la acusación de la comisión de los hechos constitutivos de la justa causa y obvio que implica el conocimiento previo y poder tener la oportunidad de tener todas las condiciones para poder refutar o descargar las acusaciones y ser oído previamente.

Si bien, el despido no es un hecho disciplinario, ni una sanción, es un hecho mucho más grave, que el mismo hecho disciplinario, pues trae como consecuencia fatal, la pérdida del empleo de su estabilidad, de su ingreso y de su opción de vida, es decir, tiene consecuencias nefastas para la vida y la de la familia del trabajador y de todas maneras implica la imputación de un hecho generador, del cual es tan natural que el trabajador tenga la oportunidad de defenderse adecuadamente y previamente, para que pueda tener la oportunidad de conservar el empleo en caso de que exista una justificación y no de lanzarlo al desempleo y que viva las consecuencias de que tenga que soportar un proceso judicial, sin que tenga la seguridad de obtener nuevamente un trabajo, dadas las condiciones del país.

Por ello resulta una obligación tanto del empleador como de las autoridades públicas tal como lo señala la Constitución Política que es deber de los nacionales (y entre ellos los empleadores) y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y por ende si ello es así, entre sus normas la protección al trabajo y su estabilidad y ello genera la consecuencia de adaptar necesariamente las normas legales a los principios y valores constitucionales, por ello resulta razonable la aplicación práctica del principio del debido proceso y derecho a la defensa, previamente a favor del trabajador, por lo menos para que lo ejerza y si el empleador no encuentra razonable los argumentos y justificaciones que haga el trabajador, pueda efectuar el despido, obviamente, con la posterior verificación por la justicia ordinaria, en forma objetiva de la tipicidad de la justa causa invocada, si el trabajador así lo decide.

Por ello se considera que necesariamente se debe establecer previamente un procedimiento para que se pueda ejercer el debido proceso y el derecho de defensa en un caso de despido con justa causa, ya que este es un principio y un derecho aplicable directamente y en forma razonable se puede aplicar por el empleador dándole la oportunidad al trabajador de que efectúe sus descargos, en forma adecuada a las circunstancias particulares del caso

imputado. Este derecho se pregona, en el artículo 29 de la C P., como aplicable a todas las actuaciones, tanto judiciales, como administrativas y si bien no se precisa que también se deba aplicar en las actuaciones entre particulares, lo cierto, es que la misma constitución política en otra norma si lo establece al señalar que se debe facilitar la participación de todos los trabajadores en las decisiones que los afectan en su vida económica, desprendiéndose este derecho del artículo 2° de la C.P, igualmente del artículo constitucional de que todos los ciudadanos nacionales deben cumplir la Constitución y de la misma carta política que establece el deber de los particulares y del Estado de cumplir con los deberes sociales y de la concertación al establecerlo como principio mínimo fundamental del trabajo, en el sentido de que es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos de trabajo.

En ese mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional en la sentencia **C 299 de 1998**, que se refirió al debido proceso y el derecho de defensa, en una de las justas causas de terminación del contrato de trabajo y extendiendo ese mismo derecho en la sentencia **T 546 de 2000** a las demás causales de terminación del contrato de trabajo, y aunque aparentemente se haya interpretado consecuencialmente de otra manera, en la sentencia **SL 2351 de 2020**, de la Sala laboral de la Corte suprema de justicia, en el fondo se trae a cuento en ella la esencia de dicha protección.

Por último, en sentencia SU 449 de 2020, la Corte Constitucional, dispuso:

“(..). Se debe garantizar al trabajador el derecho a ser oído o de poder dar la versión sobre los hechos, antes de que el empleador ejerza la facultad de terminación, cuya aplicación, entiende la Corte, se extiende para todas las causales, pues ellas, más allá de que no tengan un contenido sancionatorio, sí envuelven elementos subjetivos y objetivos de valoración, respecto de los cuales, en términos de igualdad, se debe permitir un escenario de reflexión e interlocución, ya sea en una audiencia o en cualquier otra vía idónea de comunicación, con miras a que el trabajador pueda defenderse frente a los supuestos que permitirían su configuración y, dado el caso, si así lo estima pertinente el empleador, retrotraerse de la decisión adoptada”.

*“En todo caso, el derecho a ser oído opera como una garantía del derecho de defensa del trabajador y no como un escenario de agotamiento del debido proceso (...). Esto implica que, si bien el trabajador tiene el derecho a cuestionar y de exponer los motivos que permitan enervar la causal, y tal alternativa debe ser garantizada por los empleadores, **ello no significa que tenga que establecerse un proceso reglado para tal fin (salvo que las partes así lo acuerden), con etapas de contradicción, pruebas y definición respecto de la validez de la causal alegada.**”*

Como bien se precisa en la sentencia en cita, se garantiza el debido proceso del trabajador cuando se le permite ser oído y poder dar una versión de los hechos, sin que ello signifique que tenga que establecerse un proceso reglado para tal fin con etapas de contradicción, pruebas y definición respecto de la validez de la causal alegada.

Así las cosas, verificadas las pruebas allegadas al plenario se tiene que el hecho que ocasionó el despido ocurrió el 14 de diciembre de 2016, el demandante fue notificado de la diligencia de descargos el 30 de enero de 2017, para que asistiera ese mismo día a la diligencia programada (fl.157). No obstante, debe resaltarse que el banco realizó investigación del caso a partir del 25 enero de 2017, por medio de la Dirección de Seguridad Bancaria de Bogotá y una vez teniendo los resultados de la misma es que decide llamarlo a descargos.

Revisada dicha diligencia, se observa que previo a ser surtida, el banco le pone de presente las pruebas que tuvo en cuenta la Dirección de Seguridad Bancaria de Bogotá durante su investigación, entre las cuales consistieron en código de ética y conducta, reglamento interno de trabajo, manuales del banco, videos e imágenes del sistema del circuito cerrado de seguridad del banco, así como la comunicación de fecha 21 de diciembre de 2016, por parte de la funcionaria LUISA MARÍA AYALA cajera auxiliar, probándose con ello, que se le garantizó al actor el debido proceso y derecho de defensa, pues conoció de ante mano las pruebas que lo culpaban, incluso se le expuso cuáles habían sido las conclusiones a las que había llegado dicha dependencia, consistentes en omisiones e irregularidades de sus funciones, paso seguido, se dio apertura a la misma a efectos de ser escuchado, sin que en efecto existiera la obligación de la demandada de que el actor debiera estar acompañado por miembros del sindicando, pues como bien lo adujo el *a quo*, no era miembro sindicalizado.

Terminación del contrato sin justa causa

A folio 237 se encuentra copia de la carta de terminación del contrato laboral en donde se plasma que la decisión se tomó frente a los hechos ocurridos el 14 de diciembre de 2016, día en el cual siendo las 16:36 horas ingresaron 3 sujetos mediante la modalidad de asalto y sustrajeron el efectivo de Fontibón por un valor total de \$299.925.160,77, refiere que teniendo en cuenta el proceso de investigación administrativa adelantada por la Dirección de Seguridad y la

diligencia de descargos rendidas por el actor se había evidenciado irregularidades y omisiones en los procesos y procedimientos de seguridad definidos por el banco en la administración y control del efectivo, sobre la negligencia evidenciada en el control de las puertas de ingreso, así como por haber omitido informar a su jefe inmediato de toda aquella situación que estuviera por fuera de los manuales y proceso normales, que pudieran afectar los intereses del banco, plasmándose como causal de despido los contemplados en los numerales 13, 9 y 6 del literal a.) del artículo 62 el CST, en concordancia con el artículo 1° del artículo 58 y numeral 4 del artículo 60 del mismo estatuto.

Argumenta la accionada, que las omisiones y negligencias endilgadas obedecieron a que entregó llaves al cajero principal del banco prohibición contemplada en el manual MAN-APY-150 numeral 2.1.1, por no haber informado a sus superiores frente a la generación de llaves de las chapas de acceso al banco que hacían falta, así como de la solicitud de la cadena de seguridad y por no haberle hecho seguimiento a dicho situación. De igual manera, refiere la accionada que vio irregularidades en los videos de seguridad del banco, en donde pudo apreciar que el cuarto de recuento estaba abierto y el efectivo expuesto sobre la mesa por instrucciones del demandante, que el guarda de seguridad permitió la salida de señora LUZ STELLA BASTO auxiliar de cafetería de la empresa Summar, observándose que en ese momento el cuarto de recuento y las puertas de los muebles de seguridad seguían abiertas. Posteriormente, el cajero principal abre la caja fuerte y saca el dinero para ponerlo sobre la mesa junto con el efectivo que tenía la caja de tránsito, momento para el cual la puerta del cuarto de recuento aún se mantenía abierta, incluso ingresando una funcionaria a realizar una consulta.

En relación con los anteriores hechos endilgados al demandante como irregulares para el desempeño cabal de sus funciones, en la diligencia de descargo se evidencia que reconoce en partes de su relato no haber actuado diligentemente, en respuesta a la pregunta número 11 manifiesta que entre los procedimientos establecidos por el banco para el arqueo, al finalizar las jornadas de atención al público, es decir, desde el momento en el cual los auxiliares trasladan y hacen entrega del efectivo hasta el cierre de la bóveda principal debe cerciorarse que la puerta principal del banco este cerrada y que no hallan personas, clientes o personal ajena al banco en la oficina hasta que se comunique que ya está cerrada la bóveda, haciendo verificación visual de

que el pasador quede ajustado o cerrado y que el vigilante devuelva las llaves de la puerta principal, de igual manera, reconoce en la respuesta a las preguntas número 16 y 17 que la puerta de acceso a la sala de recuento debe permanecer cerrada durante dicho procedimiento.

En respuesta número 18 el actor manifiesta que al recibir la oficina las llaves interiores superior e interior no tenían llaves, solo la de la mitad y la oficina no contaba con cadena, situación que fue pasada desapercibida por él, ya que lo que hizo fue seguir la rutina de los directores anteriores, a su vez en la respuesta la pregunta número 24, el actor manifiesta ser consciente de los riesgos que pueden pasar dentro de una operación bancaria, sin embargo, excusa su actuación en la rutinización que lo llevaron a cometer ciertas omisiones o falencias, como no haber cerrado la puerta de acceso del cuarto recuento, en la respuesta a la pregunta numero 30 acepta que dentro de sus funciones como Director de Servicios debe velar, aplicar y garantizar el cumplimiento de los procesos, procedimientos y medidas de seguridad implementadas por el banco, para evitar que terceros se apropien del efectivo.

De igual modo, se tiene que en la diligencia de descargos el señor LUMARNEY CASTAÑEDA acepta varias omisiones prohibidas por el banco, como haber dejado entrar una funcionaria durante el procedimiento de arqueo del efectivo, practica prohibida por seguridad durante ese procedimiento, confiesa que si hubiese estado la cadena en la puerta principal se hubiera dificultado el acceso a un atraco, así como también si hubiera colocado con llaves las otras cerraduras de la puerta principal.

Del recuento de lo anterior, concluye esta Sala de decisión que en efecto quedó acreditado que el actor incumplió con sus obligaciones contractuales y reglamentarias, por cuanto conocía de ante mano los protocolos de seguridad del banco y sin embargo, omitió los mismos bajo el argumento de la operatividad del cargo día a día y el exceso de confianza, aspectos que claramente no pueden ser aceptados en el cargo que ocupaba, toda vez que se trataba de un cargo de confianza y manejo en donde no puede existir un mínimo descuido y si bien, se trató de un hecho fortuito lo ocurrido el día del atraco, situación que no se podía precaver, lo cierto es que si hubiere realizado diligentemente cada uno de los procedimientos establecidos por el banco, seguramente hubiera dificultado el acceso de los delincuentes, como bien fue

reconocido por él, violación que efectivamente se encuentra establecida como grave, dando lugar a la terminación del contrato conforme al artículo 48 del reglamento interno de trabajo.

Por lo anterior, se **confirmará** la decisión de primera instancia.

COSTAS:

SIN COSTAS en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional consulta.

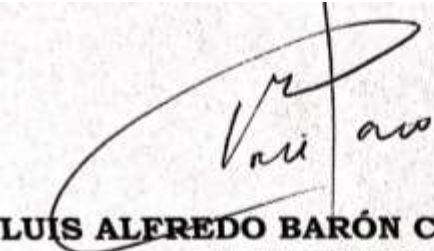
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNFO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CLAUDIA EDITH PEÑARANDA GÓMEZ contra BANCO CORPBANCA COLOMBIA S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A

LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

Solicita la señora **CLAUDIA EDITH PEÑARANDA GÓMEZ** se **declare** que la demandada en desarrollo del contrato de trabajo ha violado lo previsto en los artículos 13 y 53 de la Constitución Política, el artículo 143 del CST y la Ley 1496 y demás normas concordantes. Como consecuencia, se **ordene** a la demandada la reliquidación de sueldos, primas, vacaciones y demás adehalas generadas en la relación de trabajo mencionada, teniendo como base para ello el salario más alto percibido por JOSÉ ARLEY PANCA BOHORQUEZ, EDWARD ENRIQUE JIMÉNEZ ESCOBAR, OSBALDO ENRIQUE VARGAS RAMÍREZ, GERARDO PARDO, JUAN FELIX RAMÍREZ INFANTE, JUAN CARLOS LEÓN y AMANDA ARAQUE, se **ordene** reliquidar las cesantías causadas de toda la relación laboral desde que ocupa el cargo de subgerente operativo, teniendo como base para ello el salario más alto percibido por JOSÉ ARLEY PANCA BOHORQUEZ, EDWARD ENRIQUE JIMÉNEZ ESCOBAR, OSBALDO ENRIQUE VARGAS RAMÍREZ, GERARDO PARDO, JUAN FELIX RAMÍREZ INFANTE, JUAN CARLOS LEÓN y AMANDA

ARAQUE y se proceda a la consignación de tales diferencias en el fondo de cesantías PROTECCIÓN donde conserva sus cesantías, se **ordene** el pago de los intereses por concepto de cesantías que se hubieren generado, se **ordene** la indemnización prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías completas.

Se **ordene** la consignación a su favor de las diferencias que resulten de lo efectivamente aportado por el antes BANCO SANTANDER DE COLOMBIA S.A. y por CORPBANCA COLOMBIA S.A. y que debió consignar de haber teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 143 del CST y la Ley 1496 y demás normas concordantes y complementarias, se **ordene** reliquidar año a año todos los sueldos pagados desde que ocupa el cargo de subgerente operativo teniendo como base el que han venido percibiendo JOSÉ ARLEY PANCA BOHORQUEZ, EDWARD ENRIQUE JIMÉNEZ ESCOBAR, OSBALDO ENRIQUE VARGAS RAMÍREZ, GERARDO PARDO, JUAN FELIX RAMÍREZ INFANTE, JUAN CARLOS LEÓN y AMANDA ARAQUE, se **ordene** a la demandada a pagar a partir de la fecha de la sentencia y mientras se mantenga en el cargo de subgerente operativo un salario equivalente al que perciben JOSÉ ARLEY PANCA BOHORQUEZ, EDWARD ENRIQUE JIMÉNEZ ESCOBAR, OSBALDO ENRIQUE VARGAS RAMÍREZ, GERARDO PARDO, JUAN FELIX RAMÍREZ INFANTE, JUAN CARLOS LEÓN y AMANDA ARAQUE o el más alto que se reconozca en dicho cargo, se **condene** a la indexación, se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas procesales y agencias en derecho (fls. 1 a 3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls.3 a 6) se señalaron en síntesis que ingresó a trabajar para CORPBANCA antes BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A. el 5 de octubre de 2004, ocupando el cargo de asesor especial en la ciudad de Cúcuta, contrato que aún se mantiene a término indefinido, que percibe actualmente la suma de \$3.001.391, que se ha desempeñado al servicio de la demandada en el cargo de subgerente operativo desde el 25 de febrero de 2008, que tanto ella, como los empleados JOSÉ ARLEY PANCA BOHORQUEZ, EDWARD ENRIQUE JIMÉNEZ ESCOBAR, OSBALDO ENRIQUE VARGAS RAMÍREZ, GERARDO PARDO, JUAN FELIX RAMÍREZ INFANTE, JUAN CARLOS LEÓN y AMANDA ARAQUE ocupan el mismo cargo, con idénticas funciones, atribuciones y similares jornadas de trabajo, que JOSÉ ARLEY PANCA BOHORQUEZ, EDWARD

ENRIQUE JIMÉNEZ ESCOBAR, OSBALDO ENRIQUE VARGAS RAMÍREZ, GERARDO PARDO, JUAN FELIX RAMÍREZ INFANTE, JUAN CARLOS LEÓN y AMANDA ARAQUE perciben un sueldo superior al que tiene asignado.

Refiere que el banco demandado tiene claros y severos manuales de funciones donde se establece puntualmente las actividades que deben desarrollar los empleados al servicio del banco, los cuales son formalizados ante la Superintendencia Financiera, que dentro de la convención colectiva el banco paga a sus trabajadores, entre otras, las siguientes prestaciones extralegales: prima semestral de dos sueldos tanto en junio como en diciembre, vacaciones especiales equivalentes a un mes de salario y prima de vacaciones equivalente a un mes de salario, que ha sido reconocida por el mismo banco con el reconocimiento alto potencial dentro del programa de certificación de banca retail 20-10 en el año 2007, líder en el área de trabajo campaña Santander tu eres la imagen, curso virtual de vinculación de clientes año 2009, mejor empleado en la vivencia del valor ética profesional año 2009, premio al cumplimiento del plan incentivos del año 2010.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

El **BANCO CORPBANCA COLOMBIA S.A.** contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 2, 4 y 21, en cuanto a los demás señaló no ser ciertos, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación, carencia del derecho reclamado, prescripción, pago, compensación, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa, abuso del derecho y genérica (fls. 304 a 325).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 38 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 6 de diciembre de 2018, **absolvió** al BANCO CORPBANCA COLOMBIA S.A. de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la demandante y la **condenó** en costas en la suma de \$500.000 (CD fl. 702).

Como argumento de su decisión, señaló el *a quo* que en cuanto a la nivelación salarial y reajustes era un hecho no solo admitido por la accionada, sino que además acreditado en el expediente, en donde se pudo

apreciar que las personas que se relacionan en la demanda y que fungen como subgerentes operativos, no presentan una asignación salarial uniforme, tal y como se podía observar con las certificaciones legibles a folios 326 a 334; estableciendo el sentenciador que se preciaba una distinción o un trato diferenciado en materia salarial en relación con la demandante y las otras personas que desempeñaban el cargo de subgerente operativo, sin embargo, debía tenerse en cuenta que desde vieja data la Corte Constitucional, ha considerado que no toda desigualdad genera discriminación, por lo que en el presente asunto la empresa demandada advertía valores objetivos para la existencia de salarios diversos para los empleados que ejercían el mismo cargo, todos estos tenían fechas anteriores a la de la accionante, lo cual quería decir que, presentaban una antigüedad superior, lo que comporta un factor objetivo de distinción, en cuanto en materia salarial derivado de su experiencia en el empleo, tanto en la compañía como en el cargo que venían desempeñando y, esta circunstancia se encontraba debidamente acreditada en el informativo con fundamento en las diferentes pruebas, tanto testimoniales como documentales, que se habían practicado en el plenario.

Considerando, con lo anterior que no podía afirmarse que todas las personas que ejercían el empleo que cumplía la accionante, podía ser ubicada en el nivel máximo de asignación salarial en la forma pretendida en la demanda, teniendo en cuenta que existían factores objetivos de diferenciación como lo era la experiencia en el ejercicio del empleo, la antigüedad en el cargo y las diferentes condiciones en las que se había desarrollado la actividad laboral de cada una de las personas a lo largo de sus diferentes vinculaciones contractuales al interior de la sociedad convocada a juicio, quien había acreditó en debida forma la existencia de factores objetivos de diferenciación, para justificar las diferencias salariales que se presentaban en los trabajadores que tenían asignada las funciones de subgerente operativo.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que en primer lugar, el despacho basaba la sentencia en la antigüedad, para lo cual se tenía que ya existía sentencias hito en el manejo de este asunto de la nivelación salarial, como la SL16217

del 26 de noviembre de 2014 con ponencia del doctor CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE, quién además sustentó su tesis de grado de su doctorado sobre nivelación salarial, resultándose entonces en una autoridad en el tema, quien en la sentencia citada explica muy bien lo concerniente en la antigüedad de los trabajadores, por lo cual no resulta un elemento para justificar un salario más alto y el único evento en el que se podría pensar que la antigüedad justifica una diferenciación salarial, quedó desvirtuado con la prueba testimonial, a quienes se les preguntó qué efecto tenía la antigüedad, la experiencia sobre la actividad en el cargo, y todos fueron unánimes en responder que una de las personas con más experiencia, conocimiento y más capacitación dentro del Banco en el cargo de subgerente operativo a nivel nacional, es la demandante, es decir, la antigüedad no objeta para nada, ya que ella lleva muchos años trabajando para el banco, haciendo las funciones con gran calidad y el hecho de ser antigua no le genera al banco, mayor producción.

Adicionalmente, el 3 de octubre de 2017 la Corte Suprema de Justicia, profirió una sentencia en un caso totalmente similar a este, casualmente con el mismo Banco, en la cual se analizó el tema de la antigüedad con radicación 52118 no solamente con base en la sentencia del doctor MOLINA MONSALVE, sino también en la sentencia SL 161267 de 2017, que desarrolla el mismo tema de la antigüedad y lo proscriben, es que solamente en casos muy excepcionales la antigüedad puede ser definida como factor para discriminación salarial, motivo por el cual solicita sean tenidas en cuenta.

Agrega, que erró también el juzgado en su decisión por cuanto algunas de las personas con las que se compara para la nivelación salarial pretendida tienen menos tiempo en el cargo, razón por la cual se compara con otras personas que tienen el cargo de subgerente operativo, entre ellos está, OSWALDO ENRIQUE VARGAS RAMÍREZ quien además fue testigo en este proceso y quien lleva menos tiempo de subgerente operativo que la demandante. Debe analizarse también por qué, CLAUDIA EDITH PEÑARANDA GOMEZ con todo el profesionalismo que tiene y que era la más capacitada de todos los subgerentes operativos que hay en Colombia en ese BANCO, quien además ha sido premiada hasta con viajes a Europa, con los que se compara, ninguno ha tenido ese privilegio ¿Por qué? tiene que llevar un ingreso inferior a su casa? Y siendo que lleva más tiempo, objetivamente

lleva más tiempo como subgerente operativo que algunos con los que ella se compara, entre ellos OSWALDO ENRIQUE VARGAS RAMIREZ, JUAN FELIX RAMÍREZ INFANTE y JUAN CARLOS LEON.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que existió confesión por parte del representante legal del BANCO en cuanto a que la demandante ganaba menos que otros compañeros de ella en el mismo cargo y no desconociendo las grandes calidades: intelectuales, académicas, profesionales y de trayectoria en la banca de la actora, no existiendo razones para aceptar que las personas con las que se comparó tienen razones objetivas para devengar un salario superior.

Por último, refiere que el Código General del Proceso establece que cuando fallece el Juez o hay cambio de Juez para dictar la nueva sentencia, es menester que del nuevo Juez escuchar nuevamente alegaciones de las partes, si eso no se hace, cree que genera una nulidad, si es así, ruega que se revise ese punto y se decrete la nulidad, para que sean nuevamente escuchados los alegatos y dictar la sentencia que corresponda, que muy seguramente cambiaría la decisión ya tomada.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con el recurso de alzada, corresponde a esta Sala de decisión determinar si la antigüedad laboral resulta relevante para diferenciar el salario de quienes desempeñan el cargo de subgerente operativo dentro de la entidad demandada. Así mismo, se estudiará si en efecto existe desigualdad salarial y, por consiguiente, si deben prosperar las pretensiones de la demanda.

No obstante, previo a resolver los problemas jurídicos aquí planteados, es pertinente pronunciarse respecto del incidente de nulidad al que hizo referencia el apelante en el recurso interpuesto, el cual consiste en el numeral 7° del artículo 133 del CGP, esto es, “7. *Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación*”, para lo cual debe indicarse que la

parte demandante dejó pasar la oportunidad procesal para alegar dicha nulidad, por las siguientes razones: en primer lugar, a sabiendas de que los alegatos de conclusión los había recibido un juez distinto de quien iba a proferir la sentencia, no advirtió de dicha anomalía previamente a que fuera dictada la misma, en segundo lugar, tal situación fue un hecho que acaeció previamente a la decisión dictada por el Juez y por último, antes del pronunciamiento del Juez para la decisión de primera instancia, debió solicitarse que se permitiera alegar nuevamente. Situaciones por la cuales no se cumplen los presupuestos establecidos por en el artículo 134 del CGP.

Contrato laboral

No es materia de controversia la relación laboral de la demandante con la entidad demandada, pues la misma fue aceptada su contestación, además de corroborarse con la documental aportada al plenario, de donde se colige que la señora CLAUDIA EDITH PEÑARANDA GÓMEZ tiene un contrato a término indefinido desde el 5 de octubre de 2004, desempeñándose actualmente en el cargo de SUBGERENTE OPERATIVO con un sueldo básico mensual de \$3.001.391 (fl.43). Tampoco fue objeto de controversia que dentro de la entidad demandada existe diferencia salarial en el cargo de SUBGERENTE OPERATIVO con quienes ocupan el mismo cargo, con idénticas funciones, atribuciones y similares jornadas de trabajo.

Antigüedad – nivelación salarial

Fundamentó el *a quo* su decisión en cuanto a que no era posible la nivelación salarial pretendida toda vez que la entidad demandada había logrado acreditar factores objetivos de diferenciación con quienes ejercían el cargo de subgerente operativo, resaltado el factor de antigüedad.

Al respecto, la parte actora hace alusión a sentencias emitidas por la alta Corporación de cierre de Jurisdicción Ordinaria Laboral en las cuales se ha establecido que tal factor no resulta relevante para diferenciación salarial, situación que resultar ser cierta, pues en la sentencia SL 16177 del 3 de octubre de 2017, radicado 52118, la cual trajo alusión la parte actora, se dijo:

“En efecto, dentro de las nociones que se han asimilado bajo el concepto de

condiciones de eficiencia similares, requeridas para poder exigir la igualdad salarial, se ha considerado la antigüedad, empero, esta corporación ha explicado que esta y otros factores como el rendimiento físico, la experiencia, la adaptación al medio de trabajo, iniciativa, nivel profesional o académico etc., se deben entender subsumidos bajo el factor de competencia esto es, las capacidades adquiridas y demostradas para realizar la labor.

Por tanto, lo que se debe constatar no es solo la existencia de tal antigüedad, sino que la misma evidencie que el trabajador que cuenta con más años de labores, tenga unas habilidades, conocimientos y destrezas para el desempeño del cargo, superiores a las que posea el empleado más nuevo en el ejercicio del cargo, producto precisamente de esa antigüedad.

Así las cosas, cuando se deba constatar una distinción en las nociones de eficiencia, como puede ser la formación académica, la capacitación o la antigüedad aquí discutida, lo relevante es establecer que de existir tal diferencia, ella redunde en mayores competencias y habilidades para, desempeñar mejor la labor en la práctica, de lo contrario, no es posible considerarla como un factor objetivo de justificación de la asimetría salarial.

Así se colige de lo adocitrinado por esta Corte en sentencia CSJ SL16217-2014, reiterada en decisión CSJ SL11267-2017, cuando, refiriéndose a uno de los factores que integran el concepto de eficiencia, como lo es la formación académica, y que aplica igualmente en factor de antigüedad, precisó La eficiencia es la cualidad que permite la realización de una tarea con utilización de los recursos estrictamente necesarios, vale decir, cumplir el cometido sin derroche de recursos. Se ha diferenciado de la eficacia, que consiste en el logro de las metas. La combinación de ambas cualidades redundan en la efectividad.

La Sala ha considerado que, aparte de un puesto igual y una jornada igual, para exigirse la igualdad retributiva es necesario que haya similar efectividad («eficiencia» en los términos del CST) entre los trabajadores que se comparan. Y bajo ese concepto ha asimilado nociones como «rendimiento físico», «antigüedad», «experiencia», «adaptación al medio de trabajo», «iniciativa», «destreza», etc.

También bajo ese concepto de “eficiencia”, la Sala ha entendido cobijadas las nociones de “nivel profesional o académico”, “capacitación o nivel de educación” o “capacitación para el cargo”. Así, la Sala precisa que una situación particular y diferente se presenta cuando un empleado es sujeto de un plan de carrera, deliberadamente y formalmente establecido o acordado entre dicho empleado y su empleador, que probablemente llevará a aquel en el futuro –si el plan se desarrolla en la forma prevista- al desempeño de cargos de mayor responsabilidad y liderazgo dentro de la organización empresarial. Es decir, hay una proyección estructurada y formal de desarrollo del empleado, conformada con planes de formación académica, exposición o ejercicio de funciones para desarrollar destrezas, modelamiento de actitudes, formación en valores, etc. En tal caso, las calificaciones y títulos profesionales que acredite ese empleado en desarrollo de su plan de carrera, podrían ser motivo suficiente y legítimo para conferirle un trato salarial diferente, frente a otros empleados que desempeñen su mismo puesto, en las mismas condiciones de jornada y eficiencia, pero que no sean sujetos de un plan de carrera dentro de la empresa.

Todos los conceptos señalados anteriormente han de entenderse subsumidos bajo el más contemporáneo concepto de “competencia”, que consiste en las capacidades adquiridas y demostradas para realizar una labor. Capacidades estas referidas a habilidades, conocimientos, valores y actitudes, requeridos para solucionar problemas en un determinado ámbito laboral. Pero nótese que tener la “competencia” para desarrollar con efectividad una labor no es lo mismo que tener sólo conocimientos o formación académica –así sean los exigidos para el cargo-, porque éstos son sólo parte de los elementos necesarios para adquirir competencia en un determinado campo. Para tener la competencia se requiere, además, la

habilidad o destreza, los valores y las actitudes personales pertinentes, elementos éstos que no se adquieren necesariamente con sólo cursar y aprobar los programas de formación académica que se señalen para el puesto o cargo.

Lo anterior quiere decir, que si uno de los trabajadores acredita mejores títulos académicos, éstos podrán sustentar un mejor trato retributivo, pero si –en principio– esos títulos redundan en la práctica en una mejora del factor subjetivo ya mencionado, vale decir, una mejor eficiencia, una mejor competencia en el puesto de trabajo. Así, la simple circunstancia de que uno de ellos tenga una mejor formación académica, pero sin que esta se refleje en una mejora cualitativa en su eficiencia, no le atribuye, per se, derecho a reclamar una mejor retribución, ni al empleador a dispensársela con tal motivo exclusivo.

En las metodologías de clasificación salarial se ha consagrado desde hace años el concepto de «know how». Este es el conjunto de conocimientos, habilidades y destrezas, requerido para desempeñar apropiadamente, en la práctica, un oficio. Se habla de que alguien posee «know how» cuando realiza su oficio adecuadamente, según los parámetros establecidos. Si dos trabajadores poseen el mismo «know how», deberían ser retribuidos igual. Pero acá debe resaltarse algo importante: el «know how» se tiene y se aprecia, con prescindencia de cómo el trabajador ha adquirido los conocimientos, habilidades o destrezas que lo configuran. Así, dos trabajadores podrían desempeñar aceptablemente el mismo oficio, con igual nivel de eficiencia (al poseer ambos el mismo «know how»), a pesar de que quizás tengan formaciones académicas diferentes. O incluso uno de ellos, no obstante exhibir mejores títulos académicos que el otro, podría presentar un nivel inferior de eficiencia en comparación con éste, quien exhibe un mejor «know how» debido por ejemplo a tener una vasta experiencia, que su par no posee y no logra compensar con su formación académica. En resumen, si dos trabajadores exhiben, en la práctica, el mismo «know how», deberán ser retribuidos igual, sin importar de dónde éste proviene, vale decir, si de la formación académica o de la experiencia.

El trato discriminatorio es patente cuando el empleador, a partir de cierto momento, comienza a hacer una especial exigencia de calificación profesional para quienes desempeñen determinado puesto de trabajo. Y a pesar de que quienes acrediten tal exigencia y quienes no lo hacen, realizan el mismo trabajo, en la misma jornada y con las mismas condiciones de eficiencia (entendida con el alcance explicado), remunera mejor a los primeros. En este caso, la diferencia retributiva es discriminatoria, pues sencillamente, el tertium comparationis elegido por el empleador (la sola formación o calificación, sin que se aprecie un mejor desempeño del puesto u oficio, debido a una mejor competencia o «know how»), no es relevante u objetivo para justificar ese trato diferente. No existe en este caso una relación determinante, vale decir, de causa a efecto, entre la calificación o formación académica y la mejor realización práctica del trabajo con el estándar apropiado por efecto de una mejor competencia o «know how». (subraya la Sala)».

Siguiendo el anterior derrotero jurisprudencial, la diferencia salarial debe medirse no solamente por la antigüedad de quien ostenta el mismo cargo, sino que además deben tenerse en cuenta aspectos como rendimiento físico, experiencia, adaptación al medio de trabajo, iniciativa, nivel profesional o académico y el factor más importante la competencia, el cual logró acreditar la actora con la prueba testimonial, quienes señalaron que la demandante ha tenido premios y reconocimientos por su labor, entre ellos un viaje a Europa, de manera que el motivo de antigüedad en efecto no es un tema

relevante para la diferenciación salarial, pues sus capacidades en la labor desempeñada han demostrado la experiencia suficiente para el cargo.

Origen de la contratación

Debe tenerse en cuenta que la demandada aparte del anterior factor de diferenciación salarial alegó otros; como el origen de la contratación, en donde manifestó que la entidad llamada a juicio ha promovido y participado de fusiones y adquisiciones societarias que han llevado a la integración de plantas de personal que han sido cobijadas por diferentes esquemas de beneficios legales y extralegales, lo que a través de fenómenos como la sustitución patronal no pueden desconocerse o enervar derechos adquiridos, situación por la cual ha tenido en mantener los salarios superiores a los que pagaba en su propia nómina, tema que también fue objeto de estudio en la sentencia referida por el apelante, en donde se expuso:

“Al respecto, el Tribunal consideró que no era posible deducir que la diferencia salarial discutida, se hubiera derivado de la aplicación de los incrementos de la remuneración que encontró pactados en las normas extralegales celebradas por el mencionado banco con la Asociación Colombiana de Empleados Bancarios ACE y con la Unión Nacional de Empleados Bancarios UNEB, para los años 1991, 1993 y 1995.

*Conclusión que no resulta acertada, toda vez que **sí sería dable colegir la presencia de un factor objetivo de diferenciación salarial, ante la existencia de unas garantías de remuneración superiores en favor del trabajador referenciado, derivadas de la aplicación de una convención colectiva de trabajo pactada con su antiguo empleador, de las que no goza la trabajadora que reclama la nivelación salarial, y que no podrían desconocerse por razón de la fusión de las entidades.***

En efecto, esta corporación ha considerado que tal fenómeno jurídico, no puede conllevar a omitir los beneficios que el trabajador percibía por razón del acuerdo extralegal celebrado con una de las entidades fusionadas, pues se trata de derechos adquiridos. Así se señaló en sentencia CSJ SL 25 abr. 2006, rad. 24425:

En otras palabras, no es aceptable proponer ante una pluralidad de convenciones colectivas de trabajo que legalmente coexisten por virtud de fenómenos jurídicos como la fusión de sociedades, que se extraigan de cada una de las mismas las disposiciones que más convengan a un trabajador -que de seguro no fue parte en la génesis de cada una de éstas--, por desconocer tal proceder las circunstancias que rodearon la particularidad de cada negociación colectiva y las razones de orden económico y de política empresarial que las generaron. Como tampoco podría el empleador derogar a su arbitrio los beneficios que le otorgaba al trabajador la convención colectiva de trabajo que le era legalmente aplicable, so capa de la absorción

de la sociedad o empresa inicialmente empleadora o de la creación de una nueva con el patrimonio de aquélla que inicialmente lo empleó.

Sin lugar a duda, los mayores derechos otorgados por la convención colectiva de trabajo al trabajador hacen parte de su haber contractual, y desde esa visión, serían dables de calificar como ‘adquiridos’.

En ese orden, una cosa es que no sea posible desconocer los derechos convencionales pactados con cada una de las empresas que se fusionan, por lo que resultaría objetivamente razonable que existiera una diferencia en la remuneración producto de la existencia de una circunstancia específica como la descrita, entre trabajadores provenientes de diferentes empleadores, pero otro asunto es su prueba”.

Si bien en el caso analizado en dicha sentencia, no se pudo demostrar la justificación de la diferenciación salarial por dicho factor, ello no se debió porque no fuera una asunto razonable de diferenciación salarial, sino porque en ese caso no se logró constatar que se había establecido convencionalmente un incremento, toda vez que la norma convencional tan solo daba cuenta de un pacto de un incremento en la remuneración, pero no permitía establecer que se había percibido un salario superior con el empleador con quien se pretendía comparar, pues no existía constancia de las condiciones salariales al momento de la fusión.

En el caso bajo estudio, se tiene que la demandante compara su situación con los empleados JOSÉ ARLEY PANCA BOHORQUEZ, EDWARD ENRIQUE JIMÉNEZ ESCOBAR, OSBALDO ENRIQUE VARGAS RAMÍREZ, GERARDO PARDO, JUAN FELIX RAMÍREZ INFANTE, JUAN CARLOS LEÓN y AMANDA ARAQUE, algunos de ellos que en efecto tiene mayor tiempo de vinculación con la accionada, revisado el material probatorio, se encontró lo siguiente:

	Empleado	Antigüedad e Incremento salarial convencional
1	EDWARD ENRIQUE JIMÉNEZ ESCOBAR	Labora desde el 27 de junio de 1990- vinculación inicial BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO – incremento de salario convencional con BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO de fechas 20 de septiembre de 1994 y 2 de septiembre de 1996 (fl.486 a 487)
2	AMANDA ARAQUE	Labora desde 16 de septiembre de 1987- vinculación inicial BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO – incremento de salario convencional con BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO 24 de octubre de 1995, 31 de enero de 1997 y constancia de afiliación organización sindical del 23 de marzo de 2010 (fls. 553 a 555).
3	JOSÉ ARLEY PANCA BOHORQUEZ	Labora desde el 16 de marzo de 1995- vinculación inicial IVERCREDITO – certificación afiliación organización sindical 30 de marzo de 2012 (fl.650)- otro sí contrato en el cual se estipula incrementos salariales acordados en una convención colectiva una vez se efectuó afiliación (fl.654)
4	OSBALDO ENRIQUE VARGAS RAMÍREZ	Labora desde el 19 de julio de 1993-vinculación inicial BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO- certificado de aumento salarial por recargo nocturno del 10 de mayo de 1995 (fl.577, 578), certificado de afiliación sindical 11 de

		mayo de 2011 (fl.582 v/to) y desafiliación 17 de abril de 2013 (fl. 585).
5	GERARDO PARDO	Labora desde el 4 de marzo de 1991 -vinculación inicial BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO- aumento salarial convencional a partir del 1° de septiembre de 1991 con BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO (fl. 557 v/to), aumento salarial convencional 24 octubre 1995 y del 2 de septiembre de 1996 BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO (fl.562)
6	JUAN FELIX RAMÍREZ INFANTE	Labora desde el 25 de mayo de 1987, vinculación inicial BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO, aumento salarial convencional a partir del 20 de marzo y 10 de septiembre de 1991 con BANCO COMERCIAL ANTIOQUEÑO (fl. 602), aumento salario con recargo nocturno (fl.606)
7	JUAN CARLOS LEON	Labora desde el 23 de octubre de 1989, vinculación laboral inicial IVERCREDITO, afiliación organización sindical UNIÓN NACIONAL DE EMPLEADOS BANCARIOS de fecha 8 de marzo de 2013 (fl.584), desafiliación 24 de octubre de 2013 (fl.585), aumentos salariales en el cargo de subgerente 15 de septiembre de 1999 y 1 de septiembre de 2005 (fls. 591 y 593),

Como bien se puede ver quedó demostrado que los empleados con los cuales se pretende comparar la diferenciación salarial, obtuvieron aumentos salariales anteriores a la vinculación de la demandante con las entidades bancarias que se fusionaron, como incrementos de carácter convencional y otros legales, tales como recargos nocturnos o incentivos de la entidad como sucedió en el caso del señor JUAN CARLOS LEÓN en el año 1999, acreditándose con ello la diferenciación en la remuneración consiste en derechos adquiridos por estos empleados al haber pertenecido a otras entidades bancarias en donde incluso fueron sindicalizados, razón por la cual en el caso *sub examine* no se trata de una desigualdad salarial.

Aunado a que la demandante no probó haber sido sindicalizada a fin de determinar que también venía con derechos convencionales adquiridos, pues si bien se aportó copia de la convención colectiva 2011 -2013 suscrita entre el BANCO SANTANDER DE COLOMBIA S.A. y la UNIÓN NACIONAL DE EMPLEADOS BANCARIOS –UNEB (fls. 133 a 154), en el numeral 3° campo de aplicación; se precisa que los beneficios convencionales se extienden a todos los trabajadores del banco a excepción de quienes ocupan el cargo de subgerente, entre otros, a menos de que estuvieren afiliados al sindicato, situación que no es el caso de la promotora de éste proceso, toda vez que no obra constancia de la afiliación, excepción que se mantuvo en la convención colectiva 2013-2015, téngase en cuenta que la actora ostentó el cargo de SUBGERENTE OPERATIVO a partir del 25 de febrero de 2008.

Ahora, si bien manifestó en su interrogatorio de parte que se afilió a la organización sindical en el año 2012, ello demuestra a un más que fue a

partir de dicha data que comenzó a beneficiarse de la misma, lo cual justifica por qué no había obtenido los incrementos anteriormente y el por qué sus compañeros con el mismo cargo tienen un ingreso adicional, pues como bien se señaló precedentemente muchos ya venían con esos beneficios tiempo atrás, incluso el testigo JOSÉ ARLEY PANCA BOHORQUEZ reconoció que dentro de la entidad bancaria existen incrementos salariales distintos, algunos de ellos porque se encuentran sindicalizados, por lo que perciben un incremento cada dos años en el mes de septiembre según las políticas negociadas convencionalmente y los otros empleados perciben un incremento que se rige con el IPC anual, declaración que corroboró el testigo OSBALDO ENRIQUE VARGAS RAMÍREZ.

Así las cosas, y sin más consideraciones habrá de **confirmarse** la decisión de primera instancia, pero por las razones aquí expuestas, toda vez que con lo analizado se demostraron razones válidas dentro de la entidad demandada de diferencias salariales en el cargo de subgerente operativo ejercido por la actora.

COSTAS:

COSTAS a cargo de la parte actora como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ-SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

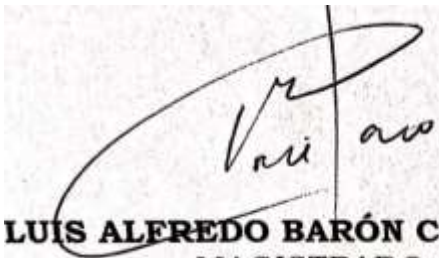
R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte actora como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

Notifiquese y cúmplase

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

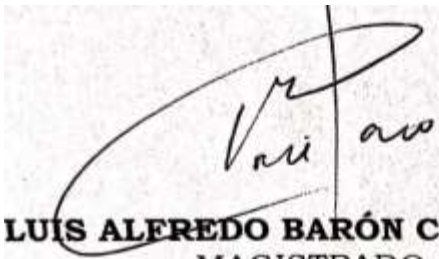


DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de parte demandante en la suma de \$300.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ROMULO ANTONIO CASTRO ALVARADO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita el señor **ROMULO ANTONIO CASTRO ALVARADO** se **reconozca y pague** la pensión de vejez, aplicando la normatividad establecida en el Decreto 2090 de 2003, se **efectuó** el pago y reconocimiento de la pensión especial de vejez teniendo en cuenta que se disminuyen 1 año de edad por cada 60 semanas de cotización especial adicional a las mínimas requeridas en el sistema general de pensiones, sin que la edad sea inferior a 50 años, se **reconozca y pague** la pensión de vejez a partir del 23 de noviembre de 2010, se le **reconozca y pague** el retroactivo pensional sobre cada una de las mesadas pensionales incluyendo las adicionales a partir de esa fecha, se le **reconozca y pague** intereses moratorios generados por cada mesada pensional incluyéndose las mesadas adicionales y hasta cuando se produzca su pago, se **condene** al pago de costas procesales incluidas agencias en derecho, se **condene** ultra y extra petita (fls.4 a 5).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 2 a 4 del plenario, en los cuales en síntesis se señalaron; que solicitó ante COLPENSIONES la pensión especial de vejez por alto riesgo el 24 de octubre de 2016, que la entidad demandada mediante resolución GNR 291544 del 30 de septiembre de 2016, negó la pensión, por lo cual se interpuso los recursos de ley, sin embargo, la entidad accionada no accedió

al derecho argumentando que el afiliado no lograba acreditar que hubiere desarrollado actividades de alto riesgo, que adicionalmente no se tenía evidencia sobre el aporte adicional por parte de los empleadores.

Indica que nació el 22 de noviembre de 1956, que está efectuando aportes a pensión desde el 23 de enero de 1975, inicialmente con ISS, que activo cotizante y tiene más de 1,880 semanas de cotización, que ingresó a laborar en una planta de fundición en el área de producción desde octubre del año 2000 como trabajador en misión y a la fecha aún labora en la misma planta, por lo que supera las 700 semanas en actividad de alto riesgo, afirma que con la solicitud pensional se allegaron certificaciones laborales de todos y cada uno de los empleadores con los cuales laboró, certificándose la actividad de alto riesgo desarrollada por el trabajador.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 9 y 18, parcialmente cierto el numeral 17, no ser ciertos el numeral 13 y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, inexistencia del derecho reclamado, buena fe y genérica (fls.60 a 62).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 14 de diciembre de 2018, **absolvió** a COLPENSIONES a reconocer una pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo, condenó a COLPENSIONES a reconocer al demandante la pensión de vejez a partir de que aquel cese sus cotizaciones, **declaró** probada la excepción de inexistencia del derecho reclamado frente a la pretensión de pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo y se **abstuvo** de condenar en costas (CD fl.127).

Como argumento de su decisión, la *a quo* manifestó frente a la pensión vejez especial por actividad de alto riesgo que no existía discusión en cuanto a la afiliación y permanencia del actor al régimen de prima media con prestación definida conforme se podía ver de su historia laboral, en donde daba constancia que había reportado un total de 1,934.57 semanas cotizadas. Así mismo, indicó la sentenciadora que le correspondía al demandante demostrar que efectivamente estuvo expuesto a actividades de alto riesgo, frente a lo cual obraba certificaciones laborales expedidas por las diferentes empresas de lo cual se colegía que en ninguna de dichas

certificaciones obraba constancia del tipo de actividad que desarrollaba el demandante, así como sus funciones o si aquellas estaban catalogadas como actividades de alto riesgo, lo que a todas luces resultaban ambiguas, también se carecía de algún estudio del puesto de trabajo realizado por la ARL o por la misma empresa del cual se pudiera concluir y demostrar las condiciones en las cuales el actor desarrollaba las funciones y riesgos en los que presuntamente estaba expuesto, situación que tampoco se podía dilucidar mediante los testimonios rendidos, como quiera que estos habían sido orientados a describir el ambiente laboral en el cual el actor desempeñaba sus funciones bajo premisas fácticas y sin respaldo técnico, tampoco se había dejado claro desde que momento realizó la función cerca de la planta de fundición, ni se dieron detalles frente a la exposición que tenía. Adicionalmente, señaló que se había oficiado por parte del despacho a la ARL SURA quien había contestado que la afiliación y cotización del trabajador se había hecho bajo el riesgo 3, por lo que de acuerdo al artículo 26 del Decreto 1295 de 1994, corresponde a un riesgo medio, aspectos por los cuales no se podía obtener el derecho a la pensión de vejez especial por actividad de alto riesgo.

De otro lado, y haciendo uso de las facultades ultra y extra petita estableció la *a quo* que teniendo en cuenta que lo pretendido por el actor en el líbello introductorio consistió en que se estudiará el reconocimiento de una pensión de vejez, observaba que obraba copia de la cédula de ciudadanía del demandante con lo cual se podía corroborar que contaba con 62 años de edad, aunado a lo anterior con el expediente administrativo se tenía que el demandante no era beneficiario del régimen de transición como quiera que al 29 de julio de 2005, contaba con más 750 semanas cotizadas, pero para el 31 de diciembre del 2014, tan solo acreditaba con 58 años de edad, razón por la cual no podía ser beneficiario del régimen de transición. No obstante, al estudiarse el derecho pensional a la luz de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, debía acreditar para el 2018 un mínimo 1,300 semanas cotizadas y alcanzar la edad de 62 años, al verificarse la historia laboral se podía ver que al 31 de diciembre de 2017, el actor contaba con 1,934.57 semanas cotizadas superando así con el requisito exigido, como también acreditaba la edad, ordenando el reconocimiento pensional, en cuanto a la fecha de efectividad de la misma estableció que teniendo en cuenta que aún se encontraba en estado activo cotizante, su reconocimiento debía ser una vez demostrará el cesamiento de las cotizaciones.

CONSULTA

COLPENSIONES no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar, si el demandante reúne los requisitos para el reconocimiento pensional conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la ley 797 de 2003.

Pensión de vejez

En el presente asunto se tiene que la *a quo* haciendo uso de las facultades ultra y extra petita procedió a reconocerse al actor la pensión de vejez, facultad que en efecto se encuentra prevista para juez laboral de única o primera instancia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50 del CPTSS, que le permite fallar por fuera de lo pedido, siempre y cuando los hechos que lo causen hayan sido discutidos y estén debidamente probados, situación que en efecto acontece en el presente asunto, pues en efecto se discutió el poder acceder al derecho pensional de vejez, aunque en principio solicitó fuera el reconocimiento de una pensión especial de vejez por haber ejercido actividades de alto riesgo, aspecto que no acreditó y que no fue objeto de discusión por la parte actor, empero logró demostrar que sí cumplió los requisitos para la pensión de vejez, como se pasa analizar.

Establece el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9° de la ley 797 de 2003, que para tener derecho a la pensión de vejez a partir del 1° de enero de 2014, se requiere en el caso de los hombres contar con 62 años de edad y 1,300 semanas de cotización, de la cédula de ciudadanía del actor se desprende que nació el 22 de noviembre de 1956 (fl.11), por lo que a la fecha cuenta con 65 años de edad, cumpliendo así con el primero de los requisitos señalados. En cuanto a las semanas, se tiene que del reporte de semanas cotizadas en su historia laboral que tiene un total de **1,934.57 semanas** de cotización (fls.67 a 69) acreditando así con más de las semanas exigidas, aspectos que le permiten acceder al derecho a la pensión de vejez.

Disfrute y monto de la pensión

Al respecto, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, dispone que es necesaria la desafiliación del sistema para entrar a disfrutar de la pensión, verificada la historia laboral del demandante se tiene que aún continúa vigente su afiliación, por lo cual se asiste razón a la Juez de primera instancia, en cuanto a que el disfrute de la misma deberá ser a partir de la cesación de sus cotizaciones.

En cuanto a la **mesada pensional** la misma deberá calcularse conforme a lo establecido en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, esto es con lo cotizado durante toda la vida laboral y los últimos 10 años, teniendo en cuenta que a la fecha supera las 1,250 semanas de cotización, frente a lo cual deberá tomarse la mesada que le resulta más favorable al actor.

Así las cosas, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

COSTAS

SIN COSTAS en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional consulta.

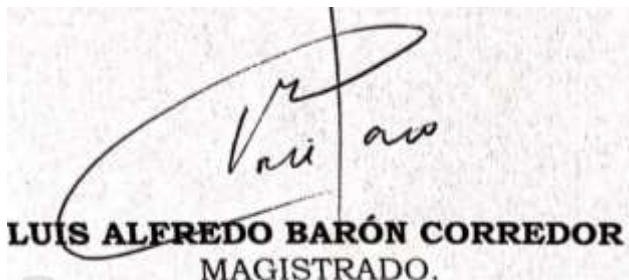
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – PEDRO ARGEMIRO DÍAZ VARGAS contra ASESORES EN DERECHO SAS, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA Y LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **PEDRO ARGEMIRO DÍAZ VARGAS**, se **declare** que fue trabajador de la Flota Mercante Grancolombiana S.A. hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a ASESORES EN DERECHO SAS en su condición de mandataria con representación de la compañía, a expedir la resolución del bono pensional o cálculo actuarial que le corresponde por el tiempo laborado en la Flota Mercante, se **condene** a FIDUPREVOSORA S.A. vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA a pagar a COLPENSIONES, el título pensional o cálculo actuarial y a esta, a tener en cuenta el tiempo laborado en la Flota Mercante, para la pensión de vejez, más el pago de los perjuicios morales y materiales por el incumplimiento en el pago del cálculo actuarial, junto con los intereses moratorios, lo que

resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. Como pretensiones subsidiarias, solicita se **declare** la responsabilidad subsidiaria de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ matriz y controlante de la flota mercante y en consecuencia se le **condene** al pago del cálculo actuarial, al igual que se **declare** la responsabilidad subsidiaria de la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO como titular de la cuenta FONDO NACIONAL DEL CAFÉ de las obligaciones pensionales a su favor y se le **condene** al pago del cálculo actuarial (fl. 3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 vuelto a 6), señaló que la Flota Mercante Grancolombiana S.A. tenía la obligación legal de pagar las pensiones de jubilación y por ende, de realizar los aprovisionamientos de capital necesarios del aporte al sistema de seguridad social, sin que haya realizado la sustitución o subrogación de la obligación pensional al seguro social u otra entidad. Refiere que la empresa inscribió a sus trabajadores del mar tardíamente al ISS el 2 de agosto de 1990. Aduce que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ inscribió su situación de matriz y controlante de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. el 29 de abril de 1998. Sostiene que el 28 de agosto de 2012 se aprobó por parte de la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES la rendición final de cuentas y declaró la terminación del proceso de liquidación de la compañía y ordenó a la Federación en cumplimiento de la sentencia SU 1023 de 2001, continuar con el pago del pasivo pensional. Afirma que laboró al servicio de la Flota Mercante mediante contrato de trabajo desde el 28 de marzo de 1978 hasta el 28 de abril de 1988, sin que durante la vigencia de la relación laboral la empresa le haya efectuado los aportes a pensión. Indica que desempeñó como último cargo el de segundo aceitero, devengando un salario en dólares de US 1.296.12. Señala que se encuentra afiliado a COLPENSIONES con quien ha cotizado alrededor de 654.43 semanas. Finalmente, aduce que elevó reclamación ante las accionadas.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ contestó la demanda (fls. 519 a 563), en la que se opuso a las pretensiones de esta. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1.1 a 1.11, 1.18, 1.23, 1.26, 1.30 a 1.33, 1.35 a 1.38, 2.1, 2.2, 2.6 a 2.8, 2.10 y 3.18 y niega y no le constan los demás. Como excepción de fondo propuso la de ausencia de responsabilidad subsidiaria en cabeza de la Federación.

ASESORES EN DERECHO SAS mandataria con representación con cargo al PANFLOTA contestó el introductorio (fls. 600 a 622), oponiéndose a las pretensiones de este. Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1.8, 1.9, 1.18, 1.19, 1.24, 1.25, 1.27, 1.30, 1.32 a 1.39, 1.41 parcial, 2.8, 3.1 a 3.3, 3.11, 3.12, 3.15, 3.17 a 3.19 y 3.23 y niega y no le constan los demás. Propuso las excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación para proteger el derecho amparado por la sentencia proferida por el Consejo de Estado, inexistencia de la obligación pues durante caso toda la existencia de la compañía el ISS no había asumido los riesgos de IVM, prescripción, buena fe y oposición a la codena de costas y los presuntos perjuicios irrogados al demandante.

FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, contestó el libelo (fls. 628 a 648), oponiéndose a las pretensiones de este. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1.24, 1.26, 1.27, 1.31 a 1.34, 1.36 a 1.40 y no le constan los demás. Formuló la excepción de fondo de inexistencia de la obligación.

La NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO contestó el introductorio (fls. 717 a 731), oponiéndose a sus pretensiones. Respecto a los hechos, no le constan en su totalidad. Presentó las excepciones de mérito las de indebida vinculación del ministerio de hacienda, inexistencia de obligación alguna por las pretensiones de la demanda y falta de legitimación en la causa respecto de la parte pasiva.

Finalmente, **COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 744 a 759). En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los

numerales 3.1, 3.15 y 3.17 y niega y no le constan los demás. Presentó las excepciones de fondo de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de intereses moratorios y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 22 de enero de 2019 (CD – fl. 1.102), **declaró** que el demandante laboró para la FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA S.A. entre el 28 de marzo de 1978 y el 28 de abril de 1988, **declaró** responsable subsidiaria a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA en calidad de administradora del fondo nacional del café de las obligaciones pensionales de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. en lo relacionado con el reconocimiento y pago del cálculo actuarial correspondiente al periodo laborado entre el 28 de marzo de 1978 y el 27 de abril de 1988 por el actor, **condenó** a la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del fondo nacional del café, al reconocimiento y pago del cálculo actuarial (bono tipo B), pro los aportes a pensión del demandante, el cual deberá ser realizado por FIDUPREVIOIRA S.A. vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA a quien **ordenó** elaborar el cálculo actuarial del bono pensional tipo B, el cual deberá remitir a ASESORES EN DERECHO SAS mandataria con representación a cargo de PANFLOTA y a dicha federación, para que le traslade los correspondientes recursos, con el fin de ser consignados posteriormente a COLPENSIONES, **ordenó** a ASESORES EN DERECHO SAS mandataria con representación a cargo de PANFLOTA emitir las correspondientes resoluciones o actos administrativos ordenando al patrimonio autónomo PANFLOTA que una vez reciba los dineros por parte de la federación, traslade el valor del bono pensional a COLPENSIONES, **absolvió** a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda y **condenó** en costas a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA en calidad de administradora del fondo nacional del café, a ASESORES EN DERECHO SAS mandataria con representación a cargo de PANFLOTA y a FIDUPREVIOIRA S.A. vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, incluyendo como agencias en derecho el

equivalente a seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que serán cancelados a cuota parte.

Fundamentó su decisión, indicando que en principio, la obligatoriedad respecto del pago de los aportes pensionales nació a cargo de la empleadora a partir del 15 de agosto de 1990, no habiendo lugar a la constitución del bono pensional deprecado sin embargo, en razón a la jurisprudencia y en virtud a que el despacho teniendo en cuenta los derechos fundamentales que gobiernan la protección de vejez del demandante, debe tomar las medidas necesarias para la protección de esos derechos fundamentales. Expone que la Corte Suprema de Justicia ha trazado una línea en el sentido de indicar que no le es dado al empleador liberarse de la responsabilidad cuando no afilia al trabajador o no cotiza a su nombre a la seguridad social y como consecuencia de ello, se trunca el derecho pensional de manera que cuando la afiliación no se produce con independencia de su razón, será responsabilidad del patrono la prestación que hubiera podido otorgarle el sistema al trabajador y cuando no paga o incurre en mora en la cotización, será objeto de las acciones de cobro que la ley prevé para obtener el pago de las cotizaciones causadas y no cubiertas con sus intereses correspondientes, al igual que de manera análoga dicha corporación ha concluido que cuando no hay afiliación del trabajador antes de la vigencia de la ley 100 de 1993, se debe trasladar al fondo de pensiones escogido por el trabajador el cálculo actuarial pertinente, mediante título o bono pensional. Considera que al encajar el presente asunto con lo expuesto por la Corte, se dispondrá la constitución de un título o bono pensional. Sobre la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del fondo nacional de café, menciona que dada la composición accionaria de la compañía Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana y según lo expuesto en el numeral 5° del artículo 20 del C.CO, es acto mercantil la intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales los actos de administración de las mismas, o la negociación a título oneroso de las partes o interés, cuota o acciones, aplicando entonces las reglas jurídicas puntualizadas, por lo que señala, no cabe duda que la Federación con una participación superior al 50% del capital de la Compañía Inversiones de la Flota Mercante, es la matriz responsable ante

la liquidación y posterior extinción jurídica de su subordinada, al igual que del certificado de existencia y representación legal de la extinta compañía, se evidencia una anotación en la que se indica que aquel ente, configuró una situación de control con la aludida sociedad, sin que sea atendible el argumento expuesto por la federación, pues si bien el capital del fondo nacional del café fue invertido para constituir la flota mercante, también lo es que la eventual prosperidad de los negocios desarrollados por el giro de su objeto social, tiene el talante de beneficiar directamente al Fondo Nacional del Café, engrandeciendo sus arcas, derivándose que la inviabilidad de la empresa también tiene el potencial de gravar el patrimonio social, entonces no podría reclamar la participación de utilidades y la exclusión de los gravámenes y las obligaciones laborales nacidas a su favor de los trabajadores, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 30 y 148 de la ley 222 de 1995, la posibilidad de atribuir responsabilidad a la matriz por las obligaciones de la subordinada y la presunción legal de la que se ha llegado por estado concursal por actuaciones propias de control de la matriz sobre su filial, se constituyen en la fuente de la predicha responsabilidad subsidiaria, al tenor de lo establecido en el parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995, de ahí que se presuma entonces que la sociedad se encuentra en esa situación concursal por las situaciones derivadas del control, a menos que se demuestre lo contrario, sin que de la documental aportada se demuestre una causa diferente a la anotada. Afirma que adicional a lo anterior, la Corte constitucional en sentencia SU 1023 de 2001 también estableció la responsabilidad de la Federación en tratándose de temas pensionales como el presente.

En cuanto al salario devengado por el accionante, sostiene que no fue posible conseguir la hoja de vida, por lo que analizada la convención colectiva de trabajo y el laudo arbitral, se extrae que este fue de 579,51 dólares, el cual se deberá tomar a efectos de liquidar el bono pensional a abril de 1988 y cuyo equivalente en pesos para esa data, deberá indexarse a 30 de junio de 1992, con el fin de establecerse los parámetros técnicos para el cálculo del bono pensional tipo b.

Argumenta que en este caso procede el pago de un bono pensional tipo B, debido a que el fondo nacional del café, es una cuenta pública, de naturaleza parafiscal, constituida con recursos públicos, cuyo objetivo prioritario es contribuir a estabilizar el ingreso cafetero, mediante la reducción de los efectos de la volatilidad del precio internacional, por tanto, al ser accionista mayoritario de la compañía Inversiones Flota Mercante Grancolombiana S.A, por intermedio de la Federación Nacional de Cafeteros se debe emitir ese tipo de bono pensional.

Finalmente, en cuanto a la indemnización de perjuicios, la misma no procede en la medida que el accionante no probó los aludidos perjuicios, como tampoco hay lugar al pago de intereses moratorios habida cuenta que en este caso no se habla de la mora en el pago de mesadas pensionales sino de unos aportes, sobre los cuales no caben los intereses de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

APELACIÓN

El demandante interpuso recurso de apelación, señalando que el salario efectivamente es de 441 dólares pues así lo estableció la convención el en último año, pero la prima de antigüedad varia al 15%, porque el 5% es el primer día del tercer año y el primer día del 5 año gana el 10% y sucesivamente hasta el 1%, por lo tanto era el 15% al momento del despido. Refiere que la alimentación y alojamiento que están establecidos en la cláusula 2, literal b, del contrato de trabajo y que modifico el laudo arbitral de 1977, al igual que en los años 1981 y 1984, es de 200 dólares para 1988 y cuando se aporte la hoja de vida la cual tiene que aparecer, se probará que laboró dominicales, festivos, trabajo diurno y nocturno y para ello el valor en horas extras dominicales superaba los 188.16 dólares y el tiempo suplementario y nocturno, superaba los 84.53 dólares, por ello el salario es mayor. En cuanto a las primas extralegales de servicio, se deben tener en cuenta en la medida que en ninguna parte se dijo que no constituían salario y por ende se debe tener en cuenta el 8.33%. de otro lado, argumenta que para el cálculo actuarial se debe tomar el promedio del salario devengado en el último año incluyendo todos los factores salariales como lo ha indicado la jurisprudencia quien además, ha

señalado que el cálculo actuarial lo debe realizar la entidad de seguridad social en este caso COLPENSIONES. Expone que debe condenarse a la nación Ministerio de Hacienda y Crédito, ya que si bien el fondo nacional del café a la fecha está vigente, de acuerdo a sus proyecciones a este lo quieren acabar y por ello, el ministerio debe entrar a subrogar dichas obligaciones por ser el dueño de esa cuenta. Menciona que también se deben modificar las costas en la medida que estas deben cobijar a todas las demandadas atendiendo el valor del cálculo actuarial. Finalmente, aduce que se debe ordenar el pago de los intereses moratorios, ya que al tenerse en cuenta las semanas, cumpliría con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, al cual no obtendrá hasta tanto no se efectúe el pago del cálculo actuarial.

La **FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS apeló la decisión**, manifestando que no existió omisión en la afiliación ni omisión en el aprovisionamiento, toda vez que la obligación o el riesgo de vejez del actor, fue asumido por la entonces Flota Mercante Grancolombiana en los términos del artículo 260 del CST del régimen de pensión de jubilación y al haberse retirado el demandante antes de cumplir los 10 años y como bien lo señala el escrito de demanda, tuvo 290 días de licencia remunerada, no se cumplieron los presupuestos establecidos para esa época en la legislación correspondiente y por ende, no se configuró derecho alguno a su favor, ni expectativa legítima y en estos términos, cree que la jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Corte Constitucional, fueron pacíficas hasta el año 2011, pues a partir de esa data la decisión de una sala de decisión de tutela de la Corte Constitucional, empezó a crear criterios disímiles al respecto y en la actualidad, existen criterios dispares en la totalidad de las salas de decisión de la Corte Constitucional. Indica que la Corte suprema de Justicia desde el año 2018, ha tenido criterios disímiles al interior de esa Corporación, pues existen salvamentos de voto en los que se hacen fuertes objeciones respecto del aprovisionamiento y el vehículo financiero utilizado y bajo ese entendido, debe tenerse en cuenta que los bonos pensionales se crearon a cargo de entidades que tienen a su cargo el reconocimiento de pensiones e iban a pasar dicha obligación al Instituto de Seguros Sociales y al ser el fondo nacional del café no una persona jurídica sino una cuenta especial de naturaleza parafiscal, sin

ánimo de lucro, entonces mal podría decirse que es una entidad que reconoce pensiones. Aduce que el artículo 33 de la ley 100 de 1993 únicamente aplica para aquellos trabajadores vinculados a la entrada en vigencia de dicha norma y la única forma de sostener que existieron esos aprovisionamientos es liquidar el número de semanas mínimo para obtener el derecho a la pensión con base en un salario mínimo y ordenar el pago de los aportes de forma indexada. Señala que la única obligación de las empresas antes de la Ley 100 de 1993 era el aprovisionamiento y en este caso, como iba a saber la empresa que para el año 2016 la cotización sería del 16% cuando para 1988 era de 6.5%, por lo que resultaría desproporcionado, además de constituir un enriquecimiento sin causa de la administradora, que se realice un cálculo con base en ese porcentaje. Afirma que el salario que tomó el juzgado para 1992 excede los topes, por lo que se debe ajustar en el sentido que se debería pagar únicamente lo que le corresponde al empleador, pues el sistema de seguridad social tiene una participación tripartita, luego no puede asumir el patrono el porcentaje que estaba a cargo del trabajador.

Expone que el trabajador no cumplió con la carga que le establece la legislación de concurrir en el proceso concursal de la extinta compañía Inversiones de la Flota Mercante, aduciendo que se está ante un trabajador que se desvinculó en el año de 1988 y la liquidación de la flota devino casi 12 o 14 años después, es decir, tenía pleno conocimiento de que existía una supuesta acreencia de la compañía a su favor y aun así omitió hacerse presente, desconociendo con ello los principios de concurrencia e igualdad frente a aquellos que si cumplieron con su carga legal, de ahí que la prescripción se deba contar desde el momento en que debió hacerse parte de la liquidación.

Sobre la responsabilidad subsidiaria, refiere que la presunción contenida en el artículo 148 de la ley 222 de 1995, no es respecto de la totalidad de los elementos de la responsabilidad subsidiaria, pues así lo dejó claro la sentencia de constitucionalidad, donde únicamente se presumen 2 de los 4 elementos, quedando así faltantes 2 elementos adicionales, uno, que la situación de insolvencia se haya producido en perjuicio de la controlada y 2, que se haya producido en favor de la controlante, puntos que por

supuesto no se encuentran demostrados en el presente proceso y aun si se considerara que la presencian del 148 si incluye los 4 elementos de la responsabilidad subsidiaria, lo cierto es que con la documental aportada al proceso y con la prueba recaudada en el mismo, se encuentran desvirtuados tales elementos, porque la situación de insolvencia de la extinta compañía de Inversiones de la Flota Mercante se produjo por hechos ajenos o hechos exógenos a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del fondo nacional del café, la cual no era la controlante de la misma y en este caso, el fondo era quien poseía una participación accionaria en una sociedad de capital, no en una sociedad de personas y por lo tanto participaba en la asamblea accionaria de la misma, en los términos establecidos legalmente para ello y todas las decisiones que se tomaron en ella incluidas las que se alegan por la parte actora como supuestas causales de insolvencia de la misma, se tomaron sin observación alguna por parte de los accionistas minoritarios, por lo tanto mal se podría decir, que los accionistas mayoritarios de tomaron decisiones en perjuicio de dicha sociedad y lo cierto es que los hechos como la eliminación de reserva de carga, en virtud de la cual un porcentaje establecido de las importaciones y exportaciones del país, tenía que salir con flotas nacionales siendo la mayor flota la Flota Mercante Grancolombiana y la eliminación al impuesto de renta fue lo que llevo a que la compañía no fuera rentable económicamente.

Menciona que la Federación Nacional de Cafeteros no es una entidad pública como erróneamente se plantea en la sentencia, pues es una persona jurídica de derecho privado, una entidad sin ánimo de lucro, además de administrar el fondo nacional del café; este a su vez, es una cuenta especial de naturaleza parafiscal, de titularidad de Ministerio de Hacienda y crédito público, es decir, de titularidad de la nación y la Federación es quien administra este fondo que no tiene personería jurídica, en virtud de un contrato de administración que se suscribe decenalmente con la nación y en virtud de este se creó otro órgano que es la Comisión Nacional de Cafeteros, que es el órgano rector y que administra el Fondo Nacional del café, además de tomar las decisiones trascendentales del mismo, órgano que no es la misma Federación Nacional de Cafeteros, porque está conformado en un 50% del gremio

cafetero y en un 50% por el Ministerio de Hacienda, con poder de veto del Ministerio de Hacienda y poder de decisión por parte del presidente de la República en caso de empate de las decisiones que tome el mismo; de donde puede concluirse que ninguna de esas entidades reconoce pensiones y en esos términos, mal puede ordenarse el reconocimiento de un bono tipo b, de ahí que el instrumento utilizado por el a quo no haya sido el adecuado.

Finalmente, manifiesta que difiere de la forma en que se calculó el salario, ya que se tomaron documentos genéricos que no permiten llegar a ninguna certeza respecto del salario específico y el realmente devengado, por lo que al no existir claridad en el mismo, la liquidación se debe efectuar con base en el salario mínimo legal mensual vigente.

Por su parte, **FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del patrimonio PANFLOTA, interpuso recurso de apelación**, señalando que existe norma expresa y posición jurisprudencial que ha dispuesto en forma reiterada que el cálculo actuarial está a cargo de la administradora de pensiones, a la cual se encuentra afiliado el trabajador de acuerdo a las previsiones del artículo 33 de la ley 100 de 1993 y en relación a la condena en costas, expone que no fue quien dio lugar a los hechos objeto de debate y por ello, no debe ser condenada en costas.

Finalmente, **ASESORES EN DERECHO SAS mandataria con representación a cargo del patrimonio PANFLOTA apeló la sentencia**, indicando que de acuerdo a las consecuencias con la omisión de afiliación que según el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 del 2003 y el artículo 57 del decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 17 del decreto 3798 del 2003, se entiende que el cálculo actuarial tiene una naturaleza sancionatoria y dadas las particularidades del presente caso, se concluye que atendiendo al periodo de vinculación laboral entre a extinta compañía de inversiones de la Flota Mercante y el demandante, para lo cual se tiene que inicio el 28 de marzo de 1978 y culminó el 28 de abril de 1988, no se cumple con los presupuestos facticos para la procedencia del cálculo actuarial, es decir la omisión de afiliación por parte del empleador, en razón a que la afiliación

forzosa de los trabajadores del mar, fue autorizada por la resolución 3296 de 1990 y efectiva el 15 de agosto de 1990, esto es, con posterioridad a la terminación del vínculo laboral, por lo que el ordenar la elaboración y pago de un cálculo actuarial sería una medida excesiva, en el sentido de que la extinta compañía para dicha época obro en razón a la normatividad vigente para el periodo señalado, de conformidad con las diferentes sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia.

De otro lado y de manera subsidiaria si el tribunal considera confirmar la sentencia proferida por el despacho, solicita se tenga en cuenta que la ley 90 de 1946, solo obligaba al empleador a realizar una reserva o provisión proporcional con el propósito de realizar los aportes al sistema de seguridad social, por ello la interpretación sistemática de la ley 90 de 1946 en relación con el vacío expuesto por la ley 797 de 2003 y la ley 100 de 1993 y respetando el carácter prestacional del sistema general de pensiones, dicha reserva correspondería solo al reclamo de cotizaciones indexadas de las cuales se deben descontar los porcentajes que correspondían cotizar al trabajador cotizar, es decir, el 25% atendiendo los principios rectores del sistema general de pensiones en los cuales se describe el carácter prestacional del sistema general de pensiones, en virtud del principio de solidaridad de las partes, salvaguardando el principio de sostenibilidad financiera y universalidad, puesto que tanto trabajador como empleador deben contribuir en la generación de prestaciones económicas solicitadas,

Finalmente, señala que de conformidad con el artículo 20 de la ley 100 de 1993, se estableció que el empleador tiene a su cargo el pago del 75% y el trabajador el 25% restante de la cotización, pues la afiliación del trabajador implica la obligación de efectuar los aportes por tanto no se puede pretender que la extinta flota mercante sea la responsable del pago completo de las cotizaciones y más gravoso, si lo pretendido se remite a una época en que no existía obligación de realizar tales aportes a favor de los trabajadores del mar.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el demandante tiene derecho al pago de los aportes a pensión en la modalidad de bono pensional tipo b o cálculo actuarial por la no afiliación de la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. a los riesgos de IVM en el periodo comprendido entre el 28 de marzo de 1978 y el 28 de abril de 1988, cuando no existía cobertura del Instituto para los trabajadores del mar y en caso afirmativo, se analizará la responsabilidad de las demandadas en el pago de los precitados aportes, además de lo relativo al salario devengado por el actor en el último año de servicios y la condena en costas.

De otro lado, ha de precisarse que como quiera que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS no propuso la excepción de prescripción y en la medida que dicho medio exceptivo en virtud del artículo 282 del CGP no puede declararse de oficio, la Sala se abstiene de pronunciarse sobre el reparo que al respecto presentó la demandada en la alzada.

Contrato de trabajo y salario

No es tema de controversia la relación laboral que existió entre el demandante y la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. antes FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A., conforme se infiere de la certificación de folio 427, donde se colige que el señor PEDRO ARGEMIRO DÍAZ VARGAS laboró al servicio de la citada compañía del 28 de marzo de 1978 al 28 de abril de 1988 menos 290 días de interrupción (licencia no remunerada), desempeñando el cargo de segundo aceitero.

En cuanto al salario, ha de advertirse que no se allegó al plenario documento alguno del cual se derive el monto del mismo, ni los factores que lo integran, por lo que sería del caso tomar la convención colectiva de trabajo del 21 de mayo de 1985 vista a folios 472 a 487, a fin de establecer como lo hizo el a quo, el salario devengado por el accionante y de ahí, tomar los laudos arbitrales a fin de calcular las demás prestaciones que lo integran como

prima de antigüedad, alimentación y alojamiento, no obstante, revisado el texto convencional se evidencia que el mismo carece de la constancia de depósito, en la medida que solo aparece un sello que indica que es fiel copia tomada de la original, sin que en la aludida copia aparezca la referida constancia.

Requisito éste indispensable para que adquiriera valor probatorio y así, ser aplicable al trabajador, como lo exige el artículo 469 del CST, en concordancia con lo señalado al respecto por la Corte Suprema de Justicia ha indicado la Corte Suprema de Justicia en abundante jurisprudencia, entre otras en la sentencia SL 207 del 22 de enero de 2019, al indicar:

“Lo anterior es así, porque como es bien sabido, la forma de probar la existencia de la convención colectiva de trabajo y su aplicación a un trabajador determinado es demostrando que conste por escrito, para lo cual debe aportarse el texto de la misma y especialmente la constancia de su depósito ante la autoridad competente, solemnidades que exige el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo;...”

Conforme a ello, es claro que no se demostró por parte del accionante como así lo indicó la Federación en la alzada, el salario realmente devengado por este, a quien, en virtud del artículo 167 del CGP, le correspondía probar su dicho, sin que sea dable tomar los laudos arbitrales aportados, pues en estos no se indica el valor del salario del SEGUNDO ACEITERO, en tanto solo hace mención a los reajustes salariales y para ello, es claro que se debe tener certeza del salario sobre el cual se realizarían tales reajustes.

De suerte, que al no encontrarse probado el salario devengado por el accionante en la extinta FLOTA MERCANTE, es por lo que se tendrá como tal el mínimo legal mensual vigente el cual, para la data en que culminó el vínculo (28 de abril de 1988), ascendía a **\$25.637**

Cálculo actuarial

Al respecto, se tiene que con el Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año concretamente en su artículo 1º, se estableció

la obligatoriedad de afiliación al régimen de los seguros sociales obligatorios a los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo y a los que presten sus servicios en empresas del sector oficial siempre que no estuvieran exceptuados por disposición legal. Obligación ésta que no fue inmediata por cuanto se hizo de manera paulatina a medida que el ISS extendiera su cobertura en el territorio nacional.

Ahora en tratándose del personal que labora en las empresas y agencias de transporte marítimo, mediante Resolución 03296 del 2 de agosto de 1990, se fijó el 15 de agosto de 1990 como fecha de inscripción de dichos trabajadores para los riesgos de IVM en el régimen de los seguros sociales obligatorios.

Conforme a ello, en principio podría decirse que los tiempos laborados en tales empresas que sean anteriores al 15 de agosto de 1990 en virtud de la aludida resolución, no son computables para una pensión del sistema general de pensiones por cuanto no se tenía establecida una afiliación forzosa, sin que pudiera predicarse una omisión imputable al empleador, no obstante, el artículo 72 de la ley 90 de 1946 dispuso la obligación de los patronos de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para efectuar los aportes al Instituto en los casos en que éste asumiera dicha obligación.

Lo anterior encuentra sustento en lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 41745 del 16 de julio de 2014 reiterada en proveído del 15 de marzo de 2017 radicado 47532, ésta última en la que indicó:

“Sin embargo, en el 2014, la corporación fijó un criterio mayoritario a partir de las sentencias CSJ SL9856-2014 y SL 17300-2014 y, así, abandonó antiguas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador en cuanto entendía que no incurría en omisión de afiliación de sus trabajadores y pago de cotizaciones para cubrir el riesgo de vejez, en aquellas regiones del país en las que no había cobertura del ISS.”

“Desde entonces, bajo la orientación de los principios constitucionales que propenden por la protección del ser humano que al cabo de años de trabajo se retira del servicio sin la posibilidad de obtener el reconocimiento de la prestación pensional, por causas ajenas a su voluntad y a las del empleador, y en el entendido que el derecho a la seguridad social es fundamental, irrenunciable e inalienable, la Sala por mayoría estimó viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados, por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en algunos lugares de la geografía nacional,

fueran calculados a través de títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador completara la densidad de cotizaciones exigida por la ley.”

“Bajo esos derroteros, en la sentencia CSJ SL 9856-2014, luego reiterada en otras, la Sala definió: (i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones, (ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, (iii) y que la manera de concretar ese gravamen, en casos «(..) en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar (...) que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social».”

De manera tal, si bien la afiliación de los trabajadores de las empresas y agencias de transporte marítimo fue obligatoria desde el 15 de agosto de 1990, contrario a lo señalado por los recurrentes, tales compañías estaban en la obligación de hacer partidas de capital para sufragar los aportes en pensiones de sus trabajadores y con ello, garantizar el derecho a la seguridad social de los mismos como así lo ordenó el artículo 72 de la ley 90 de 1946 en comentario.

En ese orden de ideas se tiene que el demandante laboró al servicio de la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. antes FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. desde el 28 de marzo de 1978 hasta el 28 de abril de 1988, menos 290 días de interrupción; periodo en el cual la empresa no efectuó cotización alguna en pensiones bajo el entendido que no estaba en la obligación de hacerlo, no obstante, de lo dicho en precedencia es claro que debe responder por ese lapso en que la prestación por vejez estuvo a su cargo, de ahí que se deba, transferir al ente de seguridad social en este caso a COLPENSIONES, el valor del cálculo actuarial que este indique por el periodo en comentario, para lo cual tendrá en cuenta como último salario devengado por el actor que, como se dijo, asciende a la suma de la suma de **\$25.637.**

Aportes que, contrario a lo señalado por el a quo, deberán cancelarse bajo la modalidad de cálculo actuarial y no como bono pensional tipo B, pues al tratarse de la falta de afiliación lo procedente es cubrir esos aportes mediante dicha figura, como lo ha dispuesto la Corte Suprema no solo en la

sentencia que se trajo a colación, sino en la extensa jurisprudencia que a la fecha dicha Corporación ha proferido sobre el tema, pues sabido es que hay lugar al bono tipo B cuando se trasladan servidores públicos al régimen de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES y correspondes a los aportes efectuados a otras cajas o fondos diferentes al RPM de servidores públicos por tiempos laborados en entidades públicas que no le aportaron a dicho régimen; situación que no es la del demandante quien no era servidor público, además de no haber prestado sus servicios a una entidad pública, pues la FLOTA MERCANTE no ostentaba esa calidad.

De otro lado, en lo que se refiere al descuento del porcentaje que le correspondía sufragar al demandante por concepto de aportes a pensión, ha de advertirse que el mismo no procede y por ende, corresponde a las accionadas en la forma como se indicará más adelante, sufragar la totalidad del aporte, como así lo señaló la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2791 del 28 de julio de 2020, en la que expresó:

“Lo anterior se traduce en que es el empleador quien debe asumir íntegramente el valor del cálculo actuarial, por cuanto en el periodo en que no medió afiliación, independiente de la razón para ello, era el único responsable del riesgo pensional, en tanto que, en tal interregno la obligación estuvo a su cargo. De ahí que, no le asista razón a la censura de pretender que el valor del cálculo actuarial sea distribuido entre él y el extrabajador en la misma proporción prevista legalmente para los aportes pensionales (sentencias CSJ SL3807-2019 y CSJ SL1179-2020).

Aunado a lo anterior, recuérdese que la obligación de cubrir los tiempos servidos por el actor cuando no hubo cobertura del Instituto de Seguros Sociales, a través de cálculo actuarial, se derivada del artículo 76 de la Ley 90 de 1946 y de las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como se explicó ampliamente en el ataque anterior, disposiciones estas que no previeron que el trabajador deba concurrir en su pago.

(...)

En los términos del citado precepto legal, corresponde al «empleador o la caja» el traslado del cálculo actuarial, sin que en parte alguna haga alusión a obligación de ese pago también en cabeza del trabajador, cuyos riesgos, se itera, antes de la cobertura del ISS, estaban a cargo exclusivo del primero.

De ahí, que el Juez de alzada no haya incurrido en aplicación indebida del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

Además, sería desproporcionado pensar en que el trabajador deba concurrir con el pago del cálculo actuarial, en razón a que éste como parte débil de la relación laboral, tendría al final que asumir por su cuenta parte del derecho y todas las gestiones administrativas para satisfacerlo, lo cual podría afectar la materialización del derecho pensional. En consecuencia, por todo lo expuesto,

el Tribunal no cometió el error jurídico que se le endilga, por ende, el cargo no prospera”.

Ahora, en cuanto a la manifestación hecha por la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS respecto a que el cálculo por la no afiliación cuando el ISS no tenía cobertura, solo procede para las personas que, con ello, alcanzaran la densidad de semanas o capital para acceder a la pensión, ha de advertirse que la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1505 de 2020, en la que trae a colación la SL 5109 de 2019, sobre ese aspecto, puntualizo:

*“En efecto, la obligación de responder por el valor del cálculo actuarial «[.../ busca garantizar el derecho fundamental a la seguridad social de los trabajadores que no pueden verse perjudicados por la falta de cobertura del ISS, especialmente, tratándose de periodos realmente laborados y que, como tales, deben tenerse en cuenta para efectos pensionales»; de otro lado se propende por «[.../ **la financiación de la pensión por el tiempo efectivamente laborado por el trabajador, incluso si con ello, el empleado no alcanza a completar la densidad de cotizaciones exigida para la prestación, toda vez que aquel puede cotizar hasta obtenerla**».” (Resaltado de la Sala).*

De donde se colige, que el hecho que dado el caso el actor no acredite con los periodos que se pretende convalidar mediante el cálculo actuarial el derecho a la pensión, no le impide al trabajador exigir los mismos a su empleador, pues se trata del derecho a la seguridad social y del producto de su trabajo y por ende no pueden desconocerse, así el empleado opte en caso de no tener derecho a la pensión, por la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pues este también es un derecho que hace parte del sistema de seguridad social en pensiones y que también puede verse truncado ante la falta de dichas cotizaciones.

Así mismo en lo relativo a que, para la procedencia del cálculo actuarial, la relación laboral debía estar vigente a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, dicha Corporación en sentencia SL 3148 de 2020, luego de hacer un recuento de línea jurisprudencial decantada en torno al tema del cálculo actuarial, preciso:

“Resulta evidente entonces, que dicho criterio se ha ampliado, incluso, hasta reconocer al trabajador el derecho de recuperar esos tiempos no cotizados, sin importar la razón que tuvo el empleador para dejarlo de afiliar, solución que a la fecha permanece, en los eventos en que la falta de afiliación se deba

*a la ausencia de cobertura del sistema de seguridad social, por la creencia del empleador, de no encontrarse regido por una relación laboral, incluso, **independientemente de si el contrato de trabajo se encontraba vigente cuando entró a regir la Ley 100 de 1993.***” (Resaltado de la sala)

Responsabilidad en el pago del cálculo actuarial y entidad encargada de elaborar el mismo

Al respecto, en lo atinente a ASESORES EN DERECHO SAS mandataria en representación con cargo al patrimonio autónomo PLANFOTA, en virtud del contrato de mandato suscrito con FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del referido patrimonio, le corresponde atender las solicitudes y trámites pensionales de los ex trabajadores de la FLOTA MERCANTE, por lo que con base en ello y en lo dispuesto por la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES en auto del 7 de mayo de 2013, debe expedir el respectivo acto administrativo ordenando a FIDUPREVISORA S.A., que con los recursos de PANFLOTA pague el cálculo actuarial en comento.

Ahora, en cuanto a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, se tiene que en auto del 28 de agosto de 2012 la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES declaró terminado el proceso liquidatorio de los bienes que conformaban el patrimonio de la FLOTA MERCANTE y declaró extinguida la personaría jurídica de esta.

Así mismo, en proveído 22 de noviembre de 2012, dicha Superintendencia al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la providencia antes citada, además de confirmar la extinción de la personería jurídica de la Compañía, respecto a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ en el artículo quinto, indicó:

“ARTICULO QUINTO: MODIFICAR el artículo vigésimo tercero del Auto 400 – 010928 del 28 de agosto de 2012, el cual quedará así: **ARTÍCULO VIGÉSIMO TERCERO. – ADVERTIR** a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, que estará a su cargo el reconocimiento de la calidad de pensionados, así como también de las sustituciones pensionales. (...)”

Decisión que guarda sustento con lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia SU 1023 de 2001 en la que señaló:

“En consecuencia, existe subordinación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, en liquidación obligatoria, frente a la Federación Nacional de Cafeteros, la cual se traduce, en las condiciones que señalan el artículo 27 y el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, en la presunción de responsabilidad subsidiaria de la Federación por las obligaciones de la CIFM. Se reitera, en los términos de la sentencia C-510 de 1997, (...) que “no se trata de una responsabilidad principal sino subsidiaria, esto es, la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada, lo que, unido a la hipótesis legal de que las actuaciones provenientes de aquélla tienen lugar en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de otras subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores, impidiendo que éstos resulten defraudados”.

De suerte que, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ al ser la matriz o controlante de la FLOTA MERCANTE, se presume la responsabilidad subsidiaria en los términos del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, de ahí que se le ordene poner a disposición del PAR los recursos para que cumpla con las obligaciones pensionales a su cargo siempre que éste no tenga la liquidez.

Situación que ya sido objeto de pronunciamiento por la Corte Suprema de Justicia entre otras, en sentencia SL 2958 de 2019, luego si bien la Federación aduce que no es responsable de la liquidación de la Flota Mercante, lo cierto es que su responsabilidad subsidiaria en materia pensional, ya fue definida por las altas Cortes en abundante jurisprudencia como en la sentencia antes citada, en las que se indica que dicho ente si es responsable subsidiario de tales obligaciones.

Ahora, en lo atinente a quien debe elaborar el cálculo actuarial, es claro como lo señaló el demandante y FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, que ello le corresponde a COLPENSIONES, como quiera que es quien va a recibir esos dineros y materializarlos en la historia laboral del actor, de ahí que sea ella

la única que tenga certeza de lo que realmente se debe cancelar por dicho concepto.

Conforme a ello, corresponde a FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, pagar con los recursos de dicho patrimonio, el cálculo actuarial y en caso de que no los posea, deberá la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ girarle los dineros pertinentes a fin de sufragar la obligación en comento.

En cuanto a la manifestación efectuada por la Federación respecto a que el demandante debió acudir al proceso liquidatorio en igualdad de condiciones que los demás acreedores, es del caso advertir que para la fecha en que se presentó la demanda, ya había culminado el proceso de liquidación de la sociedad, de ahí que por obvias razones el actor no haya acudido al mismo, máxime si la accionada siempre ha negado el pago de los aportes los cuales, se están reconociendo en virtud de este proceso, luego tampoco tenía un crédito a su favor como para inferir que debía hacerse parte de la liquidación.

En lo que se refiere al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, no se impondrá condena alguna en la medida que no fue un hecho discutido en el proceso, que el fondo nacional del café, cuenta de propiedad de esta, se vaya a acabar como lo manifiesta el demandante quien para ello, parte de una suposición, sin que haya aportado alguna prueba que sustente su dicho

Sobre la condena en costas impuesta a FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, debe tenerse en cuenta que al ser vencida en el proceso, pues se le impondrá la orden de pagar el cálculo actuarial, deben ser condenada en costas, como lo dispone el numeral 1° del artículo 365 del CGP.

Finalmente, respecto de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no se impondrá condena alguna sobre este concepto, toda vez que no debe olvidarse que tal emolumento esta

instituido únicamente encaso de mora en el pago de mesadas pensionales; sin que en el presente asunto se hay impuesto algún tipo de condena por concepto de mesadas pensionales tan así, que no fue objeto de debate en tanto no se pidió en la demanda, el posible derecho que el accionante pueda tener a una pensión de vejez, en tanto tal aspecto será algo de la administradora de pensiones resuelva cuando el demandante eleve la solicitud ante dicha entidad.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **REVOCARÁN LOS ORDINALES TERCERO A QUINTO** de la sentencia de primer grado, y en su lugar, se establecerá quienes y como, se cancelará el cálculo actuarial objeto de condena.

COSTAS

En esta instancia estarán a cargo de ASESORES EN DERECHO SAS mandataria en representación con cargo al patrimonio autónomo PLANFOTA. No se imponen costas a la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA ni al demandante, en la medida que sus apelaciones prosperaron de manera parcial.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCA EL ORDINAL TERCERO de la sentencia apelada y en su lugar, **ORDENAR** a COLPENSIONES elabore el cálculo actuarial por concepto de aportes a pensión del demandante durante el periodo en el que laboró para la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. antes FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A, que data del 28 de marzo de 1978 y el 28 de abril de 1988 menos 290 días de interrupción, para lo cual tendrá en cuenta como último salario devengado

la suma de **\$25.637**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

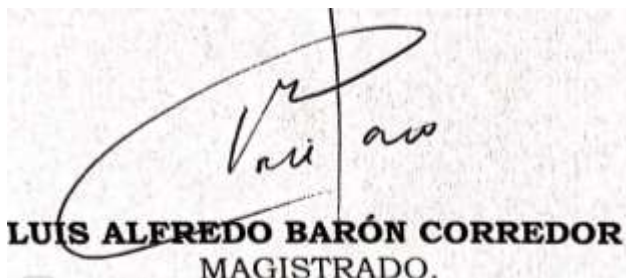
SEGUNDO: REVOCAR EL ORDINAL CUARTO y en su lugar, **ORDENAR** a ASESORES EN DERECHO SAS mandataria en representación con cargo al patrimonio autónomo PANFLOTA, expida el respectivo acto administrativo ordenando a FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA el pago del cálculo actuarial mediante título pensional que para el efecto elabore COLPENSIONES, en la forma como se indicó en el ordinal anterior.

TERCERO: REVOCAR EL ORDINAL QUINTO y en su lugar, **CONDENAR** a FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA a pagar con los recursos del mismo, el cálculo objeto de condena y en caso de no contar con ello, **ORDENAR** a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ gire con destino al PAR, los recursos para que éste cumpla con las obligaciones a su cargo; según lo expuesto en este proveído.

CUARTO. CONFIRMAR en lo demás la providencia impugnada.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de ASESORES EN DERECHO SAS mandataria en representación con cargo al patrimonio autónomo PLANFOTA. Sin costas para la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA y el demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

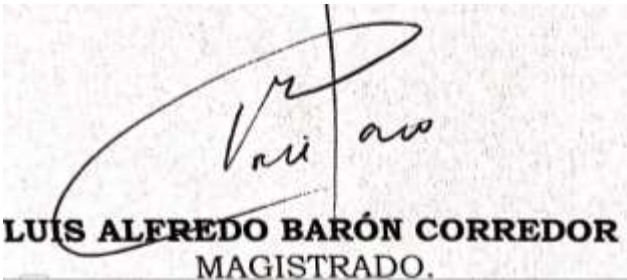
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de ASESORES EN DERECHO SAS mandataria en representación con cargo al patrimonio autónomo PLANFOTA, la suma de \$900.000.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – FABIO FLORENTINO ORTEGÓN CAMACHO contra EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ – ESP

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **FABIO FLORENTINO ORTEGÓN CAMACHO**, se **condene** a la demandada al reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión sanción, incluyendo en nómina de pensionado la diferencia pensional causada a partir del 5 de junio de 1999, junto con las mesadas adicionales, reajustes anuales, indexación de las sumas adeudadas, intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 227 y 228).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 228 a 232), señaló que nació el 5 de junio de 1949 y laboró en varias entidades del sector público siendo la última de ellas la accionada, donde prestó sus servicios del del 1° de abril de 1977 hasta el 3 de marzo de 1991, para un total de servicio prestado al estado de más de 15 años. Refiere que presentó demanda en contra de la EEAAB con el fin de obtener el pago de la

pensión sanción, a lo que el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá negó las pretensiones y el Tribunal Superior de Bogotá mediante sentencia del 30 de noviembre de 1994, revocó la decisión y concedió la prestación, salvo la indexación del monto de la indemnización por despido sin justa causa. Sostiene que mediante Resolución 0656 del 6 de junio de 1999, la demandada le reconoció la pensión sanción y el 13 de septiembre de 2002 presentó demanda ordinaria laboral al cual correspondió por reparto al Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, quien mediante fallo del 2 de abril de 2004 accedió a la indexación de la primera mesada pensional, salvo lo relacionado con los intereses moratorios. Menciona que en sentencia del 31 de agosto de 2005 el Tribunal revocó la sentencia apelada, por lo que presentó recurso extraordinario de casación el cual se decidió el 14 de agosto de 2007 en el sentido de no casar dicho proveído. Afirma que interpuso acción de tutela y la Corte Constitucional en providencia T - 109 de 2009 amparó los derechos fundamentales invocados y ordenó se proferiera una nueva decisión en la que en la que se determinara el monto indexado de la primera mesada pensional, de ahí que en sentencia del 23 de octubre de 2009, el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá indexó la primera mesada pensional. Finalmente, indica que mediante Resolución 0037 del 16 de enero de 2012, la accionada dio cumplimiento a lo ordenado en el precitado fallo y el 8 de junio de 2012 solicitó la reliquidación de la pensión con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio en virtud de lo expuesto en el artículo 60 de la convención colectiva de trabajo, lo cual le fue negado por la empresa, quedando así agotada la vía gubernativa.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ – ESP contestó el libelo (fls. 255 a 263), en la que se opuso a las pretensiones de este. En cuanto a los hechos, no le constan los contenidos en los numerales 2, 3 y 6 y acepta los demás. Formuló las excepciones de fondo de buena fe, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción, compensación y cosa juzgada legal.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 19 de octubre de 2018 (CD – fl. 392), **declaró** probada la excepción de cosa juzgada, **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas al demandante.

Fundamentó su decisión, indicando que para que exista cosa juzgada deben configurarse ciertos requisitos, tales como la identidad de objeto y causa y que las partes sean las mismas. Refiere que en tratándose de la identidad de partes esta se encuentra acreditada y sobre la identidad de objeto, el presente asunto se circunscribe en determinar si el demandante tiene derecho a que se le reliquide la primera mesada de la pensión sanción, por lo que analizada la documental que obra en el expediente concretamente la copia de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, se advierte que dicha corporación en ese momento no se limitó solo al estudio de la pensión sanción sino que allí también se pronunció sobre la cuantía de la primera mesada, estableciendo su valor, siendo evidente que existe una decisión en firme que decidió sobre la cuantía pensional y que tuvo sustento en el artículo 59 de la convención colectiva de trabajo, incluyendo además lo relativo a la indexación de la primera mesada pensional. Sostiene que al existir un pronunciamiento sobre el valor de la mesada pensional, es claro que se dan los presupuestos para que exista cosa juzgada, por tratarse de una materia ya definida por una autoridad judicial en su oportunidad y que se encuentra debidamente ejecutoriada, motivo por el cual considera se debe declarar probado dicho medio exceptivo y por ende, absolver a la demandada de las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que en la sentencia C – 820 de 2011, la Corte Constitucional manifestó frente a la excepción de cosa juzgada en el proceso laboral y en ella se cita la T – 107 de 2009, esta última que reposa en el expediente y en el que él actúa como parte y en la que se declaró no probada la excepción de cosa juzgada declarada oficiosamente por el Tribunal y no casada por la Corte Suprema

de Justicia en lo atinente a la indexación de la primera mesada pensional, donde señaló que no se encuentra acreditada la identidad de causa y objeto, en tanto no solicitó en dos ocasiones la indexación incluso reprocho que se tomara como tal la pretensión de indexación de acreencias laborales. Aduce que en el presente caso se incurre en el mismo yerro de aquel entonces, pues en las pruebas obrantes en el proceso se detalla cronológicamente lo sucedido con su pensión sanción, es decir que desde el primer fallo, fue la Corte quien decidió imponer un monto como mesada pensional el cual en su momento no fue reconocido en virtud de la convención como debía hacerse en la medida que la prestación se otorgó en virtud de la convención, mientras que el segundo proceso data de la reliquidación pero por la indexación de la primera mesada pensional y en presente asunto, es diferente en la medida que en ninguno de esos procesos se ha pedido la reliquidación con el promedio de lo percibido conforme a la convención colectiva, al cual establece a que tiene derecho a que la pensión sea reliquidada con el 75% de lo devengado en el último año y está demostrado que el monto reconocido inicialmente ni siquiera se acerca al monto sobre el cual debió ser liquidado, por lo tanto, está en todo su derecho de solicitar la reliquidación de la pensión. Expone que las pretensiones en cada uno de los tres procesos son completamente diferentes y por ello, no puede evidenciarse la excepción de cosa juzgada.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si se encuentra probada la excepción de cosa juzgada propuesta por la demandada y que fue declarada probada por el a quo y en caso negativo, establecer si el actor tiene derecho a la reliquidación de la pensión sanción en los términos del artículo 60 de la convención colectiva de trabajo.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del demandante, lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y que es corroborado con la documental de folios 273 a 285, de donde se

colige, que mediante Resolución 0656 del 6 de julio de 1999, le fue otorgada al señor FABIO FLORENTINO ORTEGÓN CAMACHO la pensión sanción en los términos del artículo 59 de la convención colectiva de trabajo en acatamiento al fallo proferido por este Tribunal el 30 de noviembre de 1994, en cuantía de \$325.780 a partir del 5 de junio de 1999.

Prestación que en cumplimiento al fallo proferido 23 de octubre de 2009 por el Juzgado 19 laboral del Circuito de Bogotá, adicionada por el Tribunal en proveído del 23 de junio de 2011, fue reliquidada a través de la Resolución 0037 del 16 de enero de 2012 en cuantía de \$1.551.022 a partir del 6 de julio de 1999.

Cosa juzgada

Previo a establecer sobre la viabilidad de la reliquidación de la pensión, se hace necesario estudiar la excepción de cosa juzgada propuesta por la demandada y que fue declarada probada por el a quo.

Al respecto, se tiene que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 303 del CGP aplicable en materia laboral por remisión analógica del artículo 145 del C.P.L, para que exista cosa juzgada deben cumplirse ciertos aspectos como lo son: identidad jurídica de partes, que se funde en la misma causa y que verse sobre el mismo objeto. Requisitos estos que se definen así:

- **Identidad de objeto**, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado respecto de una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente si se presenta identidad de aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.

- **Identidad de causa petendi**, esto es, que la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada se sustenten en los mismos hechos salvo que

se presenten nuevos hechos, pues en ese evento el juez deberá fallar sobre la nueva causa.

- **Identidad de partes**, significa que al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada.

Revisada la documental aportada al expediente, se observa que mediante sentencia proferida dentro del proceso por el aquí demandante en contra de la accionada, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de septiembre de 2003 (fls. 112 a 116), negó las pretensiones incoadas por el señor Ortegón Camacho tendientes a obtener la indemnización por despido convencional, pensión sanción, indemnización moratoria e indexación.

Proveído que fue revocado por este Tribunal en sentencia del 30 de noviembre de 1994 (fls. 117 a 126), en el que condenó a la EAAB entre otros aspectos, a pagar al actor la pensión sanción en cuantía mensual de \$325.780, junto con los incrementos legales, una vez acredite los 50 años de edad.

Contra la anterior decisión, el accionante interpuso recurso de casación, manifestando en lo pertinente a la demostración del cuarto cargo, lo siguiente:

“1.- No dio por demostrado estándolo que la cuantía mensual de la pensión sanción en forma vitalicia debió ser por la suma de \$617.041,94, a consecuencia de la liquidación u operaciones aritméticas provenientes de liquidar el promedio mensual devengado por el demandante y efectuar en un 75% así:

\$82.722,59 x 75% ... \$617.041,94”

(..)

"4. El yerro evidente del ad quem es de bulto y manifiesto, pues surgió a consecuencia de no haber valorado la cláusula 59 de la Convención Colectiva de Trabajo visible a folios 505 y de la Inspección Judicial visible a folio 376 numeral 9o, del temario del actor y que se evacuó a folio 395 habiéndose incorporado previo cotejo con su original los pagos efectuados a la terminación del contrato y que aparecen en los documentos visibles a folio 382 demostrativo de que el sueldo promedio--mensual era de \$822. 722.59, aspecto este, que el

sentenciador de segundo grado desatendió pues fulminó a la demandada a pagar por Pensión Sanción la suma de \$325.780.00 quedando evidente el yerro acusado pues la cuantía de la Pensión Sanción era equivalente al 75% mensual de todo lo devengado por el trabajador en el último año de servicios pues de haber apreciado la cláusula convencional y la documental aportada a la Inspección Judicial tendría que haber llegado a la conclusión indubitable de que la condena que debió imponerse era por \$617.041.94 y no la que condenó a pagar el ad quem máxime cuando la demandada a folio 376 y 377 fijó en el temario el punto tercero que se evacuó a folio 395 con el punto 9o, de la parte actora luego es punto de temario común a las partes y el yerro acusado surge precisamente por no haberse apreciado esta prueba y pretendo se case la sentencia modificando a sí la condena que impuso el Ad quem equivocadamente a \$325.780.00 para aumentarla a \$617.014.94.”

A lo que la Corte, al resolver dicho cargo, señaló:

“Dos errores de hecho le atribuye a la sentencia; no dar por demostrado que la cuantía de la pensión sanción debió ascender a la suma de \$617.041,94 mensuales y no dar por demostrado que la edad del demandado para adquirir el derecho a la pensión era de 45 y no de 50 años.

Se duele el recurrente de que el Tribunal no tuvo en cuenta para calcular el tiempo laborado por el accionante en los organismos públicos descentralizados y centralizados de la nación departamentos intendencias, municipios y distrito especial de Bogotá, los periodos en que estuvo vinculado con el Dane y el Ministerio de Agricultura. El error lo pretende derivar de los documentos que obran a folios 334 a 335 y 338 a 340.

Consisten dichos documentos en la solicitud de empleo elevada por el actor a la empresa de acueducto y alcantarillado de Bogotá y a la hoja de vida que obra en el archivo de esa misma entidad. Examinados estos documentos por la sala se tiene que no existe corroboración oficial que certifique la veracidad de los datos contenidos en estos documentos que aparecen suscritos firmados el primero por el accionante como solicitante del empleo en su primera parte que es la que contiene los datos de sus empleos precedentes y por el gerente y el jefe de relaciones industriales en el espacio correspondiente a la calificación del postulante. El segundo documento no tiene firma que clarifique su origen, se sabe tan sólo. que aparecía en el archivo de la empresa por lo que careciendo el documento de capacidad certificadora de su contenido, en criterio de esta sala, no posee valor probatorio para demostrar la vinculación del actor con el Dane ni con el Ministerio de Agricultura.

Es axioma de derecho que nadie puede fabricar la prueba para su propio beneficio. A pesar de que la solicitud de empleo se obtuvo a través de inspección judicial practicada con ocasión del presente proceso, tal diligencia no le quita al documento que se pretende

hacer valer como prueba de la vinculación del actor al Dane y al Ministerio de Agricultura, la calidad de privado y producido por el mismo actor, allegado sí, al archivo de la demandada, pero sin respaldo documental proveniente de las entidades en que el extrabajador supuestamente laboró.

Sin el sustento probatorio pertinente, el Tribunal no podía computar para efectos del cálculo de la pensión sanción originada en el artículo 59 de la convención colectiva los tiempos supuestamente laborados en el Dane y el Ministerio de Agricultura, deducidos por la censura de los precarios documentos acusados como erróneamente apreciados. La convención colectiva entonces, no puede tildarse de mal apreciada como quiera que los supuestos de hecho que la podían hacer operante en el efecto buscado por la censura, no fueron demostrados.”¹

De lo anterior se colige, que sí se dan los presupuestos para que exista cosa juzgada, toda vez que las partes son las mismas y si bien en el proceso primigenio no se solicitó de manera puntual que la pensión sanción deprecada se liquidara con el 75% de lo devengado por el trabajador en el último año de servicios, lo cierto es que en el recurso de casación, uno de los cargos, concretamente el cuarto, iba encaminado a que la prestación reconocida por el Tribunal, fuera casada en ese aspecto, lo cual fue negado por la Corte, dadas las consideraciones antes expuestas; luego es claro que sí existió un pronunciamiento concreto de una autoridad judicial en lo relacionado con la liquidación de la pensión en la forma que aquí se solicita.

Ahora, si bien la forma en que se redactó el cargo en casación difiere de la manera en que en este proceso se plantea la pretensión, lo cierto es que en esencia, ambos persiguen que la pensión sanción sea liquidada con el 75% de lo devengado en el último año, como lo establece la convención colectiva de trabajo sobre la cual se otorgó la pensión.

Finalmente, debe precisarse que el hecho que la Corte haya negado el cargo, en atención a una deficiencia probatoria del recurrente relacionada con los documentos que aduce no fueron apreciados y que condujeron a que el Tribunal no liquidara en debida forma la prestación, no implica la carencia de un pronunciamiento sobre ese aspecto, pues independientemente de las razones que dicha corporación

¹ (fls. 127 a 165), sentencia del 15 de febrero de 1996, radicado 7688

haya tenido para no acceder a lo pretendido, no habilita a la parte a demandar nuevamente por lo mismo, en tanto lo dicho por aquel órgano de cierre, constituye como se dijo, una resolución de fondo sobre el cargo planteado, que se circunscribe a lo qui planteado.

De suerte, que al existir identidad de objeto, causa y partes entre la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 15 de febrero de 1996 dentro del radicado 7688 y lo pretendido en este proceso, no cabe duda de que se encuentra probado el medio exceptivo de la cosa juzgada.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primer grado.

COSTAS

En esta instancia a cargo del demandante.

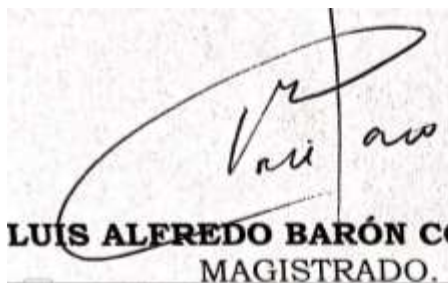
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

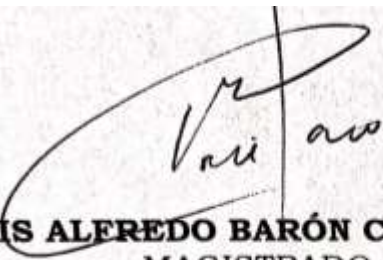


DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandante, la suma de \$300.000 pesos.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ GREGORIO RAMÍREZ ARCE
contra INSCAP SAS**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **JOSÉ GREGORIO RAMÍREZ ARCE**, se **declare** que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 2 de febrero de 2009 y el 3 de febrero de 2015. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a la accionada al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y prima de servicios, además de la indemnización por despido sin justa causa, sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado ultra y extra petita, aportes a seguridad social integral y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 2 a 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 5 y 6), señaló que fue vinculado a la demandada mediante contrato de trabajo verbal a término indefinido el 2 de febrero de 2009 con un salario mínimo legal mensual

vigente, para desempeñarse como docente de matemáticas. Expone que cumplía un horario de lunes a viernes de 8 a 11 am y de 6:30 a 9:30 pm, sábados de 7:30 am a 2 pm y domingos de 8 am a 2 pm y el último salario devengado fue de \$900.000. Sostiene que el 3 de febrero de 2015, la rectora de la institución le comunicó de forma verbal que todos los docentes saldrían del establecimiento porque había cambio total de personal. Finalmente, indica que nunca le cancelaron prestaciones sociales, pues siempre le dijeron que tenían un contrato de prestación de servicios, como tampoco se le afilió al sistema de seguridad social integral.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

Mediante auto del 30 de mayo de 2017 (fl. 47), se tuvo por no contestada la demanda a **INSCAP SAS**.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 21 de enero de 2019 (CD – fl. 83), **declaró** que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 2 de febrero de 2009 y el 14 de diciembre de 2014, el cual culminó sin justa causa por la demandada por lo que le ordenó el pago de \$2.203.911 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, **condenó** a la accionada a pagar al actor las siguientes sumas y conceptos: \$2.784.772,50 de cesantías, \$265.704,17 de intereses a las cesantías, \$2.784.772,50 de prima de servicios, \$2.784.772,50 de vacaciones, estas sumas que se pagaran indexadas y \$32.613.833 de sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, además de pago de los aportes a pensión por el periodo comprendido entre el 2 de febrero de 2009 y el 14 de diciembre de 2014, los cuales deberá cancelar en el fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el accionante, teniendo como IBC un salario mínimo legal mensual vigente, **absolvió** a la demandada de las demás pretensiones de la demanda y la **condenó** en costas, fijando como agencias en derecho 7 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Fundamentó su decisión, indicando que de las certificaciones allegadas, se encuentra probada la prestación personal del servicio del demandante para con la demandada desde febrero de 2009, al igual que se advierte que hay un certificado de existencia y representación legal de la demandada donde consta que esta absorbió mediante fusión al INSTITUTO MERCANTIL DE CAPACITACION el 30 de diciembre de 2014, lo que indica que la prestación del servicio se dio a la aquí accionada, sumado a lo expuesto por los testigos quienes dan fe de la aludida prestación personal del servicio; luego corresponde a la demandada en virtud del artículo 24 del CST, desvirtuar el elemento de subordinación. Alude que el testigo Milton Vásquez también docente de la demandada, señaló entre otros aspectos, que debían cumplir horario, no podían terminar clases y retirarse en tanto debían permanecer en el instituto durante toda la jornada y que el coordinador les enviaba las fechas en que debían entregar notas, les decía los puestos de vigilancia en el descanso y que tenían que estar pendientes del pago de las pensiones para la presentación de exámenes, al igual que el testigo Alexis Rodríguez señaló que el accionante le dictó clases en las noches de 6 a 9:30 pm, los acompañaba a salidas pedagógicas, los vigilaba en el descanso, asistía a la entrega de boletines y dictaba clases también en la mañana y fines de semana. De donde se colige que la relación del accionante con la demandada no fue autónoma no independiente, sin que se evidencien elementos de juicio por parte de la demandada de los cuales se pueda desvirtuar tal presunción. Concluye que la prestación del servicio fue continua, sin que haya laborado para dos entidades al mismo tiempo, pues lo que hubo fue un cambio de planta física mientras las instituciones perfeccionaban la fusión, de ahí que haya lugar a declarar el contrato de trabajo desde el 2 de febrero de 2009 hasta el 14 de diciembre de 2014. Aduce que en este caso no es posible aplicar la hora catedra, en tanto esta modalidad esta dada únicamente para instituciones de educación superior. Sobre el salario este lo será el salario mínimo legal mensual vigente, pues no se demostró que devengara uno superior. Menciona que como se probó el pago de prestaciones sociales se ordena su pago. En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa, señala que según lo dicho por el testigo Milton Vásquez, la razón de la desvinculación del demandante devino por el ingreso de personal nuevo proveniente de la sede de Suba y los cambios administrativos que se venían dando en la institución, por lo que

basta esa declaración para tener por probado el despido el cual, al no estar catalogado como justa causa, deviene a su favor el pago de la indemnización por despido sin justa causa. Indica que también hay lugar al pago de los aportes a pensión, en la medida que no se probó que la accionada los haya sufragado, además de hacer parte del derecho a la seguridad social, sumado a que no se aportó documento alguno del cual se evidencie que el actor los hubiere sufragado. En cuanto a la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, sostiene que en este evento es claro que la demanda desde el inicio de la relación laboral, debió afiliarse al demandante al sistema de seguridad social y cancelarle sus prestaciones sociales, sin que existan elementos de buena fe que permitan liberar a la accionada del pago de la sanción, pues los contratos de hora catedra aportados, no fueron suficientes para desvirtuar la realidad de los hechos, motivo por el cual consideran debe condenarse al pago de la aludida sanción. Finalmente, sostiene que el monto por concepto de prestaciones e indemnizaciones debe indexarse al momento de su pago, en la medida que el demandante no solicitó la indemnización de que trata el artículo 65 del CST.

APELACIÓN

INSCAP SAS interpuso recurso de apelación, manifestando que el juzgador de primera instancia viola el principio de congruencia de la sentencia, pues apreció de manera indebida las certificaciones y contratos de prestación de servicios aportados, los interrogatorios de parte y testimonios recaudados, ya que dio por probado sin estarlo, que el demandante prestó sus servicios desde el 2 de febrero de 2009 hasta el 14 de diciembre de 2014, cuando los servicios se prestaron hasta 2012. Indica que el testigo Fabricio fue claro al establecer que no existía una continuidad, toda vez que el instituto educativo INSCAP y el INSTITUTO MERCANTIL son dos entidades diferentes constituidas en diferente tiempo, con personas naturales diferentes e independencia económica y educativa, pues confunde la prestación del servicio al argumentar que son la misma entidad, pues de los certificados de existencia y representación legal se evidencia lo contrario. Señala que el demandante en su declaración de parte confesó que dictaba horas catedra y que también lo hacía en otros colegios donde se le exigía que para presentar la cuenta de cobro tenía que estar afiliado, como también se le puso de presente el contrato

de prestación de servicios aceptando que lo había firmado con el INSTITUTO MERCANTIL DE CAPACITACIÓN, el cual es diferente al INSCAP. Aduce que no se analizaron las cuentas de cobro donde se puede evidenciar que la prestación del servicio no fue continua, pues el testigo Milton señaló que en junio, diciembre y enero no se laboraba, sin embargo, en el fallo se da la continuidad de unos extremos laborales que no son ciertos, sumado a que también el citado testigo indicó que estaba afiliado a la seguridad social por intermedio de colegio de Bosa. Expone que el INSTITUTO MERCANTIL funcionaba en sitio diferente a la ciudad de Kennedy, a más que de los contratos de prestación de servicios se desprende que la prestación del servicio lo fue con el referido instituto, luego es claro que el juez confundió a las dos sociedades, de ahí que no se pueda declarar el vínculo con dos patronos diferentes. Indica que también se pasó por alto que ambas instituciones están regidas por el Decreto 3011 de 1997 que trata sobre la educación formal de adultos y que según el Ministerio de Educación, en los meses de diciembre, enero y los primeros días de febrero no funcionan, por lo tanto no se puede decir que hay una continuidad desde 2009 hasta 2014, al igual que en los meses de junio y julio tampoco se labora, de ahí que no era dable imponer condena por prestaciones sociales e indemnizaciones por ese lapso, cuando de ser el caso, existirían diferentes contratos de trabajo con dos empresas distintas; luego no existía obligación de consignar en los fondos de cesantías, a más que se trata de educación semestralizada. Sobre la indemnización por despido, aduce que no hay prueba del despido, pues no puede el juez basarse en una simple manifestación del testigo que dijo que lo echaron, cuando no dice que lo fue sin justa causa. Menciona que el INSCAP funcionó en Kennedy hasta 2011 y después el actor prestó sus servicios en el INSTITUTO MERCANTIL en diferente lugar, siendo una sociedad diferente, pues el testigo Milton dijo que después se fueron al INSTITUTO MERCANTIL y que este era el que les pagaba. Finalmente, refiere que de la confesión del demandante se desprende que laboraba para otra institución que es el mencionado instituto durante un periodo diferente, por ende, no hay prestación del servicio continua y para una sola institución.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si entre el demandante e INSCAP SAS existió un contrato de trabajo a término indefinido o por periodo académico como docente de matemáticas desde el 2 de febrero de 2009 hasta el 14 de diciembre de 2014 y en caso afirmativo, determinar si hay lugar al pago de las prestaciones sociales, aportes a pensión, indemnización por despido sin justa causa y sanción por no consignación de las cesantías a un fondo.

Contrato de trabajo

Al respecto, se tiene que según el artículo 24 del CST, *“Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*, de donde se colige que basta con que el trabajador demuestre la prestación personal del servicio a favor del empleador, para que se predique la existencia del elemento de subordinación y por ende, del contrato de trabajo, quedando la carga de la prueba en el patrono, quien deberá desvirtuar tal presunción, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia entre otras en las sentencias con radicado 44321 del 29 de octubre de 2014, donde puntualizó:

“Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.”

Al verificar si se acredita la prestación personal del servicio del demandante para con la demandada INSCAP SAS, se tiene que el **apoderado de la demandada con facultades de representación legal**, en el interrogatorio de parte que rindió ante el juez de primera instancia, señaló que el demandante se vinculó con la sociedad mediante un contrato de prestación de servicios cuyo periodo data de febrero a junio de 2009, como docente de hora cátedra y tenía autonomía para cuadrar el horario. Expone que en el año 2012 el accionante se vinculó al INSTITUTO MERCANTIL DE CAPACITACION LTDA donde prestó sus servicios hasta 2014. Sostiene que dada la vinculación con la institución, esta no estaba obligada a pagarle prestaciones sociales ni afiliarlo al sistema de seguridad social. Sobre las certificaciones aportadas con

la demanda, al ponérselas de presente, afirmó que la personas que los suscribieron no estaban autorizadas para ello, pues la única que podía hacerlo era la representante legal, de ahí que su contenido carezca de fundamento legal, pues para 2012 a 2014 estaba con el INSTITUTO DE MERCANTIL CAPACITACIÓN, sumado a que no se puede hablar de continuidad como aparece en la certificación en tanto no prestaba servicios en junio, julio, diciembre y enero de cada anualidad, sin que el hecho que quienes las expidieron sean rectores les de esa facultad. Aduce que el INSCAP y el INSTITUTO DE CAPACITACIÓN MERCANTIL son personas jurídicas diferentes y al pasar el demandante cuentas de cobro se entiende que estaba afiliado al sistema de seguridad integral.

De otro lado, **el demandante** manifestó que si firmó los contratos de prestación de servicios con el INSTITUTO MERCANTIL DE CAPACITACIÓN a quien pasó cuentas de cobro. Aduce que ambos institutos con la misma sociedad y que lo de las cuentas de cobro solo devino en 2013 y 2014 cuando firmó los contratos de prestación de servicios. Señaló que prestó los servicios desde el 2 de febrero de 2009 y la propuesta inicialmente por el rector era dictar un par de horas pero después las condiciones cambiaron y empezó a laborar toda la semana en el día y noche, además del fin de semana. Sostiene que para esa época no firmó contrato de prestación de servicios en tanto la vinculación fue verbal con el rector de esa época. Expone que a principios del año 2015 la rectora Sandra Roa los sacó a todos los profesores que estaban en Kennedy incluido a él para traer a los docentes que estaban en Suba sin darles una razón, pues les saco las cosas que tenían en lokers. Aduce que el salario se le pagaba quincenal a través del rector y para los últimos años contaba con otra propuesta en Bosa donde lo habían afiliado a seguridad social, hacía turnos rotativos los fines de semana en la tarde y con la demandada en el último año se redujo el tiempo y solo laboraba en la noche y fines de semana, se le cancelaba por hora cátedra y los horarios eran según el requerimiento del Instituto y muchas veces dejó de atender cosas por asistir a jornadas pedagógicas todo el día sábado y domingo dependiendo el requerimiento de la accionada, cumplía un horario y en los descansos tenía que estar atento de los alumnos para que no hieran cosas indebidas, además tenía que entregar notas, estar pendiente de la papelería y asistir a los grados y en caso de no asistir tenía que llamar al rector y conseguir otra persona para

que lo reemplazara. Señala que trabajaba con los estudiantes de validación de primaria a quienes les dictaba clase por el año y también a los de bachillerato por ciclos, con un horario establecido por el rector quien acomodaba los grupos y era quien se le entregaban las notas antes que se estableciera el sistema.

ALEXIS RODRÍGUEZ TELLEZ señaló que hizo la primaria y el bachillerato en el INSCAP y en el INSTITUTO MERCANTIL y conoció al demandante porque fue su profesor de matemáticas, física y deportes del 2011 al 2014. Indica que inicialmente estuvo en el mercantil que antes era INSCAP en la zona de Kennedy y después los trasladaron para la primera de mayo que ahí quedaba INSCAP que era el mismo mercantil por cuanto quedaban en el mismo sitio. Sostiene que el accionante le dictaba clase en las noches entre semana, asistía a salidas pedagógicas y estaba pendiente de los muchachos en el descanso, del pago de la pensión de los alumnos, además de dictar clases en la mañana y fines de semana a otros cursos, en tanto existen varias jornadas de estudio.

MILTON FABRICIO VÁSQUEZ BECERRA indicó que trabajó en el INSCAP y después hubo un traslado de sede al mercantil por la primera de mayo y conoce al demandante porque fue docente tanto en ambos institutos. Expone que el accionante comenzó en el 2009 en el INSCAP y después los socios de esta se separaron se fueron para el mercantil con los mismos dueños, pues uno se quedó con la planta física y el otro con el nombre, el cual quedó como mercantil por un tiempo pero después se llamó INSCAP otra vez, lo cual sucedió a mediados del año 2012; luego el actor prestó sus servicios en INSCAP y luego con mercantil. Aduce que además de dictar clase, tenían que vigilar a los muchachos en los descansos, asistir a salidas pedagógicas, estar en los grados, además de tener una hora de ingreso y otra de salida. Menciona que el actor dictaba clase en las mañanas, noche y fines de semana y si se demoraban en regar notas les demoraban el pago. Expone que el actor estuvo hasta finales de 2014, cuando llegó la nueva rectora con los docentes de la sede de suba y por eso salió de la institución. Manifiesta que el instituto les daba el pensum y el cronograma de actividades, al igual que les daban un listado de los alumnos que debían pensión a quienes no podían dejar presentar exámenes sino pagaban la pensión, como también habían llamados de atención si llegaban tarde, les asignaban los lugares de vigilancia en los

descansos y les decían cuando tenían que entregar notas. Expone que por Ley descansaban a mitad y fin de año, como también en diciembre laboraban en los grados y recuperaciones.

En igual sentido, se aportaron certificaciones a folios 13 y 14, en las que INSCAP SAS, en las que hace constar en la primera de ellas, que el demandante prestó sus servicios como docente en matemáticas de febrero de 2009 al 14 de diciembre de 2014 mediante contratos de prestación de servicios.

Certificaciones estas que si bien el apoderado con facultades de representación legal de la demandada señala que las desconoce por cuanto no certifican la verdad dado que el accionante prestó sus servicios en el instituto hasta el año 2012, además de haber sido suscritas por una persona no autorizada, lo cierto es que tales afirmaciones no le restan valor probatorio a las mismas, toda vez que estos documentos no fueron reargüidos ni tachados de falsos en las oportunidades procesales pertinentes, sumado al hecho que fueron suscritas por los rectores de la demandada, sin que se haya demostrado pro el apoderado que a estos no les estuviera dado efectuar certificaciones, pues no debe olvidarse que estos son representantes de la institución en tanto se trata de quienes ejercen la dirección de esta; luego se cae de su peso lo manifestado por la demandada máxime si con la contestación de la demanda pretendió aportar las mismas certificaciones, por lo que no entiende la sala, si la demandada desconoce los documentos porque trató de aportarlos también con la contestación de la demanda.

Ahora, sobre los documentos allegados con la contestación de la demanda que militan a folios 35 a 46, consistentes en las mismas certificaciones que aportó el demandante y sobre las cuales se acaba de hacer alusión y unos contratos de prestación de servicios por hora catedra suscritos entre el demandante y el INSTITUTO MERCANTIL DE CAPACITACION LTDA; no se les dará valor probatorio, toda vez que no debe olvidarse que en auto del 30 de mayo de 2017 (fl. 47), se tuvo por no contestada la demanda, a lo que el juzgador de primer grado en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPL, no las decretó, pues lo único que hizo fue incorporarlas a título informativo, lo cual

no puede tomarse como si se hubieren decretado, tan así, que el juez no los tuvo en cuenta al momento de resolver la litis.

Hechas las anteriores precisiones, no cabe duda de que el actor prestó sus servicios a INSCAP SAS, pues así se desprende no solo de las certificaciones de folios 13 y 14, sino también del dicho de los testigos quienes coinciden en afirmar que el accionante fungió como docente de matemáticas de la institución.

Conforme a ello, al encontrarse probada la prestación personal del servicio del demandante para con la demandada, recae a su favor la presunción de que trata el artículo 24 del CST y por ende, corresponde a la demandada desvirtuar la misma, lo cual no sucedió, por el contrario, de lo señalado por los testigos se denota que su labor fue subordinada, en tanto estaba sujeto al horario que le impusiera el instituto a través del rector, quien también indicaba los cursos a los cuales tenía que dictar clases y los puestos en los que tenía que prestar vigilancia a los alumnos a la hora del descanso, además, el actor asistía a salidas pedagógicas programadas por la demandada, a los grados y entregaba notas en los periodos establecidos por el instituto para ello.

Ahora, si bien la demandada alega que el actor prestó sus servicios a otras instituciones entre ellas el INSTITUTO MERCANTIL DE CAPACITACIÓN LTDA, ello no desdibuja la relación laboral que unió a las partes, pues sabido es que en tratándose de docentes hay coexistencia de contratos en tanto les es dable sus actividades en varios establecimientos a la vez, salvo, que en alguna de ellas se pactara exclusividad, lo cual no se dio en el presente caso en tanto la demandada no probó que el demandante tuviera que realizar sus actividades exclusivamente a ella.

De suerte que, se encuentra plenamente acreditada la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la accionada INSCAP SAS en que aquel fungió como docente de matemáticas.

Sobre la continuidad en la prestación del servicio, es del caso indicar que al fungir el demandante como docente, su vinculación está regida en

principio, en los términos del artículo 101 del CST, a lo que la Corte Suprema de Justicia en sentencia 15623 del 23 de abril de 2001, reiterada en la 45759 del 7 de septiembre de 2016, ésta última en la que señaló:

“I) Conforme al artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo, el contrato de trabajo con los profesores de establecimientos particulares de enseñanza se entiende celebrado por el año escolar, concepto que se ha entendido equivalente al del periodo académico, de modo que no necesariamente se refiere a un año sino que puede comprender por ejemplo el semestre universitario.”

“Sin duda este precepto desarrolla una modalidad especial de duración del contrato de trabajo, distinta de las que menciona el artículo 45 del mismo estatuto laboral, y junto a otras disposiciones legales conforma un régimen especial para estos servidores, algunas de cuyas particularidades son las siguientes:

El régimen está destinado a quienes cumplan labores en condición exclusiva de profesores de colegios, universidades u otros establecimientos particulares dedicados a la enseñanza y se explica porque los servicios de estos trabajadores normalmente no son requeridos durante todo el año calendario ya que las vacaciones estudiantiles suelen prolongarse por varios meses durante dicho año.”

*“Conforme quedó definido, **contempla una duración contractual presunta de ahí que no requiera la forma escrita**, aunque no hay impedimento para que las partes se acojan explícitamente a ella por un acuerdo verbal o documental que desde luego contenga la voluntad de vincularse por el periodo académico. **Pero la modalidad no es forzosa o excluyente para los profesores sino sucedánea o supletiva frente a la ausencia de una expresión válida diferente de los contratantes, o sea que en principio estos tienen la posibilidad de convenir cualquiera de las duraciones permitidas, como a término fijo, indefinido o por la duración de determinada labor, caso en el cual se aplica a la relación laboral el régimen común establecido en la legislación para la respectiva modalidad.**”*

“No prevé el preaviso o desahucio, de manera que basta la culminación del respectivo periodo académico para que finalice el contrato por su propia virtud y, por consiguiente, no opera la llamada tácita reconducción, esto es, la prórroga automática del nexo si las partes no expresan oportunamente su ánimo de terminarlo.” (Resaltado de la Sala)

Conforme a ello, no es dable en el presente asunto dar aplicación a la presunción de la duración del contrato establecida en el artículo 101 del CST, pues de la certificación que milita a folio 13 se establece que esta lo fue a término indefinido, en tanto la entidad si bien hace constar que la prestación lo fue mediante contratos de prestación de servicios, también lo

es que indica que esta lo fue por el lapso del febrero de 2009 al 14 de diciembre de 2014, es decir, de forma continua, pues no hace alusión a interrupción alguna, como tampoco certifica la periodicidad de los contratos que dice existieron, los cuales sea de paso advertir, no fueron aportados, de ahí que era a la demandada a quien le correspondía la carga de la prueba en demostrar que la contratación del demandante fue semestral como lo expone en la alzada y si bien la accionada se regía por el decreto 301 de 1997 que regula la educación formal de adultos, lo cierto es que este solo habla los tiempos que deben durar los cursos, es decir, por ciclos o semanas, pero nada dice en lo relativo a los docentes, como tampoco si las clases deben ser obligatoriamente semestrales como lo indica el apoderado, pues da la opción que las instituciones las programe de acuerdo a los parámetros allí establecidos; luego ello no implica que el actor haya sido contratado pro semestres.

En cuanto a los extremos, de la certificación de folio 13 la cual se insiste, no fue tachada ni reargüida de falsa, se indica que el actor prestó sus servicios al INSCAP SAS de febrero de 2009 hasta el 14 de diciembre de 2014; luego se tendrán como extremos los allí indicados y en tratándose del inicial, se tomará el día dos como lo expuso el actor en la demanda, pues el mes certificado está acorde con su dicho.

Ahora si bien la demandada alega que el actor en 2012 dejó de prestar sus servicios al INSCAP SAS para empezar con el INSTITUTO MERCANTIL, lo cierto es que de lo dicho por los testigos, aquella se trasladó a la sede de la segunda, pero jamás dejó de existir pues se trata de establecimientos diferentes, al punto que en la tan mencionada certificación, se hace constar la prestación del servicio sin solución de continuidad hasta el 14 de diciembre de 2014; luego es claro que el accionante prestó sus servicios en ambas instituciones a la vez, en virtud de una coexistencia de contratos que como docente le es permitida, las cuales, decisión de los socios, quedaron ubicadas en la misma sede.

Es así, como la relación laboral que unió a las partes data del 2 de febrero de 2009 al 14 de diciembre de 2014, en el que el demandante se desempeñó

como docente de matemáticas, devengando el salario mínimo legal mensual vigente, aspecto este último sobre el cual no se presentó reparo alguno.

Prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad social en pensiones

Al respecto, como quiera que no se probó que la accionada haya cancelado al actor las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social derivados del contrato de trabajo que unió a las partes y que datan del 2 de febrero de 2009 al 14 de diciembre de 2014, es claro que debe ser condenada a su pago, como lo hizo el a quo en el proveído apelado; sin que la Sala entre a estudiar el monto de las condenas impuestas en la medida que ninguna de las partes se mostró inconforme con ello.

De otro lado, sobre los aportes a pensión, debe precisarse que el hecho que el actor se haya afiliado al sistema a través de una institución educativa, no exime a la demandada del pago de los aportes que le corresponden, pues su afiliación con otro ente se deriva del vínculo con ese establecimiento el cual, difiere del que aquí se está declarando.

Terminación del contrato de trabajo

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP y lo dicho al respecto por la Corte Suprema de Justicia, corresponde al trabajador probar el despido y al empleador la justa causa para darlo por terminado y en tratándose de renuncia del trabajador por causa imputable al empleador, corresponde aquel demostrar las causas que motivaron su desvinculación.

Al respecto, el demandante tanto en la demanda como en el interrogatorio de parte, señaló que su desvinculación devino a que la nueva rectora que venía de la sede de suba, trajo a los docentes que laboraban con ella en esa sede y sin explicación alguna, lo sacó a él y a otros que prestaban sus servicios en la primera de mayo.

Afirmación que se acompaña con lo dicho por el testigo MILTON VÁSQUEZ, quien coincide en el hecho que su salida devino por el

cambio de personal que hizo a nueva rectora quien llevó al personal de la sede de suba y sacó a los que se encontraban en la sede de la primera de mayo.

Así las cosas, es claro que se encuentra demostrado el despido, el devino por el cambio de personal efectuado por la nueva rectora; situación esta que no se encuentra contemplada en el artículo 62 del CST como una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, de ahí que haya lugar al pago como lo estableció el operador de primer grado y de cuyo monto no se hará mención, pues ello no fue objeto de alzada.

Sanción por no consignación de las cesantías a un fondo

Sobre el tema, debe señalarse que esta sanción es inexorable y automática salvo que el demandado demuestre hechos que constituyan buena fe, evento en el cual podrá eximirse de su pago.

Al respecto, indica la accionada en la alzada, que no estaba obligada a consignar las cesantías a un fondo en la medida que la vinculación del actor lo fue por semestres.

Conforme a ello, como se dijo en líneas precedentes, la vinculación de las partes data de un contrato de trabajo a término indefinido, por lo que sí estaba obligada a consignar las cesantías sumado al hecho, que no demostró que su actuar estuviera revestido de actos de buena fe, por el contrario, trató de ocultar la existencia del contrato de trabajo bajo el entendido que la relación estuvo regida con otra institución y que el tiempo que estuvo con ella lo fue mediante contrato de prestación de servicios por hora cátedra, cuando en el devenir probatorio, se demostró lo contrario tan así que pasa por alto la demandada, que la vinculación por horas cátedra solo es dable para instituciones de educación superior, como lo dispone el artículo 106 de la Ley 30 de 1992.

Lo expuesto resulta loable para concluir que la accionada debe pagar la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, como se estableció en primera instancia y cuyo monto no se analizara en tanto tal aspecto no fue objeto de recurso.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado.

COSTAS

En esta instancia cargo de INSCAP SAS.

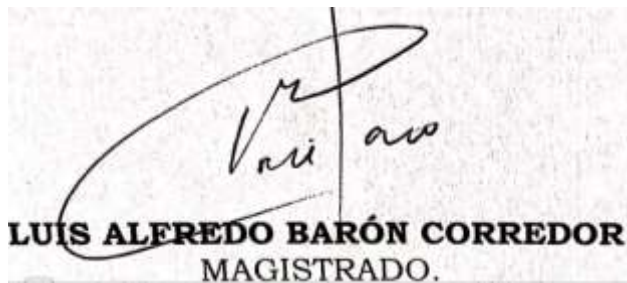
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, según las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

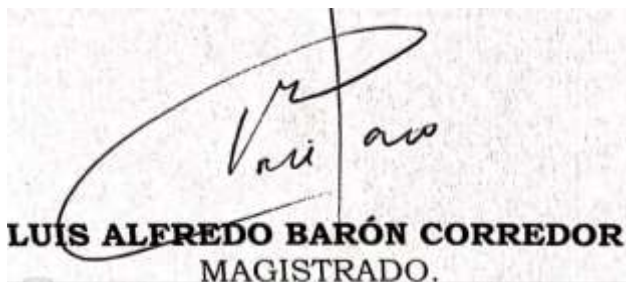
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de INSCAP SAS, la suma de \$900.000 pesos.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ADOLFO VILLEZCAS ÁLVAREZ
contra EMPRESA COLOMBIANA DE CABLES SAS – EMCOCABLES EN
EJECUCIÓN DEL ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **ADOLFO VILLEZCAS ÁLVAREZ**, se **declare** que entre EMCOCABLES y la organización sindical SINTRAEMCOCABLES se suscitó un conflicto colectivo de trabajo con la presentación del pliego de peticiones el 30 de noviembre de 2011 el cual se resolvió con la sentencia que resolvió el recurso de anulación del laudo arbitral el 20 de octubre de 2015, que su despido es ineficaz por cuanto gozaba de fuero circunstancial y que el contrato se mantiene vigente por encontrarse en la situación del artículo 140 del CST. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **ordene** su reinstalación al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría, junto con el pago de los salarios indexados, prestaciones sociales y extralegales y aportes a la seguridad social dejados de percibir desde el 10 de noviembre de 2014 y hasta que se efectúe la reinstalación, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas y gastos del proceso (fls. 6 a 8).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 a 6), señaló que el 12 de agosto de 1995 celebró con EMCOCABLES un contrato de trabajo a término indefinido, con un salario de \$190.145 para desempeñar el cargo de operario en la sección de cablería. Refiere que el 21 de noviembre de 1996 se afilió a la organización sindical SINTRAEMCOCABLES, quien el 30 de noviembre de 2011 presentó a la empresa pliego de peticiones y el 20 de octubre de 2015 la Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de anulación del laudo arbitral interpuesto por el sindicato. Expone que el 10 de noviembre de 2014, la empresa le dio por terminado de manera unilateral el contrato de trabajo, encontrándose amparado por el fuero circunstancial. Indica que el 18 de agosto de 2014 se encontró con su hijo JUAN DAVID VILLEZCAS CORREA, quien le hizo entrega del certificado de estudios expedido por la UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES DE ARGENTINA donde supuestamente se encontraba estudiando. Sostiene que el 19 de agosto de 2014 radicó dicha certificación en la oficina de gestión humana de la empresa. Menciona que el 9 de septiembre de 2014 fue notificado por el supervisor del área de cablería que debía presentarse a la oficina de gestión humana a las 11 am a fin de llevar a cabo una diligencia de descargos por la situación ocurrida con el certificado escolar entregado por su hijo, referente al pago del auxilio escolar convencional, por lo que se presentó a rendir descargos acompañado de dos miembros del sindicato y fue interrogado por la directora de gestión humana y el director de producción de la empresa, en presencia de la comisión de reclamos. Expone que el 10 de septiembre de 2014, la accionada dio por terminado de manera unilateral el contrato de trabajo, amparando su decisión en una supuesta justa causa. Finalmente, aduce que el último salario devengado era de \$1.500.000.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

EMCOCABLES S.A. contestó la demanda (fls. 106 a 133), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 18, 26, 27, 29 y niega y no le constan los demás. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de las obligaciones reclamadas, enriquecimiento sin causa, mala fe del demandante, pago, compensación, cobro de lo no debido, prescripción y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 22 de enero de 2019 (CD – fl. 231), **declaró** que entre las partes existió un contrato de trabajo del 12 de agosto de 1995 al 10 de septiembre de 2014, **declaró** que entre EMCOCABLES y la organización sindical SINTRAEMCOCABLES se suscitó un conflicto colectivo de trabajo el cual culminó de trabajo el 20 de octubre de 2015 mediante el recurso de anulación del laudo arbitral proferido por la Corte Suprema de Justicia, **declaró** que el despido se produjo con justa causa, **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas al demandante.

Fundamentó su decisión, indicando que la organización sindical inició la etapa de arreglo directo el 1° de noviembre de 2012, finalizando el 20 del mismo mes y año con un acuerdo parcial, a lo que el sindicato solicitó ante el Ministerio de Trabajo el 9 de noviembre de la misma anualidad la convocatoria de un tribunal de arbitramento, profiriéndose el respectivo laudo arbitral el 31 de octubre de 2014, el cual quedó ejecutoriado el 20 de octubre de 2015 cuando al corte decidió el recurso de anulación que se interpuso en contra de este; por lo que si bien la etapa de arreglo directo tuvo una duración considerable, esta no puede ser atribuible a la organización sindical, pues no se evidencia falta de interés de esta en dar por finalizado el conflicto; de ahí que al finalizar el conflicto con la decisión de la corte, es claro que a la terminación del vínculo que data del 10 de diciembre de 2014, el accionante gozaba de fuero circunstancial.

Advierte, que no estudiará lo relativo a la violación del debido proceso por no haber sido agotadas las etapas del proceso disciplinario convencional como lo expone el actor en sus alegatos, como quiera que en los hechos de la demanda no se hizo alusión a tal aspecto no fue alegado por la parte en su momento, por lo que al tratarse de hechos nuevos que no fueron alegados en su oportunidad imposibilita su análisis, pues constituiría una violación a los derechos de defensa y contradicción de la demandada.

En cuanto a las justas causas alegadas por la pasiva para dar por terminado el contrato de trabajo, sostiene que de las pruebas aportadas y recaudadas, se evidencia que la empresa probó la justa causa endilgada, esto es, la falta de autenticidad del certificado de estudios del hijo del demandante, allegado el 13 de julio de 2014 con el fin de obtener el auxilio educativo, toda vez que la UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES DE ARGENTINA informó que no tiene cursos de asistente de enfermería, como tampoco de control neonatal y menos que hubiese expedido una certificación a nombre de JUAN DAVID VILLEZCAS. Hecho este que indica, le fue puesto de presente al demandante en la diligencia de descargos tal y como se denota en pregunta 24, a lo que este señaló, que lo primero que hizo fue comentarle a su hijo, sin que sea atendible el hecho que se diga que no se le puso de presente tal comunicación, a más que el actor firmó la diligencia de descargos sin presentar reparo alguno, de ahí que considere, deba absolverse a la demandada de las pretensiones de la demanda, en tanto el despido del accionante pese a gozar de fuero circunstancial, estuvo amparado en una justa causa.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que si bien se reconoce que tenía fuero circunstancial, para que una persona sea despedida gozando de esa garantía, se tiene que surtir el debido proceso, lo cual no se tuvo en cuenta, sin que sea cierto que en la demanda no se haya hablado de ese aspecto, toda vez que en el hecho 25 se dijo a qué hora había recibido la citación a descargos, en el 26 que rindió descargos a la hora señalada y en el 27, se hizo alusión de quienes asistieron a la misma, lo que indica que si se llevó a cabo un proceso disciplinario, sin embargo, se tenía que demostrar que se surtió debido proceso en el que se acredite que sí incurrió en la falta y en este caso, se debió surtir el procedimiento contenido en la convención colectiva de trabajo que reglamenta además los correctivos para la comisión de faltas; reiterando que se le violó el debido proceso y se despidió sin justa causa, gozando de la garantía del fuero circunstancial.

EMCOCABLES apeló la decisión, señalando que no existe fuero circunstancial, en la medida que el conflicto que se suscitó entre la compañía

y SINTRAEMCOCABLES no se puede perpetuar en el tiempo como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, al indicar que dicha garantía pierde sentido cuando el proceso de negociación se estanca por un periodo muy prolongado y a pesar de contar con los mecanismos legales, sus promotores no tienen interés de culminarlo y en este caso, a pesar de contar con los mecanismos legales pertinentes, los promotores no realizaron el impulso que debería tener un conflicto colectivo.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si la terminación del contrato de trabajo del demandante devino sin justa causa y en caso afirmativo, establecer si gozaba de la garantía del fuero circunstancial y por ende, tiene derecho a ser reintegrado al mismo cargo que desempeñaba al momento de la culminación del vínculo.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que existió entre las partes, conforme se infiere de la documental de folios 134, 135, 139 y 140, de donde se colige que el señor ADOLFO VILLEZCAS ÁLVAREZ laboró al servicio de EMCOCABLES SAS del 12 de agosto de 1995 al 10 de septiembre de 2014, desempeñando el cargo de cerrador.

Tampoco se discute que el accionante se encuentra afiliado a la organización sindical SINTRAEMCOCABLES desde el 21 de noviembre de 1996, según certificación de folio 43.

Fuero circunstancial

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 37267 del 6 de julio de 2011, en la que hace alusión a la 20766 de 2003, en lo que se refiere a la garantía del fuero circunstancial, en ésta última señaló:

“La protección a la que se refiere el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 se inicia con la presentación del pliego de peticiones al empleador y termina cuando se ha solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o el pacto, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral.”

“De conformidad con el texto anterior, se puede aseverar que en todos los casos y circunstancias en que se presente un pliego de peticiones al empleador, empieza a regir el denominado fuero circunstancial, el cual sólo se extingue, se reitera, cuando se firma la convención o el pacto colectivo, o queda en firme el laudo arbitral, si fuere el caso; según dicho entendimiento, si no se presenta ninguna de estas últimas hipótesis el conflicto sigue latente y la protección foral se perpetúa y continúa surtiendo todos sus efectos.”

“No obstante, debe tenerse en cuenta que esa exégesis resulta inobjetable únicamente en aquellos trámites en que el conflicto se ha desenvuelto normalmente, con pleno cumplimiento por las partes negociadoras tanto de las etapas respectivas como de los términos y plazos establecidos en la legislación laboral para cada una de ellas. Empero, si hay incumplimiento de alguno de esos pasos y ello por su gravedad hace imposible la continuación del curso ordinario del procedimiento del diferendo, naturalmente no puede suponerse que el conflicto sigue existiendo y de suyo también de la protección foral...”

Revisadas las pruebas allegadas, se tiene que el 1° de noviembre de 2012 se inició la etapa de arreglo directo entre SINTRAEMCOCABLES y EMCOCABLES SAS, al cual culminó el 20 de noviembre de la misma anualidad (fls. 47 a 51), posteriormente el 28 de noviembre de 2012 la organización sindical solicitó ante el Ministerio de Trabajo la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento (fl. 52 a 56), el 9 de diciembre de 2014 dicho Tribunal remitió el expediente contentivo del laudo arbitral proferido el 31 de octubre de 2014 a la Corte Suprema de Justicia a fin de que se surtiera el recurso de anulación interpuesto por el sindicato (fls. 57, 58 y 67), el cual fue decidido por dicha Corporación en sentencia del SL 14391 del 20 de octubre de 2015 (fls. 76 a 85), quedando ejecutoriado el mismo en dicha data.

De lo anterior se colige, que el conflicto colectivo suscitado entre SINTRAEMCOCABLES y EMCOCABLES SAS culminó el 20 de octubre de 2015 cuando quedó ejecutoriado el laudo arbitral; luego si bien la controversia tuvo una duración de más de 3 años, no se demostró que ésta haya sido a causa de alguna de las partes intervinientes, como tampoco se acreditó el incumplimiento de alguna de estas de los pasos para llevar a

cabo el tribunal de arbitramento y el desarrollo del mismo, de ahí que al no existir certeza del porque en la mora en la solución del conflicto, no es dable, como lo pretende la accionada, inferir que el conflicto culminó el 20 de noviembre de 2012 cuando de común acuerdo, las partes decidieron poner fin a la etapa de arreglo directo, en tanto esta difiere de la solución del conflicto colectivo, este último que es cuando en realidad, finiquita la garantía del fuero circunstancial, como lo indicó la Corte en la sentencia ciada en precedencia.

Bajo ese entendido, se tiene que el artículo 25 del Decreto 2351 del 1965, indica:

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

En ese orden de ideas, es claro que el demandante al momento de la culminación de la relación laboral el 10 de noviembre de 2014, gozaba de fuero circunstancial, pues para esa data no había culminado el conflicto colectivo; de ahí que la demandada no pudiera dar por terminado el contrato de trabajo del accionante, salvo que exista una justa causa, como se pasa a analizar.

Terminación del contrato de trabajo

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP y lo dicho al respecto por la Corte Suprema de Justicia, corresponde al trabajador probar el despido y al empleador la justa causa para darlo por terminado y en tratándose de renuncia del trabajador por causa imputable al empleador, corresponde aquel demostrar las causas que motivaron su desvinculación.

Así mismo, el parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 ambos del CST, establecen que la parte que termina el contrato de trabajo debe manifestar a la otra al momento de la extinción del vínculo, la causal o motivo de esa determinación, sin que con posterioridad puedan alegarse motivos o causales distintas.

En efecto, a folios 136 a 138 aparece comunicación del 10 de septiembre de 2014, mediante la cual EMCOCABLES le informa al accionante la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, aduciendo como justas causas, el haber entregado información que no corresponde a la realidad con la finalidad de acceder al auxilio escolar otorgado a los trabajadores que tengan hijos cursando estudios técnicos, tecnológicos o universitarios, pues allegó documentos irregulares intento inducir a la compañía en error al aportar tal información con la que pretendió obtener un provecho económico al que no tenía derecho, ya que dentro de los documentos relacionados se encuentra certificación de estudios expedida por la Facultad de Ciencias de la Salud de la Universidad de Buenos Aires Argentina, donde se certifica que JUAN DAVID VILLEZCAS está realizando estudios de enfermería por un periodo de 5 meses, sin embargo, la empresa pudo verificar con la universidad que el joven no se encuentra vinculado a la institución y de igual forma puso de manifiesto que las firmas del documento no son veraces.

Al respecto, el demandante en la diligencia de descargos llevada a cabo el 9 de septiembre de 2014 (fls. 20 a 23), a ponérsele de presente el correo enviado por la oficina de relaciones internacionales de la facultad de medicina de la Universidad de Buenos Aires, indicó *“lo primero que hice fue comentarle a mi hijo de lo que estaba pasando y él me asegura que está estudiando en esa universidad”*.

Posteriormente, afirmó que el problema fue confiar en la fe de su hijo y luego, cuando se le preguntó que si tenía algo más que agregar, señaló: *“toca llamar a mi hijo a ver que fue lo que pasó”*, manifestación que reiteró al preguntársele: *“porqué razón tiene que volver a preguntarle a su hijo algo que ya le preguntó y a lo cual él le respondió que era verdad?”*

De otro lado, en el interrogatorio que rindió ante el juez de instancia, afirmó que su hijo le pasaba el certificado de estudio en un sobre de manila y así como se lo entregaba, lo llevaba a gestión humana, lo cual hizo desde la primaria, bachillerato y dos semestres que estuvo en la Fundación del el Área Andina, al igual que señaló que nunca convivió con el bajo el mismo

techo, entonces confiaba en buena fe de este y que todo lo que le decía era verdad.

Así mismo, se aportaron documentos emanados de la UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES (fls. 166 a 173), en los que dicho establecimiento educativo en octubre de 2014, dada la solicitud elevada por EMCOCABLES el 5 de septiembre de 2014 (fl. 163), señala que en esa escuela no se realizan estudios de asistente de enfermería como tampoco ningún curso de control neonatal, al igual que no se encontraron antecedentes de JUAN DAVID VILLEZCAS y que las firmas en los presuntos certificados no corresponden a las obrantes en esa dirección, lo cual constituye un delito federal en el ámbito de la República de Argentina, solicitando el envío de toda la documentación a efectos de iniciar las acciones correspondientes.

De lo anterior se colige, que se encuentra plenamente demostrada la justa causa endilgada por la empresa al actor para dar por terminado el contrato de trabajo, que no es otra que la contenida en el numeral 1° del artículo 62 del CST, esto es: *“El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante la presentación de certificados falsos para su admisión o tendientes a obtener un provecho indebido.”*

Ello, teniendo en cuenta que el demandante no logró demostrar que desconocía la falsedad del documento que presentó en la empresa a fin de obtener el auxilio educativo, toda vez que en la diligencia de descargos además de no ser concreto con sus respuestas, evadió las mismas al punto de contradecirse, pues al ponérsele de presente el correo emanado de la universidad, (del cual en el interrogatorio de parte señaló que no se lo dieron a conocer en dicha diligencia), señaló que lo primero que hizo fue comentarle a su hijo lo que estaba pasando, lo que quiere decir que ya había hablado con él al respecto y sabía para que lo estaban llamando, para luego manifestar en dos ocasiones que tenía que llamarlo para ver qué fue lo que pasó, es decir, como si hasta ese momento tuviera conocimiento de lo que estaba pasando.

Aunado a lo expuesto, llama la atención el hecho que tanto en la diligencia de descargos como en el interrogatorio de parte, afirmó que su hijo se encontraba becado, en la primera por la iglesia y en la segunda por la Universidad de Buenos Aires; luego si estaba becado, se entiende que la educación estaba siendo sufragada por otro, de ahí que al no incurrir el actor en ningún gasto educativo, era apenas lógico que no tenía por qué pedir un auxilio educativo.

Finalmente, en lo que se refiere al debido proceso alegado por el demandante en el recurso de alzada, la Corte Constitucional sentencia SU 449 de 2020, señaló:

“(...) Se debe garantizar al trabajador el derecho a ser oído o de poder dar la versión sobre los hechos, antes de que el empleador ejerza la facultad de terminación, cuya aplicación, entiende la Corte, se extiende para todas las causales, pues ellas, más allá de que no tengan un contenido sancionatorio, sí envuelven elementos subjetivos y objetivos de valoración, respecto de los cuales, en términos de igualdad, se debe permitir un escenario de reflexión e interlocución, ya sea en una audiencia o en cualquier otra vía idónea de comunicación, con miras a que el trabajador pueda defenderse frente a los supuestos que permitirían su configuración y, dado el caso, si así lo estima pertinente el empleador, retrotraerse de la decisión adoptada”.

“En todo caso, el derecho a ser oído opera como una garantía del derecho de defensa del trabajador y no como un escenario de agotamiento del debido proceso (...). Esto implica que, si bien el trabajador tiene el derecho a cuestionar y de exponer los motivos que permitan enervar la causal, y tal alternativa debe ser garantizada por los empleadores, ello no significa que tenga que establecerse un proceso reglado para tal fin (salvo que las partes así lo acuerden), con etapas de contradicción, pruebas y definición respecto de la validez de la causal alegada.”

De donde se colige, que en cuanto a lo afirmado por el recurrente en el sentido que por estar amparado de fuero circunstancial se debía seguir el debido proceso, debe indicarse en primer lugar que para este tipo de eventos el legislador no previó un procedimiento especial para culminar los contratos de trabajo, aunado a que, como se indicó a lo largo de esta providencia, el actor fue llamado a descargos, diligencia a la que asistió en compañía de dos miembros del sindicato y en la que no solicitó la práctica de alguna prueba a su favor a fin de probar su dicho, como tampoco en el presente asunto, pues su defensa se basó más en el debido proceso que en acreditar el desconocimiento de la falsedad del certificado que allegó a la empresa a fin de obtener el auxilio educativo.

Así las cosas no cabe duda para la Sala que si bien el actor gozaba de fuero circunstancial, también lo es que incurrió en una justa causa para que la accionada diera por terminado el contrato de trabajo, motivo por el cual y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

COSTAS

En esta instancia a cargo del demandante.

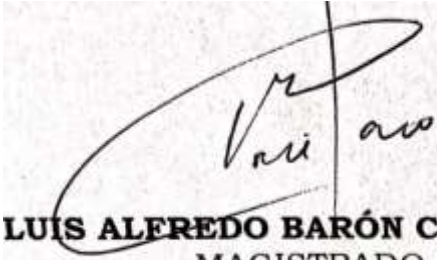
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

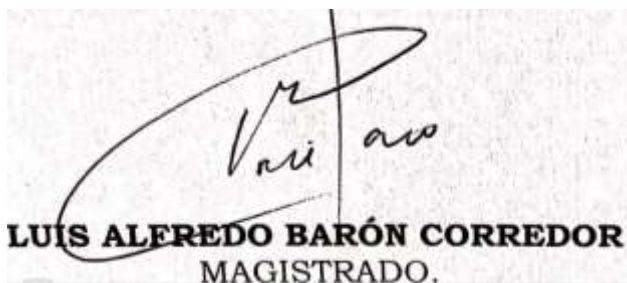


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandante, la suma de \$300.000 pesos.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – MANUEL ENRIQUE OLAYA
CARVAJAL contra FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **MANUEL ENRIQUE OLAYA CARVAJAL**, se **condene** a la demanda a reliquidar la pensión de jubilación en un monto de \$90.609.89 a partir del 30 de agosto de 1982, junto con el pago de las diferencias causadas, reajustes legales y las costas del proceso (fl. 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 a 4), señaló que los extintos Ferrocarriles Nacionales le reconoció la pensión de jubilación la cual desde el 18 de julio de 1992 ha sido pagada por el Fondo Pasivo. Refiere que en la convención colectiva de trabajo de 1976 e incluso en el reglamento interno de trabajo de la entidad, se estableció que todos los gananciales percibidos en el último año de servicios se debían tener en cuenta a efectos de liquidar la primera mesada pensional. Sostiene que la empresa ordenó el reconocimiento y pago como monto de la pensión el

80% del último salario promedio de liquidación. Expone que laboró hasta el 29 de agosto de 1982 y la pensión le fue reconocida a partir del 30 del mismo mes y año, a través de la Resolución 0672 del 13 de mayo de 1982. Indica que la extinta ferrocarriles le liquidó la mesada pensional con un salario base de \$31.764,48, al cual le aplicó el 80% para una mesada pensional de \$25.411,58. Menciona que según certificación expedida por la accionada, devengó un salario promedio mensual en el último año de servicios de \$13.251,99, al cual, si se le aplicara el 80% daría una mesada pensional de \$90.602,89. Finalmente, expone que el 13 de septiembre de 2016 elevó reclamación ante la accionada solicitando la reliquidación de la pensión.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

EL FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA contestó el introductorio (fls. 116 a 119), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, niega y no le constan los contenidos en los numerales 4, 6 y 12 y acepta los demás. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe y falta de causa o título para demandar.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 10 de diciembre de 2018 (CD – fl. 150), **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda, **declaró** probada la excepción de falta de causa o título para demandar, relevándose del estudio de las demás, **sin condena** en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que no hay lugar a la reliquidación pretendida en la medida que no hay certeza probatoria de que el valor solicitado por el demandante en el ultimo año y enunciado en la demanda, sea el que realmente percibió, úes no existe prueba que los montos que aparecen en la certificación allegada por él sean los que realmente devengó, máxime su al requerirse a la accionada, esta expidió una nueva certificación en la que manifiesta que en la que posee el actor se incurrió

en un error en los valores por concepto de bonificación de vacaciones, luego en los términos del artículo 167 del CGP, a la parte actora le incumbía probar los supuestos de hecho sobre el cual fundaba su efecto jurídico, coligiendo que la liquidación efectuada por la demandada se encuentra ajustada a derecho.

APELACIÓN

El demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que al aportar la certificación del 12 de diciembre de 2012, cumplió con la carga de la prueba prevista en el artículo 167 del CGP, la cual no fue refutada por la demandada, sin embargo, la Juez en el curso del proceso, pidió una aclaración y la accionada expidió una nueva certificación, desconociendo lo que había certificado inicialmente, negando lo que realmente devengó durante el último año de servicios sin aportar un documento que verifique la veracidad de su dicho y que soporte la supuesta contradicción en la que había incurrido.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el demandante tiene derecho a que la pensión de jubilación que le fue reconocida por los extintos FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, teniendo en cuenta un salario promedio mensual devengado en el último año de servicios de \$113.251,99 según certificación expedida por la accionada el 12 de diciembre de 2012, aportada con la demanda.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del demandante, lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y que es corroborado con la copia de la Resolución 0672 del 13 de mayo de 1982, reliquidada 16 de octubre de 1984 (fls. 11 a 14), de donde se colige que al señor MANUEL ENRIQUE OLAYA CARVAJAL le fue reconocida la pensión de jubilación en los términos del artículo 21 de la convención

colectiva de trabajo suscrita el 12 de mayo de 1976, en cuantía de \$25.411,58 a partir del 30 de agosto de 1982.

Reliquidación de la pensión de jubilación

Al respecto, alega el demandante que la pensión se debe reliquidar teniendo en cuenta un salario promedio mensual de devengado en el último año de servicios de \$113.251,99 según certificación expedida por la accionada el 12 de diciembre de 2012, aportada con la demanda, en la que se indica que el total percibido en ese lapso ascendió a \$1.359.023,95 (fl. 15)

A su turno, la demandada allegó con el escrito de contestación de la demanda, certificación del 13 de mayo de 2011, en la que se indica que lo devengado por el demandante en el último año, fue de \$312.641,40 (fl. 132).

Conforme a ello y dadas las inconsistencias presentadas en una y otra certificación, el a quo requirió al Fondo a fin de que explicara tal situación, a lo que este mediante oficio radicado el 9 de agosto de 2018 (fls. 147 y 148), señaló que revisados los boletines de pago de los salarios devengados por el accionante en el último año de servicio, se estableció que la certificación 295 del 12 de diciembre de 2012, en el mes 8 en la casilla de BONIFICACIÓN VACACIONES, equivocadamente suscribió la suma de \$1.130.423,56 el cual es superior a lo que realmente percibía el ex trabajador, por lo que expidió una nueva certificación, en la que arroja un total de \$330.071,74 de lo percibido en el último año.

Confrontadas todas las certificaciones con la documental que obra en el expediente administrativo (CD – fl. 130), concretamente las planillas que aparecen de folios 11 a 22 del archivo PDF, en la que aparece la relación de pagos efectuados al actor del año 1961 a 1982, se denota que en el último año devengó por concepto de BONIFICACIÓN POR VACACIONES la suma de \$15.022,14 y como salario promedio mensual en el último año, la suma de \$31.764,48.

Siendo ello así, es claro que en la certificación 295 del 12 de diciembre de 2012 (fl. 15), allegada por el demandante, la accionada incurrió en un error al momento de certificar lo devengado por concepto de BONIFICACIÓN POR VACACIONES en la medida que indicó que esta correspondía a la suma de \$1.130.423,56, en tanto lo correcto, como se dijo, era de \$15.022,14.

Bajo ese entendido, no es dable como lo pretende el accionante, tener en cuenta a efectos de reliquidar la prestación, utilizar la certificación allegada por él, en la medida que ésta en el concepto que se indica, no corresponde al valor realmente devengado por el accionante, como tampoco es viable tomar las dos certificaciones expedidas por la demandada en 2011 y la última de 2018 (fls. 132 y 148), en tanto el valor arrojado en estas como promedio mensual devengado en el último año, arrojan las sumas de \$26.053,45 y \$27.505,97, las cuales, resultan inferiores a la que tomó la entidad al momento de efectuar la liquidación de la pensión la cual, data de \$31.764,48. (fl. 14).

De suerte, que los valores que tomó la extinta FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA para liquidar la pensión de jubilación del actor, se encuentran ajustados a derecho, habida cuenta que estos corresponden a lo realmente devengado en el último año de servicios, lo cual se corrobora con las planillas de relación de pagos que aparecen en el expediente administrativo (CD. – fl. 130), de ahí que no haya lugar a reliquidar la pensión de jubilación.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

COSTAS

En esta instancia a cargo del demandante.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA

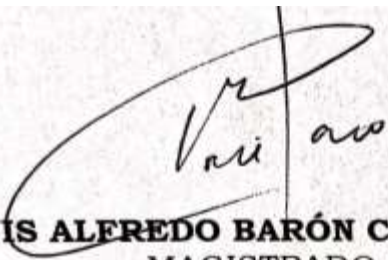
EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, según las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

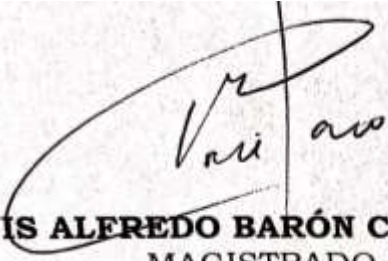


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandante, la suma de \$300.000 pesos.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA TEMILDA JIMÉNEZ contra
LUISA PAOLA GARCÍA GAITÁN**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MARÍA TEMILDA JIMÉNEZ**, se **declare** que entre las partes existió un contrato de trabajo el cual culminó unilateralmente al despedirla por previo accidente de trabajo. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a la demandada al pago de salarios, cesantías, aportes a la seguridad social integral, indemnización por despido injusto y culpa patronal equivalente a \$15.330.000, indemnización moratoria, multa equivalente al doble de lo que se haya reconocido como prestaciones sociales y las costas del proceso (fls. 55 y 56).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 5 y 6), señaló que inició la relación laboral mediante contrato verbal en enero de 2012, con la señora LUISA PAOLA GARCÍA, sin que fuera afiliada a seguridad social. Indica que la función para la que fue contratada, es la de servicios generales

en la empresa TRACTOR, la cual tiene sus oficinas en las instalaciones de DORISOL GAITÁN, madre de la accionada. Sostiene que la labor la desarrollaba tres días a la semana, con un salario diario de \$30.000 bajo la subordinación de su jefe inmediato LUISA PAOLA GARCÍA. Aduce que por su buen desempeño, en 2014 sus labores cambiaron del complejo de oficinas TRACTOR al apartamento de la progenitora de la demandada, encontrándose bajo a subordinación de esta, con un salario de \$35.000, asistiendo a laboral un día por semana. Expone que fue encomendada a realizar labores de servicios generales en el consultorio oftalmológico del Dr. PEDRO J ACEVEDO, esposo de la accionada, pro espacio de tres meses. Indica que para 2015 el salario era de \$40.000, pero se reajuste por cuanto LUISA PAOLA decidió que solo laboraría hasta medio día. Menciona que el 22 de julio de 2016 sufrió un accidente en función de las tareas encomendadas por su empleadora, el cual ocurrió en las instalaciones de DORISOL GAITÁN, debido a que desmontó una reja con un peso considerable, sin ningún tipo de protección, sufriendo traumatismo por aplastamiento en el dedo de la mano izquierda, con sangrado y avulsión de uña. Que fue conducida por la accionada a la Clínica SHAIO y como no estaba afiliada a la seguridad social, las incapacidades y terapias posteriores tuvieron que ser costeadas por ella. Menciona que posterior al accidente, LUISA PAOLA da por finalizada la relación laboral si justificación alguna, sin recibir una liquidación por la terminación del contrato, ni la compensación económica por los gastos asumidos durante la recuperación del accidente laboral. Finalmente, expone que intentaron conciliar ante el Ministerio de Trabajo, sin llegar a algún acuerdo.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

LUISA PAOLA GARCÍA GAITÁN contestó la demanda (fls. 67 a 71), en la que se opuso a las pretensiones de la demanda. Respecto a los hechos, acepta el contenido en el numeral 24 y niega y no le consten los demás. Propuso las excepciones de falta de legitimidad en la causa por pasiva, inexistencia del a obligación y cobro de lo no debido y carencia de derecho.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 21 de enero de 2019 (CD – fl. 106), **declaró** probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, **absolvió** a la accionada de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas a la demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$850.000.

Fundamentó su decisión, indicando que de las pruebas aportadas y decretadas, no se evidencia que la prestación personal del servicio haya sido en forma exclusiva a la señora LUISA PAOLA GARCÍA, pues por el contrario, de los testimonios se evidencia que los desarrolló en tres escenarios diferentes con otras personas. Ello, teniendo en cuenta que la testigo ANA ISABEL a pesar de ser tan contradictorio, señala que fue quien la llevó y recomendó a la señora Luisa para que pudiera trabajar, siendo tan confusa que dijo que la única opción de que cree que la demandada la haya contratado es porque se le presentó, adicional a que a lo largo de su declaración coincide con lo manifestado en la demanda en el sentido que la actora prestó sus servicios inicialmente para la empresa TRACTOR, de la cual no es propietaria la demandada o por lo menos no se acreditó que lo fuera. Señala que la testigo después dice que la demandante también prestaba servicios de aseo en la casa de la señora DIRISOL mamá de la accionada, sin dar razones de como fue esa prestación del servicio al punto, que señaló que esa labor la hacía la demandante una vez por semana, para luego exponer que era ella la que la hacía y que aquella fue una vez o dos cuando ella no le alcanzaba el tiempo para hacer el aseo. Menciona que cuando se le preguntó respecto a horarios y demás aspectos relacionados con la prestación personal del servicio, se quedó callada y no sabía de donde sacar la información, al punto que mencionó que casi todo su conocimiento devenía de lo que la demandante le decía; luego el hecho que la testigo haya recomendado a la señora MARÍA TEMILDA para laborar con la demandada, no acredita que esta se la que la haya contratado. Asegura que el otro testigo quien es el ex esposo de la demandante, su dicho surge únicamente de lo dicho por ella, sin que sea creíble que una pareja que por los menos llevaba desde el 2012 hasta el 2018, no sepa con detalle donde trabaja su esposa, cuantas veces a la semana trabaja, no quien sea su empleadora, pues lo

único que hacía era recogerla en tanto siempre manifiesta que todo se lo decía ella.

Menciona que lo que sí se acreditó fue una prestación del servicio e diferentes escenarios pero no a cargo de quien dice ser la empleadora, por cuanto si bien LUISA PAOLA GARCÍA trabajaba en la empresa el TRACTOR, lo cierto es que como dijo la testigo DORISOL, los dineros que se le pagaban a la señora MARÍA TEMILDA no eran de la accionada, sino de la empresa el TRACTOR de su caja menor, luego es a esta a quien se debió demandar, pues si bien la demandada la recomendó, no fue a esta a quien le prestó el servicio. Adicional ello, también se demostró que prestó sus servicios de manera continua al esposo de la demandada por un lapsus de un año esto es, de 2015 a 2016 una vez a la semana, sin que ello signifique la prestación a favor de la accionante o que esta la hubiere contratado, pues el hecho de recomendarla para que laborara en el consultorio de su esposo, no la convierte en empleadora, a más que el mismo señor indicó que quien le abría el consultorio era la asistente de él y los dineros que se pagaban venían de lo que devengaba por su actividad como oftalmólogo.

Concluye que la carga de la prueba le correspondía a la demandante quien no probó una prestación del servicio a favor de la demandada, en virtud del artículo 167 del CGP, de ahí que ante ello, refiera que no analizará lo relativo al accidente de trabajo, dado que lo reclamado sobre ello, se cimentaba en la existencia de la relación laboral con LUISA PAOLA GARCÍA.

CONSULTA

La demandante no interpuso recurso de apelación, por ende la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si entre la demandante y la señora LUISA PAOLA GARCÍA GAITÁN existió un contrato de trabajo a término indefinido y si como consecuencia de ello, deviene el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones a que haya lugar, como también si la actora sufrió un accidente de trabajo al servicio de dicha señora.

Contrato de trabajo

Al respecto, se tiene que según el artículo 24 del CST, “*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”, de donde se colige que basta con que el trabajador demuestre la prestación personal del servicio a favor del empleador, para que se predique la existencia del elemento de subordinación y por ende, del contrato de trabajo, quedando la carga de la prueba en el patrono, quien deberá desvirtuar tal presunción, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia entre otras en las sentencias con radicado 44321 del 29 de octubre de 2014, donde puntualizó:

“Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.”

Al verificar si se acredita la prestación personal del servicio de la demandante para con la demandada, se tiene que **la demandada LUISA PAOLA GARCÍA**, señaló que hace 6 años en su casa estaba la señora ISABEL CHAPARRO como empleada doméstica, quien le recomendó a la demandante, quien no laboró en su apartamento en tanto ella tenía como empleada a la otra señora y la única vez que hizo aseo en su casa fueron dos días en diciembre de 2012 para apoyarla junto a la otra empleada en unas cosas que iba a hacer en la casa. Menciona que sabe que la actora prestó sus servicios en la empresa el TRACTOR S.A. pero no tiene clara la época, como también en el consultorio de su esposo, pero no sabe en qué términos y como lo hacía, al igual que en diciembre de 2012 estuvo un día en el apartamento de su progenitora. Expone que no le dio instrucciones a la demandante en ninguno de los escenarios en

los que prestó los servicios en la empresa, en el consultorio de su esposo y en la casa de su mamá y los dos días en que acudió a su apartamento, fue la otra empleada la que le dijo lo que tenía que hacer en tanto se contrató por esos días para que le prestara apoyo. Sostiene que la actora se accidentó en las oficinas de su progenitora quien es la propietaria de la empresa el TRACTOR S.A., donde se requería a una persona para que hiciera el aseo y como no conocían a nadie, en una de esas conversaciones su empleada Isabel la escuchó y le recomendó a la señora Jiménez y ella le dijo a la mamá y se le hizo la recomendación a la Gerencia de la empresa. Indica que cuando su esposo abrió el consultorio le preguntó que si conocía a alguien para hacer el aseo y ella una vez más recomendó a la accionante y fue la auxiliar de enfermería de él la que se encargó de lo relacionado con la demandante. Afirma que su esposo era quien contrataba a las empleadas, tal y como lo hizo con Isabel Chaparro del 7 de marzo de 2011 al 28 de febrero de 2013, posteriormente a la señora Ana María Jiménez, ella estuvo solamente 15 días en el mes de marzo, después contrató a la señora Beatriz Rojas del 1 de abril de 2013 al 18 de noviembre de 2015 y finalmente a Johana Herrera del 2 de diciembre de 2015 hasta el 20 de diciembre de 2015, todas ellas quienes iban a su casa de lunes a jueves, los viernes donde su mamá y los sábados medio día con ella y los pagos eran efectuados por su señora madre y esposo proporcional a los días en que iban a cada casa.

ANA ISABEL CHAPARRO ALBARRACÍN, indicó que conoce a la demandante hace 20 años porque sus hijas estudiaron juntas y a la demandada porque trabajó con ella durante dos años. Expone que fue quien llevó a la accionante a trabajar en 2012 y empezó laborando en la empresa el TRACTOR y cuando ella se fue de donde la accionada la actora seguía en la empresa y no sabe cómo fue la contratación, solo cree que como se la recomendó, la señora LUISA PAOLA la contrató, pues la llevó a la accionante a la empresa, allá se la presentó y ella se fue, empero, después señaló que no se acordaba, para luego insistir en que la llevó. Aduce que la demandante en una oportunidad prestó los servicios en la casa de la demandada. Sostiene que de pronto la actora también laboró en el apartamento de DORISOL mamá de la demandada una vez porque iba a almorzar al apartamento de la accionada donde ella laboraba y fue porque ella no alcanzó a hacer el aseo. Finalmente, aduce que cuando ella dejó de trabajar

con la demandada, la accionante siguió en la empresa y tiempo después se la encontró y esta le contó que la habían sacado porque tuvo un accidente en la empresa y que había laborado en el consultorio del esposo de la demandante.

JOHN RIAÑO PÉREZ, es pareja de la accionante, señaló que sabe que la demandante empezó en la empresa TRACTOR, después trabajó con la mamá de la demandada y luego en el consultorio del esposo de esta y lo sabe porque la actora le contaba que tenía que limpiar y hacer aseo en la empresa, no sabe quién la contrató, pues sabe que trabajaba para la demandada según lo que le decía la accionante, quien también le comentó que LUISA PAOLA la había llevado donde la mamá a hacer el aseo en el apartamento de esta, cuando dejó de trabajar en TRACTOR y después le dijo que se iba a trabajar al consultorio del esposo de la demandante a hacer aseo y allí estuvo hasta que se accidentó, día en que lo llamaron porque el suceso acaeció en el apartamento de la mamá de la accionada, porque estaba bajando una reja.

DORISOL GAITÁN MORALES, progenitora de la demandada, manifestó que conoce a la demandante porque fue a prestar sus servicios a una agencia de su propiedad llamada TRACTOR, siendo contratada por la asistente administrativa que tenía y solo iba los días que la necesitaban y se le pagaba con los dineros de la caja menor de la compañía. Expone que el día del accidente la señora María Temilda se encontraba en una casa de su propiedad la cual iba a poner en alquiler y que era donde quedaba la empresa y había que efectuar el aseo y como la accionante como no terminó ese día y ella no contemplaba que el aseo durara más, le pidió el favor a su hija que le abriera ya que tenía un compromiso y después sobre el medio día ésta la llamó y le dijo que estaban en la clínica porque la señora María se había accidentado. Indicó que siempre que la contrataba le pagaba y fue a hacer aseo a su apartamento una vez en diciembre de 2012, porque ella tiene empleada compartida con su hija, lo paga su yerno y ella le da el dinero y en diciembre necesitaban una persona que le ayudara a ISABEL con el aseo general y esta trajo a la accionante. Finalmente, expuso que no la volvió a llamar porque después días después del accidente la actora la buscó para pedirle dinero y como ella no le quiso dar, al amenazó con demandarla.

PEDRO JULIO ACEVEDO esposo de la demandada, indicó que distinguió a la demandante en enero de 2015 cuando abrió el consultorio, pues necesitaba de alguien que le colaborara con el aseo una vez por semana y le preguntó a su esposa y esta le recomendó a la actora, entonces habló con la auxiliar de enfermería que tiene permanentemente allí y la accionante todo lo coordinaba con su auxiliar quien le decía que día y hora tenía que ir y así le colaboró durante año y medio. Señala que quien le pagaba era Diana su auxiliar y ella prestó sus servicios hasta el día que tuvo el accidente, pues supo que estuvo incapacitada y ella no lo volvió a llamar y perdieron contacto.

De lo anterior se colige, que si bien existió una prestación del servicio, esta no lo fue en favor de la demandada LUISA PAOLA GARCÍA, pues no se demostró que la hubiere contratado, le haya dado órdenes o cancelado alguna suma como retribución del servicio, por el contrario, lo que si se denota es que su actividad la ejecutó en beneficio de la empresa TRACTOR, la señora DORISOL GAITÁN y el señor PEDRO ACEVEDO.

Ello, teniendo en cuenta que todos los testigos coinciden en afirmar que la accionante solo en una ocasión prestó sus servicios en el apartamento de la demandada, a fin de efectuar el aseo general de fin de año y prestarle apoyo a Isabel la empleada que tenía y quien fue la que la recomendó.

También, coinciden los deponentes en que la actora en enero de 2012 inició sus labores para la agencia de publicidad TRACTOR de propiedad de la señora DORISOL GAITÁN progenitora de la accionante, aspecto este del cual, según el dicho de la testigo ISABEL CHAPARRO quien en algunas preguntas se mostró renuente y contradictoria al momento de contestar, se extrae que fue ella quien la llevó a la empresa y se la presentó a la accionante, sin que la misma tuviera conocimiento de forma directa en como se realizó la contratación, pues lo único que hizo fue recomendarla, sin que tal circunstancia de por hecho que haya sido directamente la accionada quien la haya contratado, tan así que la testigo DORISOL dueña de la agencia, acepta que era su auxiliar administrativo quien le cancelaba y que el servicio lo prestaba algunos días en la semana lo cual, aduce no fue

continuo; sumado, a que si bien aquella testigo cuando el apoderado de la parte demandante la interrogó ella manifestó que quien le daba las ordenes era la demandada, además de ser quien la contrato y pagaba el salario, lo cierto es que cuando la Juez le había indagado al respecto con anterioridad, señaló que creía que era la accionada quien la había contratado y le daba órdenes porque ella se la había recomendado, para luego, al ser contrainterrogada por el apoderado de la accionada, señalar que no se acordaba.

De otro lado, en cuanto al testigo John Riaño ex esposo de la accionante, sus afirmaciones se basan en lo que esta le decía, al punto que solo conoció a la demandada el día del accidente en la clínica; a más, que al inicio de su declaración afirmó que la actora prestó sus servicios para la empresa TRACTOR, la señora DORISOL GAITÁN y el señor PEDRO ACEVEDO, sin hacer mención alguna LUISA PAOLA, para después señalar que era esta quien le pagaba, según lo que la actora le contaba.

Ahora, si bien la señora MARÍA TIMELDA prestó sus servicios en el consultorio del esposo de la demandada, no se demostró que para ello, recibiera ordenes de esta o que le pagara el salario, por el contrario, el señor PEDRO ACEVEDO afirmó que él la contrato por recomendación de su esposa y que era él quien le pagaba a través de la auxiliar de enfermería que tenía a su cargo.

Argumentos estos que también encuentran asidero en el hecho que el día en que ocurrió el accidente, la accionante se encontraba prestando sus servicios en una casa de propiedad de DORISOL quien la había contratado un día antes para que realizara dicha actividad, lo cual se refuerza con lo dicho por la demandada y los testigos, quienes son coincidentes en señalar que ese día, la demandante estaba en un inmueble de la señora DORISOL, en el cual, según lo dicho pro esta, funcionaba la agencia de publicidad.

De suerte, que la carga de la prueba al tenor de lo establecido en el artículo 167 del CGP, el correspondía a la demandante, pues afirmar no es probar, de ahí que tuviera que acreditar los supuestos de las normas cuyos efectos jurídicos persigue; luego estaba en cabeza de ella, demostrar la prestación

personal del servicio en favor de las aquí accionada, sin que se aportara o recaudara prueba alguna de tal situación, pues el hecho que la haya recomendado a su progenitoray esposo, no la convierte en empleadora.

Así las cosas, como quiera que no se acreditó la prestación personal del servicio de la demandante para con LUISA PAOLA GARCÍA y por ende, la existencia de un contrato de trabajo entre ellas, es por lo que sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

COSTAS

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

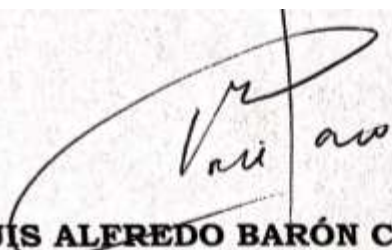
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

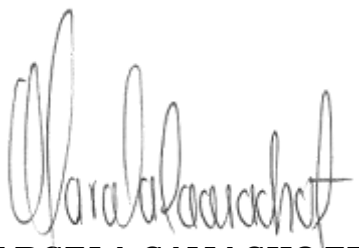
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, según las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

A handwritten signature in dark ink, featuring a large, stylized loop at the top and a horizontal line extending to the right. The signature is positioned above the printed name and title.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE RUTH BELTRAN VILLEGAS contra
CAJA COOPERATIVA PETROLERA COOPETROL**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **RUTH BELTRAN VILLEGAS**, se **declare** que la demandada no tuvo en cuenta el tiempo laborado antigüedad, salarios, ingresos que son factor salarial tales como bonificación semestral, prima extralegal de antigüedad, prima de vacaciones, incentivo de salud ocupacional y comisión por cumplimiento de metas para liquidar las prestaciones legales y extralegales a los cuales tenía derecho y la indemnización por terminación del contrato sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a COOPETROL al pago del reajuste de la prima de servicios del 1° de enero al 1° de abril de 2015, reajuste de las cesantías del 6 de octubre de 1986 al 1° de abril de 2015, reajuste de los intereses a las cesantías del 1° de enero al 1° de abril de 2015, reajuste de la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, indemnización moratoria, reajuste de las vacaciones del 1° de enero

al 1° de abril de 2015, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas incluidas agencias en derecho (fls. 43 y 44).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls.40 a 43), señaló que se vinculó a la demandada mediante contrato de trabajo a término fijo desde el 6 de octubre de 1986 hasta el 10 de noviembre de 1987 y desde el 17 de noviembre de 1987 hasta el 1° de abril de 2015 a través de contrato a término indefinido, desempeñando el cargo de directora de gestión humana desde el 1° de enero de 2007 y devengando como ultimo salario promedio en el último año de \$7.063.149. Refiere que reza beneficiaria del reglamento de prestaciones extralegales y beneficios laborales de los colaboradores, vigente del 22 de junio de 1982, modificado el 17 de octubre de 2014. Sostiene que la demandada no le pagó la prima de antigüedad correspondiente a los dos últimos años, como tampoco pagó el incentivo de salud ocupacional correspondiente al mes de marzo de 2015. Expone que la accionada no tuvo en cuenta el citado reglamento para liquidar las prestaciones legales y extralegales, como la indemnización por terminación del contrato de trabajo. Expone que la bonificación semestral, prima extralegal de antigüedad, prima de vacaciones, incentivo de salud ocupacional y cumplimiento de metas tienen carácter salarial a efectos de la liquidación de prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones. Aduce que el valor que recibió por concepto de liquidación final de prestaciones sociales es inferior al que le correspondía. Finalmente, menciona que presentó derecho de petición ante la demandada solicitando el reajuste de sus prestaciones e indemnización, la cual le fue negada por esta.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COOPETROL contestó la demanda (fls. 122 a 144), en la que se opuso a las pretensiones de la demanda. Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 5, 6, 13 y 14 y niega los demás. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencias de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, pago, compensación, buena fe de la cooperativa y mala fe de la demandante.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 3 de diciembre de 2018 (CD – fl. 340), **declaró** que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 6 de octubre de 1986 y el 1° de abril de 2015, en virtud del cual desempeñó el cargo de directora de gestión humana, con un salario promedio de \$6.851.372, **condenó** a COOPETROL a pagar a la demandante las siguientes sumas y conceptos: \$8.734.151 de reliquidación de cesantías retroactivas, \$13.903.692 de reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa, **absolvió** a la accionada de las demás pretensiones de la demanda, **declaró** probada parcialmente la excepción de compensación respecto de las condenas impuestas por concepto de reliquidación de cesantías retroactiva, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa y no probadas las demás y **condenó** en costas a la accionada, incluyendo la suma de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes para esa anualidad como agencias en derecho.

Fundamentó su decisión, indicando que es salario lo que retribuye directamente el servicio, por lo que revisado el reglamento de prestaciones extralegales y beneficios laborales de los colaboradores al ser su naturaleza extralegal, al tenor de lo dispuesto en el artículo 128 del CST, se puede concluir que los emolumentos solicitados son salario en la medida que no se pactó expresamente en dicho documento que no fueran constitutivos del salario, sin que sea de recibo la manifestación efectuada por la demandada en el sentido que excluye de dicho grupo salarial la prima de antigüedad al estar establecida, al igual que aparecen certificaciones en donde consta que percibía como factor salarial: el sueldo básico, bonificación semestral, prima de vacaciones, bonificación por incentivo de salud ocupacional y las comisiones por cumplimiento de metas, como también el testigo LUIS MEDINA analista de nómina de la demandada, indicó que la bonificación semestral y prima de vacaciones eran salario y en tratándose de la prima de antigüedad es salario siempre y cuando se cancele en dinero, ya que cada colaborador escoge si la recibe en tiempo o dinero. Expone que a efectos de establecer el salario que la demandada ha debido tener en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales, se observan los desprendibles de nómina en los que se observa que tuvo un salario variable durante los tres

meses de contrato, razón por la cual debe promediarse lo devengado en el último año de servicios, por lo que realizadas las operaciones aritméticas, se tiene que el salario devengado entre el 1° de abril de 2014 y el 1° de abril de 2015, ascendió a \$6.851.372. Afirma que si bien la demandante en los hechos 10 y 11 de la demanda aduce una falta de pago por parte de la accionada de la prima de antigüedad correspondiente a los dos últimos años de servicio, como el incentivo de salud ocupacional de marzo de 2015, lo cierto es que al revisar las pretensiones de la demanda se advierte que no procura su pago, se ahí que no se efectúe ningún pronunciamiento al respecto y si en gracia de discusión y en uso de las facultades ultra y extra petita se estudiara tal omisión, se arribaría a la conclusión que no hay lugar a reconocer los mismos, como quiera que el cargo desempeñado de directora de gestión humana tenía dentro de sus funciones la elaboración de las nóminas, liquidación de las prestaciones sociales y demás factores de remuneración, además de coordinar la nómina de toda la compañía, lo cual fue aceptado por la actora en el interrogatorio de parte, siendo la persona facultada para liquidar la nómina de todos los trabajadores incluida la de ella, de ahí que no se dable beneficiarse de su propia culpa frente a tal omisión. Señala que revisada la liquidación final de prestaciones sociales, se tiene que la demandada tomó como base para liquidar los elementos allí consignados, el valor de \$4.005.000 esto es, el salario básico para 2015, sin tener en cuenta el valor completo para liquidar el contrato conforme a lo establecido que fue de \$6.851.372, coligiendo que se debe realizar una modificación de la liquidación final incluyendo la indemnización por despido sin justa causa. Sobre las cesantías se observa que estas fueron liquidadas conforme al régimen tradicional es decir, de manera retroactiva a la finalización del contrato, de ahí que se proceda a su liquidación, arrojando la suma de \$195.264.102, a lo que la accionada propuso la excepción de compensación encontrando que la accionante recibió pagos parciales por valor de \$159.758.777, luego se condenará a la demandada a pagar por concepto de reliquidación de cesantías la suma de \$35.505.325 sin embargo, dado que pagó por ese concepto a la finalización del vínculo \$26.771.174, la diferencia a pagar será de \$8.734.151, sin que opere la prescripción como quiera que el contrato finalizó el 1° de abril de 2015, el 12 de mayo del mismo año presentó reclamación y la demanda la presentó el 19 de mayo de 2017, esto es, dentro del término trienal de que trata el

artículo 151 del CST. En cuanto al reajuste de las cesantías, intereses a las cesantías y primas de servicio por el periodo comprendido entre el 1° de enero y el 1° de abril de 2015, realizadas las operaciones respectivas se obtiene que por estos conceptos no existen diferencias a pagar a favor de la actora, pues en el acápite de pretensiones, las sumas que se dice se deben pagar, son inferiores a las reconocidas por la demandada, tan así que efectuados los cálculos estos también resultan inferiores. Respecto a la indemnización por despido sin justa causa, la demandada pagó \$247.690.266 por lo que realizada la liquidación con el salario real, asciende a \$261.493.958, de ahí que exista una diferencia por valor pagado de \$13.803.692. Finalmente, en lo que se refiere a la indemnización moratoria, expone que la demandada siempre estuvo atenta a cancelar en su integridad todos los créditos laborales de manera oportuna, lo cual demuestra una actitud despojada de mala fe, razón para absolverla de dicha pretensión.

APELACIÓN

La demandante interpuso recurso de apelación, manifestado que el incentivo por salud ocupacional el cual trae el reglamento de prestaciones extralegales y beneficios laborales de los colaboradores, esta probado que no se la pagaron a marzo de 2015 y tampoco se tuvo en cuenta en la reliquidación y si bien era la encargada de la nómina, es claro que se la debían pagar a la finalización del vínculo que data del 1° de abril de 2015, por lo tanto solicita su pago y se incluya en la reliquidación de las prestaciones sociales e indemnización por despido sin justa causa. Respecto a la prima de antigüedad, es claro que no se le pagaron los dos últimos años y ello fue porque no había disfrutado de vacaciones, luego al tener esos dos conceptos, el promedio del último año ascendería a \$7.063.150 y es sobre esta que se debe efectuar la reliquidación.

A su turno, **la demandada apeló la decisión**, señalando que no se le dio la interpretación correcta como lo indican las pruebas y es el reglamento de prestaciones extralegales y beneficios laborales de los colaboradores, en concordancia con la declaración del testigo quien explico de manera detallada como se causan cada uno de los emolumentos contenidos en dicho reglamento y en lo atinente a la prima de antigüedad, se debe tener en

cuenta lo allí establecido esto es, que se causa por cada año de servicios y en este caso, la actora cumplía el año el 17 de noviembre de 2015 y el contrato culminó el 1° de abril del mismo año, luego para esa anualidad no la causó, sin desconocerse que era factor de salario pues siempre se le reconoció así, como también debe tenerse en cuenta que este beneficio también podía otorgarse en tiempo o en dinero y cuando se otorgaba en al primera de las modalidades no podía ser factor de salario en tanto la estaba disfrutando, por lo que bajo ese entendido, a demandante para el año 2014 y 2015, tal y como lo confesó en su interrogatorio, le confesó a su empleador que había optado porque esa prima se le reconociera en tiempo, de manera que no podía entrar en la liquidación. De otro lado, expone que no debe olvidarse que la demandante al ser la directora de gestión humana sabía como se liquidaban estos emolumentos, pretendiendo ahora desconocer ante la justicia los pagos que ella misma, por decirlo de alguna manera se efectuó, pues conocía el citado reglamento tanto que una de sus funciones era la de coordinar y liquidar la nómina. Sobre la bonificación por incentivos de salud ocupacional, es claro que ella lo causó por cuanto así aparecen en las nóminas y para el mes que pretende discutirse por la parte actora en el recurso, según el comprobante de nómina que aparece en el expediente, este le fue cancelado. Finalmente, solicita se detalle cuáles fueron las diferencias encontradas por el juzgado en dinero respecto del salario que indica devengó la demandante en el último año, en la medida que el juzgador no señaló como era su deber, en que consistieron los mismos.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia y en lo que corresponde a la apelación de la parte demandante, esto es, lo relativo al no pago del incentivo por salud ocupacional causado en el mes de marzo de 2015, junto con el no pago de la prima de antigüedad de los dos últimos años, es de anotar que si bien en los hechos 10 y 11 del a demanda (fl. 41), la demandante expone que en efecto no le fueron cancelados, también lo es que en el acápite de pretensiones, nada se dijo al respecto, es decir, no solicitó se condenara a la demandada a sufragar las mismas, a lo que el a quo señaló que como no se pidieron, no se pronunciaba al respecto y si en gracia de discusión en uso de las facultades ultra y extra petita lo hiciera,

no habría lugar a concederlas en tanto la actora dado su cargo como directora de gestión humana, tenía a su cargo la coordinación y elaboración de la nómina y por ello, no podía alegar su propia culpa en beneficio, en la medida que ella era la encargada de pagarse y si ese pago no se dio fue por culpa de ella.

Al respecto, debe precisar la Sala que en efecto, al no haberse solicitado el pago de tales emolumentos en la demanda, el juez estaba vedado a pronunciarse sobre ello, salvo que en uso de las facultades ultra y extra petita las hubiere analizado y por ende concedido, lo cual en el presente caso no se dio, en la medida que las negó.

Bajo ese entendido, no puede este Tribunal analizar las inconformidades planteadas por la demandante respecto del no pago del incentivo por salud ocupacional de marzo de 2015 y prima de antigüedad de los dos últimos años, toda vez que a esta instancia no le es permitido hacer uso de las facultades ultra y extra petita, pues al analizarlas y de ser el caso, establecer su procedencia, estaría fallando bajo esa facultad.

Lo anterior encuentra sustento en lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-662 del 12 de noviembre de 1998, quien al resolver sobre la constitucionalidad de la expresión “de primera instancia” contenida en el artículo 50 del CST, señaló:

“El ejercicio de la mencionada potestad que tienen los jueces laborales de primera instancia no es absoluto, pues presenta como límites el cumplimiento de las siguientes condiciones: i.) que los hechos en que se sustenta se hayan debatido dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y ii.) Que los mismos estén debidamente probados; y, además, iii.) que el respectivo fallo sea revisado por el superior, en una segunda instancia, quien “puede confirmar una decisión extra petita de la primera instancia, si ella es acertada, o revocarla en caso contrario, o modificarla reduciéndola si el yerro del inferior así lo impone, decisión que no puede ser aumentada ya que, de lo contrario, sería “superar el ejercicio de la facultad, llevarla más allá de donde la ejercitó el a quo y esto no le está permitido al ad quem”, ni tampoco agravarla en vigencia del principio procesal de la no reformatio in pejus, garantía constitucional que hace parte del derecho fundamental al debido proceso (C.P., arts. 29 y 31).”

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia en proveído SL – 1146 de 2019, en lo que respecta al uso de tales facultades en segunda instancia, indicó:

“Lo precedente no comporta el uso de las facultades ultra y extra petita - art. 50 del CPTSS-, que además se encuentra reservada para los jueces de primer grado.”

“Sobre el punto, en sentencia CSJ SL, 9 jun. 2009, rad. 34118, esta Corporación enseñó:”

“(....) Además, es claro que al juzgador de segundo grado no le es permitido ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones, que no hubieren sido pedidos en la demanda del trabajador, aun cuando los hechos que les brinden soporte hayan sido discutidos y estén debidamente probados, como tampoco puede imponer condenas por sumas mayores a las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, pues las facultades de emitir fallos extra y ultra petita no se apartan de las garantías del debido proceso y del derecho de defensa que asiste a la parte que eventualmente se vea afectada por su aplicación y, por lo tanto, están restringidas a los jueces de única y primera instancia.”

“En el sentido anotado, la Sala señaló en sentencia proferida el 9 de septiembre de 2004, radicada con el número 22862, lo siguiente:

“Con anterioridad a la inexequibilidad parcial del artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, declarada mediante la sentencia C-662 de 1998 de la Corte Constitucional y, aún, con posterioridad a la misma, ha sido criterio pacífico de esta Sala, entre otras, en la del 18 de octubre de 2000, Radicación No. 14381, que las facultades extra y ultra petita que consagra la norma citada las tiene exclusivamente el juez laboral de primera instancia y, luego, con posterioridad a tal declaratoria, dicha potestad la tiene el mismo funcionario en los procesos laborales ordinarios de única instancia, pues de conformidad con la sentencia de marras, la demanda de inconstitucionalidad parcial presentada en contra del referido artículo 50, pretendía que esta facultad se extendiera a los procesos laborales de única instancia, cesando así su exclusividad para los jueces de primer grado en los procesos de doble instancia, habiendo sido esa la decisión de la Corte Constitucional.”

Conforme a ello, esta colegiatura no se pronunciará respecto de la apelación de la demandante, como quiera que sus reparos datan de pedimentos que no fueron solicitados en la demanda y sobre los cuales el a quo no emitió condena en uso de tal facultad la cual, ésta instancia como se indicó en precedencia.

Reajuste de cesantías e indemnización por despido sin justa causa

En cuanto a la apelación de la demandada, la misma se centra en la prima de antigüedad, empero, debe precisarse que sobre esta no se profirió condena alguna, al punto que no fue tomada en cuenta por el a quo para

establecer el salario promedio devengado por la demandante en el último año, pues así se desprende de la liquidación que obra a folio 341, a saber:

LIQUIDACION								
	SUELDO BASICO	INCENTIVO SALUD OCUPACIONAL	BONIFICACION SEMESTRAL	PRIMA ANTIGÜEDAD	PRIMA VACACIONES	COMISION POR CUMPLIMIENTO DE VENTAS	PRIMA DE SERVICIOS	SUBTOTAL
mar-14	\$ 3.907.866	-	-	-	-	\$ 174.602	-	\$ 4.082.468
abr-14	\$ 3.829.000	-	-	-	-	\$ 1.470.336	-	\$ 5.299.336
may-14	\$ 3.829.360	\$ 191.450	-	-	-	\$ 1.746.024	-	\$ 5.766.834
jun-14	\$ 3.829.000	-	\$ 3.829.000	-	-	\$ 1.629.622	\$ 5.632.714	\$ 14.920.336
jul-14	\$ 3.829.000	-	-	-	-	\$ 1.474.165	-	\$ 5.303.165
ago-14	\$ 3.829.000	-	-	-	-	\$ 1.522.410	-	\$ 5.351.410
sep-14	\$ 3.829.000	\$ 191.450	-	-	-	\$ 1.516.284	-	\$ 5.536.734
oct-14	\$ 3.829.000	\$ 191.450	-	-	-	\$ 1.608.180	-	\$ 5.628.630
nov-14	\$ 3.829.000	-	-	-	-	\$ 1.608.180	-	\$ 5.437.180
dic-14	\$ 3.829.000	\$ 191.450	\$ 3.829.000	-	-	\$ 1.585.206	\$ 6.147.204	\$ 15.581.860
ene-15	\$ 4.005.000	\$ 191.450	-	-	-	\$ 1.470.336	-	\$ 5.666.786
feb-15	\$ 4.005.000	-	-	-	-	\$ 1.441.800	-	\$ 5.446.800
mar-15	\$ 4.005.000	\$ 200.250	-	-	-	\$ 841.050	-	\$ 5.046.300
PRGIMEDIO DEVENGADO ULTIMO AÑO DE SERVICIOS								\$ 6.851.372

Valores que se tomaron de los desprendibles de nómina aportados por la accionada y que aparecen a folios 173 a 237, sin que en la mentada liquidación se observe que se haya tomado la prima de antigüedad; luego la apelación interpuesta por la accionada no tiene sustento alguno.

Aunado a ello, debe precisarse que dichas sumas corresponden a pagos que se efectuaron de manera periódica a la demandante y que según el reglamento de prestaciones extralegales y beneficios laborales de los colaboradores de COOPETROL (fls. 170 a 172), constituyen factor de salario, en la medida que en ninguno de sus apartes hace alusión a que no lo sean, tan así que el testigo LUIS ANTONIO MEDINA así lo dijo al explicar la forma en que causaba cada uno, de ahí que si le fueron pagados a la actora conforme los aludidos desprendibles, es porque en efecto los causó.

De suerte, que le asiste razón al a quo al reliquidar las cesantías e indemnización por despido sin justa causa de la demandante, pues para liquidarlas, la accionada sin explicación alguna, tomó como salario la suma de \$4.005.000 que corresponde al salario básico, cuando era evidente y así lo sabía, que el incentivo por salud ocupacional, bonificación semestral y comisión por cumplimiento de metas eran factor de salario, tan así que en la alzada no refutó tal aspecto.

Finalmente, como quiera que ninguna de las partes presentó reparo alguno en cuanto el monto de las condenas impuestas, como tampoco de las prestaciones y acreencias objeto de reliquidación, la Sala se abstiene de pronunciarse al respecto.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

COSTAS

Sin costas en esta instancia, dado que las mismas se dan por compensadas, en virtud a la improsperidad de los recursos interpuestos.

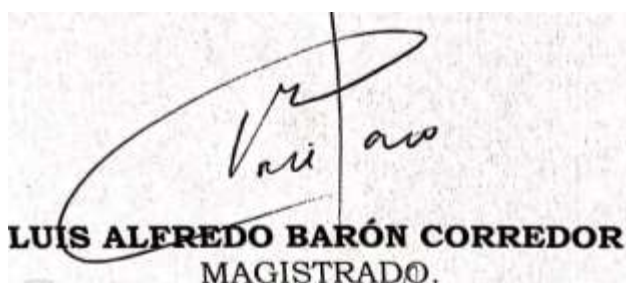
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, según las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

A handwritten signature in dark ink, featuring a large, stylized loop at the top and a horizontal line extending to the right. The signature is positioned above the printed name and title.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE - PABLO ANTONIO FERNÁNDEZ ACEVEDO contra UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **PABLO ANTONIO FERNANDEZ ACEVEDO**, se **condene** a reliquidar la primera mesada, dando aplicación a lo normado en la Ley 33 de 1985 en concordancia con el decreto 1045 de 1978, junto con la indexación de la primera mesada pensional, más el pago de las diferencias causadas, intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 3 y 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 4), señaló que laboró para el Ministerio de Obras Públicas desde el 16 de abril de 1972 hasta el 31 de diciembre de 1993t en el Instituto Nacional de Vías del 1° de enero al 31 de diciembre de 1994 y nació el 15 de enero de 1951. Aduce que mediante Resolución 51331 de 2006 le fue reconocida la pensión a partir del 15 de enero de 2006. Refiere que solicitó la reliquidación de la pensión el 18 de octubre de 2016, la cual le fue negada por la accionada.

Finalmente, sostiene que el último salario devengado ascendió a la suma de \$692.384,03.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La UGPP contestó el libelo (fls. 124 a 139 y 145), en la que se opuso a las pretensiones de este. En cuanto a los hechos, acepta el contenido en el numeral 6 y niega los demás. Propuso las excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia de la obligación, imposibilidad de condena en costas y falta de título y causa.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 12 de febrero de 2019 (CD – fl. 157), **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas al demandante en la suma de \$100.000.

Fundamentó su decisión, indicando que para la liquidación de las pensiones reconocidas bajo el régimen de transición como en el caso del demandante, se debe acudir al inciso 3° del artículo 33 y artículo 21 ambos de la Ley 100 de 1993, al igual que la Corte Constitucional en la sentencia SU 230 de 2015 unificó el criterio respecto a la norma a aplicar para obtener el IBL de dichos beneficiarios e indicó que no se puede aplicar lo expuesto sobre el tema en la norma anterior; postura que aduce, también tiene la Corte Suprema de Justicia en múltiple jurisprudencia. Refiere que en el presente asunto el demandante cumplió 55 años el año 2006, lo que significa que a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones le faltaban mas de 10 años para acceder a la pensión, por lo que el IBL para calcular su pensión debe ser el contemplado en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, sin embargo, CAJANAL tomó el salario promedio de los últimos 9 meses y lo actualizó a la fecha de reconocimiento, de ahí que no sea dable efectuar la reliquidación con el último año como lo pretende el demandante. Sostiene que sería del caso realizar las operaciones aritméticas teniendo en cuenta lo devengado en los últimos 10 años o durante toda la vida laboral a fin de verificar si le resulta más favorable

respecto de lo que le reconoció la demandada, sin embargo, solo se aportó certificaciones de lo devengado del año 1992 a 1994, correspondiendo al demandante aportarlos en su totalidad, es por lo que no se efectúa la liquidación. Finalmente, expone que no se puede reliquidar teniendo en cuenta todos los factores salariales, habida cuenta que en estos casos se debe aplicar el decreto 1158 de 1994.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que se debe tener en cuenta como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, que en estos casos, se debe liquidar teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios debidamente indexados, aplicando la fórmula establecida para ello por la Corte Suprema de Justicia, al igual que se le debe tener en cuenta la situación más beneficiosa.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el demandante tiene derecho a que la pensión de jubilación que le fue reconocida por la extinta CAJANAL, sea reliquidada teniendo en cuenta, teniendo en cuenta todos los factores devengados en el último año de servicios.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del demandante, lo cual se corrobora con la copia de la resolución 51331 del 25 de noviembre de 2006 (fls. 25 a 28), mediante la cual la extinta CAJANAL le otorgó la pensión de jubilación de conformidad con la Ley 33 de 1985 en cuantía de \$1.150.687,10.

Reliquidación de la pensión

Tampoco se discute que el actor es beneficiario del régimen de transición, pues así lo reconoció CAJANAL al otorgarle la prestación en la forma antes expuesta.

En cuanto a la liquidación de las pensiones otorgadas bajo los parámetros del régimen de transición, según lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, estas deben liquidarse en la forma establecida en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como así lo indicó entre otras en proveído SL 3690 del 28 de agosto 2019, a saber:

“Pues bien, desde ya se advierte que no se evidencia yerro alguno por parte del ad quem y que, en ese sentido, su fundamentación es coherente con el pacífico, uniforme y reiterado devenir de esta Corporación, en donde se ha previsto que todas aquellas prestaciones pensionales que se otorguen en virtud de la transición que consagra el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se harán garantizando los requisitos exigidos en el régimen anterior pero solo en lo que tiene que ver con la edad, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto o tasa de reemplazo.

Por lo tanto, en lo que atañe estrictamente al IBL, el mismo habrá de ser calculado de conformidad con el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o, en su defecto, como es el caso, con fundamento en el artículo 21 de la referida disposición normativa.

Así fue abordado recientemente en la sentencia CSJ SL2698-2018, donde resolviendo un caso de similares contornos y reiterando lo desarrollado en providencia CSJ SL2689-2017, dispuso:

“Tocante a la controversia planteada entre las partes, la Sala de tiempo atrás tiene definido que, en torno al régimen de transición previsto en la Ley de Seguridad Social, el legislador les respetó a sus beneficiarios solo 3 aspectos: (i) la edad; (ii) el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y (iii) el monto, que consignara la disposición anterior por aplicarles.

[...]

De suerte que, en lo que atañe al ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas con venereo en el régimen de transición, esta Corporación ha sido enfática en que este - IBL- se define a la luz de lo determinado expresamente por la Ley 100 de 1993, y no con lo estipulado en la regulación precedente.”

Lo anterior se compasa con lo dicho también por la Corte Constitucional en sentencia SU – 230 de 2015, en la que indicó:

“De esa forma, la Sala Plena mediante el estudio de la solicitud de la nulidad de la tutela T-078, reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 establecida en la sentencia C-258 de 2013, fallo en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido de que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos.”

En ese orden de ideas, se tiene que el demandante cumplió 55 años el 15 de enero de 2006, es decir, 12 años después de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, por lo que el IBL de la prestación se debió calcular con el promedio de los últimos 10 o de toda la vida laboral siempre que cuente con más de 1250 semanas, a lo que CAJANAL tomó el promedio de los últimos 9 meses, es decir, del 1° de abril al 31 de diciembre de 1994.

Promedio este que si bien no se acompasa a lo expuesto en precedencia, si se aproxima a lo solicitado por el actor, quien pretende se liquide con el último año, pues si en gracia de discusión se tomara dicho promedio, este sería igual al que tomó CAJANAL pues en los tres meses que hacen falta para completar los 12 del año, devengó los mismos montos que tomó la entidad, pues no tuvo variación alguna.

Ahora, en lo que se refiere a la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales, la Corte Constitucional en sentencia C – 258 de 2013, al estudiar la exequibilidad del artículo 17 de la ley 4 de 1992, cuyo contenido es similar al establecido en las normas de transición establecidas para los servidores públicos, indicó:

“... la Sala considera necesario además condicionar la exequibilidad del resto del precepto censurado en el entendido que como factores de liquidación de la pensión, sólo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas al sistema de pensiones.”

Con base en la sentencia en cita, la cual se acompasa con lo dicho sobre el tema por la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia entre otras en las sentencias 45774 del 10 de diciembre de 2014 y SL 1654 del 8

de mayo de 2019; se tiene que para liquidar las pensiones reconocidas bajo los parámetros del régimen de transición a los servidores públicos (empleado público – trabajador oficial), se debe tener en cuenta los factores sobre los cuales se efectuaron las cotizaciones y que tengan el carácter remunerativo del servicio, ahora en tratándose de tiempos de servicio no cotizados como en el caso del actor, los factores deben ser los contenidos en el decreto 1158 de 1994, norma en cuyo artículo 1º señala:

“ARTICULO 1o. *El artículo 6º del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización".*

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f)) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados;"*

Revisado entonces el reconocimiento pensional efectuado por CAJANAL, se observa que este liquidó la pensión tomando como factores la asignación básica y horas extras, sin que se denote que el actor haya percibido algún otro emolumento de los contenidos en la norma en cita, tan así que en la demanda tampoco hace alusión de manera clara, concisa y detallada, sobre cuales factores pretende le sea reliquidada la prestación.

Finalmente, en lo que hace alusión a la indexación del IBL, encuentra la Sala que CAJANAL actualizó el ingreso base (\$389.176,01), año a año desde 1995 hasta 2005 con base en el IPC certificado por el DANE para cada anualidad, arrojando la suma de \$1.534.249,47 a la cual le aplicó el 75%, para una mesada pensional de \$1.150.687,10.

Actualización que hizo la accionada con base en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la cual, se ajusta a la fórmula dispuesta para ello tanto por la Corte Suprema de Justicia como por la Corte Constitucional, máxime si

se trata de un servidor público que no efectuó cotizaciones al sistema en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Bajo ese entendido y efectuadas las operaciones aritméticas del caso, se obtiene:

$$\begin{aligned} &\$389.176,01 \times \frac{\text{IPC FINAL (diciembre de 2005 - 84,10291)}}{\text{IPC INICIAL (diciembre de 1993 - 21,32774)}} \end{aligned}$$

TOTAL IBL INDEXADO: $\$1.534.660 \times 75\% = \$1.150.995$

Suma esta que se acompasa con la establecida por la accionada, pues la diferencia entre una y otra data de \$308, luego es claro que la accionada si actualizó el IBL en debida forma, pues la manera en que lo hizo (artículo 36 de la Ley 100 de 1993), es similar a la fórmula que viene aplicando la Corte.

Así las cosas, como quiera que la pensión otorgada por CAJANAL se encuentra ajustada a derecho, en tanto tomó los factores salariales del Decreto 1158 de 1994, por tratarse de una prestación otorgada bajo los parámetros del régimen de transición, la cual indexó en debida forma, pese a que la haya liquidado con el promedio de los 9 meses cuando lo correcto era con los últimos 10 años, lo que evidencia que su actuación estuvo regida bajo el principio de favorabilidad, es por lo que sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia, por las razones expuestas.

COSTAS

En esta instancia estarán a cargo del demandante.

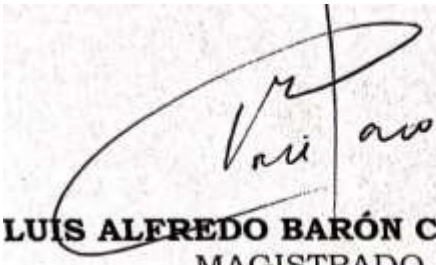
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR de la sentencia apelada, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

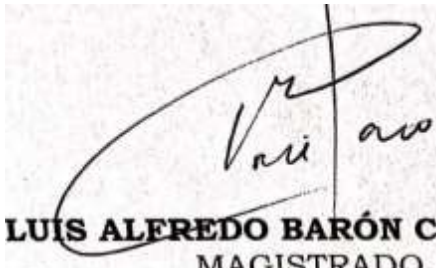


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del DEMANDAANTE, la suma de \$100.000 pesos.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – JUAN FRANCISCO CASTILLO
ARDILA contra FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **JUAN FRANCISCO CASTILLO ARDILA** se **declare** que el descuento en seguridad social en salud que lo rige para la fecha en que causó la pensión de jubilación es el previsto en la ley vigente para la fecha de su retiro de los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a la demanda al reconocimiento y pago del reembolso por el descuento ilegal de la salud con efectividad a partir del 1° de febrero de 1998, más las costas del proceso (fl. 2).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 1 y 2), señaló que ingresó a los extintos FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA el 12 de noviembre de 1979, siendo despedido por supresión del cargo el 30 de diciembre de 1991. Aduce que la accionada liquidó la pensión sanción tomando como último salario promedio la suma de \$173.932. Menciona

que cumplió 60 años el 29 de noviembre de 2011, por lo que la demandada a través de la Resolución 1422 del 10 de mayo de 2012, le reconoció la pensión en cuantía de \$804.529,78 a partir de dicha data, al igual que se indicó que el descuento por concepto de aportes a salud sería del 12%, el cual soportó en la Ley 100 de 1993. Finalmente, sostiene que no tiene beneficiarios en salud y que elevó la respectiva reclamación ante el fondo.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

EL FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA contestó el introductorio (fls. 31 a 37), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, niega el contenido en el hecho 10° y acepta los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, ausencia de interés jurídico por la activa en obtener sentencia favorable a sus pretensiones en contra de la entidad, pago y falta de causa y título para pedir.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 31 de enero de 2019 (CD – fl. 75 A), **declaró** probada la excepción de inexistencia de la obligación, **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda, **sin condena** en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que el disfrute de la pensión sanción que le fue reconocida al demandante data del 29 de noviembre de 2019, cuando cumplió la edad de 60 años. Aduce que desde el momento en que es reconocida la pensión, deviene la obligatoriedad por parte del pensionado de efectuar los aportes a seguridad social en salud como lo dispone la ley 100 de 1993 en su artículo 143, a lo que la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del mismo en sentencia C – 126 de 2000, señaló que en virtud del principio de solidaridad todos los actores del sistema deben contribuir a su sostenibilidad, al igual que la Corte Suprema de Justicia en múltiple jurisprudencia ha indicado que solo a quienes se les haya reconocido la pensión antes del 1° de abril de 1994 y

estuvieren disfrutando de la misma, se les hará el reajuste de que trata la norma en cita a efectos de compensar el posible detrimento que ocasionara el incremento del aporte a salud con la expedición de la Ley 100 de 1993, en tanto el costo de la cotización sería asumido en su totalidad por estos, de ahí que en el presente asunto no haya lugar a conceder dicho beneficio ni siquiera en virtud del principio de favorabilidad, por lo que considera, no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN

El demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que el descuento a salud que se le debió aplicar era del 5% y la ley 100 de 1993 lo cambió al 12%, la cual no estaba vigente para la data en que se desvinculó de los extintos FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, por lo que se le debe efectuar el reembolso correspondiente, teniendo en cuenta la normatividad vigente para ese momento.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el demandante tiene derecho a que la demandada le reembolse las sumas descontadas por concepto de aportes a seguridad social en salud.

Status de pensionado

No es tema de controversias la calidad de pensionado del demandante, lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y que es corroborado con la copia de la Resolución 1422 del 10 de mayo de 2012 (fls. 6 a 17), mediante la cual el FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA le reconoció la pensión sanción al señor JUAN FRANCISCO CASTILLO ARDILA de conformidad con el artículo 8° de la ley 171 de 1961 en cuantía de \$804.529,78, a partir del 29 de noviembre de 2011.

Reembolso de los descuentos efectuados al sistema de seguridad social en salud

Al respecto, se tiene que el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, establece:

“A quienes con anterioridad al 1o. de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha, a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente Ley.

La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos, quienes podrán cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud^{<4>} podrá reducir el monto de la cotización de los pensionados en proporción al menor número de beneficiarios y para pensiones cuyo monto no exceda de tres (3) salarios mínimos legales.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Sólo por el año de 1993, los gastos de salud de los actuales pensionados del ISS se atenderá con cargo al Seguro de IVM y hasta el monto de la cuota patronal.”*

Así mismo, el numeral primero del literal A), del artículo 157 de dicha normatividad, señala:

“A. Afiliados al Sistema de Seguridad Social.

Existirán dos tipos de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud:

1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley.”

De otro lado, el inciso segundo del artículo 204 ibidem, refiere:

“La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.”

Conforme a ello, que los pensionados están obligados a cotizar en un 12% al sistema de seguridad social en salud, independientemente de la normatividad bajo la cual le haya sido reconocida la pensión.

Bajo ese entendido y en el caso puntual del demandante, se tiene que contrario a lo señalado por este en el escrito de demanda, la accionada si está obligada en virtud de las normas en cita, a efectuarle los descuentos por concepto de aportes a salud en un 12%.

Lo anterior teniendo en cuenta que si bien el actor causó el derecho a la pensión sanción el 29 de diciembre de 1991, cuando se desvinculó de los extintos FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, lo cierto es que la prestación se hizo efectiva el 29 de noviembre de 2011 cuando cumplió la edad de 60 años, data para la cual se encontraba vigente la ley 100 de 1993, de ahí que, como se dijo, la accionada estuviera obligada a efectuar los respectivos descuentos por concepto de aportes a salud, pues estos operan a partir de la fecha en que se empieza a pagar la prestación incluso de manera retroactiva, como lo señaló la Corte Suprema de Justicia entre otras, en sentencia 52165 del 4 de noviembre de 2015, en la que indicó:

“Debe recordarse que es una obligación de orden legal que las entidades pagadoras de pensiones descuenten de las mesadas pensionales, el valor de las cotizaciones para salud, y que la transfieran a la EPS en donde se encuentre afiliado o se afilie el pensionado, ya que así se desprende del inciso 3° del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993 (..)

Sobre este particular tema se pronunció la Corte en las sentencias CSJ SL, 23 mar. 2011, rad. 46576; CSJ SL, 17 abr. 2012, rad. 52643; en la CSJ SL4430-2014, y recientemente en la sentencia CSJ SL9449-2015, en la que se indicó:

(..)

*De lo dicho hasta el momento, se entiende no solo que todos los pensionados del país están llamados a cotizar al Sistema de Seguridad Social en Salud, quienes deben asumir en su totalidad el valor de la cotización, sino que, **además, la misma debe hacerse desde la fecha en que se causa el derecho pensional, pues no otra puede ser la interpretación que se deriva sistemáticamente de las disposiciones citadas de la Ley 100 de 1993**, al haberse establecido las cotizaciones de los afiliados obligatorios, tal como es el caso de los pensionados, como parte esencial del financiamiento del sistema, además que, encuentra la Sala, éstas constituyen un requisito de los afiliados a la hora de acceder a las diferentes prestaciones económicas, como las contempladas en los artículos 206 y 207 de la Ley 100 de 1993, reglamentados en varias oportunidades posteriores, por lo que el hecho de no descontarse las mismas desde la causación de la pensión devendría en detrimento de los posibles derechos derivados de este sistema a favor de los pensionados cotizantes.”*

Ahora, si en gracia de discusión se tuviera que en efecto, los descuentos a salud se debían efectuar con base en el monto establecido en la normatividad vigente para la data en que se causó el derecho, también lo es que tampoco habría lugar al reembolso pretendido, pues en esos eventos, el legislador previó un reajuste por una sola vez para todas aquellas personas pensionadas a 1° de abril de 1994, a fin de sopesar el incremento del 12% y así, efectuar el descuento en ese porcentaje; situación que no es la del accionante quien además de no solicitarlo en la demanda, no ostentaba la calidad de pensionado a dicha data, pese a que causara el derecho con anterioridad, en tanto la prestación se hizo efectiva hasta el 29 de noviembre de 2011 al cumplir la edad para su exigibilidad.

Así las cosas, como quiera que no hay lugar al reembolso pretendido, es por lo que sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

COSTAS

En esta instancia a cargo del demandante.

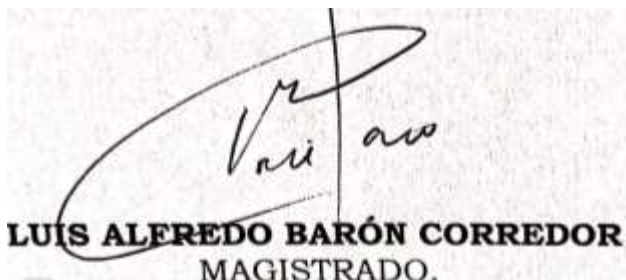
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, según las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandante, la suma de \$300.000 pesos.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – PABLO ENRIQUE VILLALOBOS MOLINA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR Y LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **PABLO ENRIQUE VILLALOBOS MOLINA**, se **declare** que tiene derecho al pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. En consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de dicha indemnización. Como pretensiones subsidiarias, pide se **declare** que tiene derecho al reconocimiento de la devolución de saldos y por ende, se **ordene** a COLPENSIONES traslade los aportes realizados a PORVENIR y se **condene** a esta, el reconocimiento y pago de la devolución de aportes, más la indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas y gastos del proceso (fls. 5 y 6).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 5), señaló que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES del 30 de noviembre de 1970 al 30 de

septiembre de 1999, como también de forma alterna, laboró y cotizó en el magisterio, cuyo fondo le reconoció la pensión de jubilación mediante Resolución 02327. Finalmente, refiere que el 19 de septiembre de 2016, solicitó a COLPENSIONES el traslado de los aportes a PORVENIR, al igual que el 24 de octubre de 2016, le solicitó a esta la devolución de las cotizaciones a COLPENSIONES, la cual le fue negada por esta.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó el libelo (CD – fl. 120), en la que se opuso a las pretensiones de este. En cuanto a los hechos, no le constan los contenidos en los numerales 1 a 4 y acepta los demás. Formuló las excepciones de fondo de prescripción, inexistencia de la obligación y buena fe.

PORVENIR contestó la demanda (CD – fl. 120), oponiéndose a sus pretensiones. Sobre los hechos acepta los contenidos en los folios 7 y 8 y no le constan los demás. Presentó las excepciones de compensación, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, hecho de un tercero y prescripción.

De otro lado, en audiencia del 30 de noviembre de 2017 (CD - fl. 131), se declaró probada la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario y se ordenó integrar el contradictorio con **LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, quien contestó el libelo (fls. 139 a 147), oponiéndose a las pretensiones de este. Respecto a los hechos, acepta el contenido en los numerales 3 y 4 y no le constan los demás. Formuló las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 31 de enero de 2019 (CD – fl. 166), **condenó** a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a trasladar el bono pensional a favor del demandante a PORVENIR por el periodo cotizado por aquel en COLPENSIONES, **ordenó** a PORVENIR recibir el valor de bono

pensional y realizar nuevamente el estudio de la pensión o si por el contrario dado el caso que no tenga derecho, acceder a la devolución de saldos deprecada, **absolvió** a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda, **declaró** no probada la excepción de prescripción y **condenó** en costas al Ministerio, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.500.000.

Fundamentó su decisión, indicando que de conformidad con los artículos 115 y 121 de la Ley 100 de 1993, el actor cumple con los requisitos para ser merecedor del bono pensional, en tanto no se discute que efectuó cotizaciones al ISS y que estas superan las 150 semanas de que tratan las normas en cita, por lo que el Ministerio, estaría obligado a reconocer el bono pensional. Expone que las cotizaciones efectuadas por el demandante al ISS no fueron tenidas en cuenta para el otorgamiento de la pensión gracia y jubilación, a cargo de CAJANAL y el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, respectivamente. Aduce que estas pensiones son compatibles con la pensión de la Ley 100 de 1993, en tanto la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, ha señalado que no existen razones jurídicas válidas para inferir que la pensión de jubilación oficial que se reconoce a un docente resulta incompatible con la de vejez que puede obtener pro parte del ISS, por los servicios prestados a instituciones de naturaleza privada, pues en este último evento son afiliados forzosos y por ende, deben cotizar mientras permanezca vigente la relación laboral. Finalmente, aduce que como quiera que la pensión de jubilación y la pensión gracia son compatibles con las pensiones a cargo del Instituto, es por lo que se ordenará al Ministerio emitir el bono correspondiente a favor del accionante y remitirlo a PORVENIR a efectos que esta realice nuevamente al calculo pensional a fin de determinar si hay lugar o no a una pensión o si por el contrario, accede a la devolución de saldos, sin que sea dable acceder a la pretensión principal de indemnización sustitutiva a cargo de COLPENSIONES como quiera que desde el año 2001 se trasladó al RAIS a través de PORVENIR y en lo que se refiere a la excepción de prescripción, menciona que esta no prospera en la medida que en noviembre 2016 el accionante elevó la solicitud de devolución de saldos y la demanda se presentó el 16 de diciembre de 2016, sin que entre una y otra fecha hay mediado el término de prescripción.

APELACIÓN

La NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO **interpuso recurso de apelación**, manifestando que el despacho para determinar si el demandante tiene derecho a un bono pensional, no tuvo en cuenta lo normado en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el cual es claro al señalar que los afiliados al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO se encuentran excluidos del sistema de seguridad social y por ende, considera que no podía afiliarse al RAIS como tampoco puede acceder a una prestación propia del sistema de seguridad social previsto en dicha norma. Expone que el demandante queda incurso en la prohibición de que trata el artículo 128 de la CN, toda vez que las pensiones reconocidas como docente, con financiadas con recursos propios de la nación y el bono pensional que se ordena en la sentencia, es un título de deuda pública con recursos del estado y no se financia con las cotizaciones que hizo a COLPENSIONES, luego las mismas le deben ser devueltas pero no bajo la modalidad de bono pensional sino conforme lo señala el artículo 11 del Decreto 3995 de 2008.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el demandante, pese a gozar de dos pensiones oficiales como docente, otorgadas por CAJANAL y el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, tiene derecho que la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público emita y traslade a PORVENIR el bono pensional por las cotizaciones efectuadas al ISS hoy COLPENSIONES.

Status de pensionado en calidad de docente

No es tema de controversia la calidad de pensionado del demandante, conforme se infiere de la copia de la Resolución 02327 (fls. 28 a 30), mediante la cual el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL

MAGISTERIO le reconoció la pensión de jubilación a partir el 11 de enero de 2009, en cuantía de \$1.812.248.

Así mismo, con la Resolución 41106 del 23 de noviembre de 2005 (fls. 31 a 33), CAJANAL le reconoció la pensión gracia en cuantía de \$1.251.611,25 a partir del 10 de enero de 2004.

Bono pensional

Al respecto, la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público niega la emisión del bono pensional, bajo el argumento que el actor se encuentra pensionado por una entidad diferente al ISS la cual no es compatible con el bono pensional, sumado a que se encuentra inmerso en la prohibición de que trata el artículo 128 de la CN y que por encontrarse dentro de las excepciones al sistema establecidas en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no tenía por qué haberse afiliado al RAIS.

Sobre el tema y al analizar un caso de similares características al que ocupa hoy la atención de la Sala, la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 3359 y 3649 ambas de 2020, en las que hacen alusión a la SL 451 de 2013, en la primera de ellas, señaló:

“En ese escenario, el juez plural no cometió yerro al considerar que son perfectamente compatibles las prestaciones del régimen administrado por el Fomag, con las del sistema general de pensiones, cuando se reciba, además de la erogación propia el régimen del magisterio, una remuneración del sector privado, en virtud del artículo 31 del Decreto 692 de 1994, pues corresponde a la actual línea de pensamiento de esta Corte, expuesta en la sentencia CSJ SL451–2013, que ha sido reiterada en las sentencias CSJ SL7421–2017 y SL1257–2019.

En efecto, en la sentencia inicial se puntualizó:

En esencia, en el cargo se reprocha al Tribunal por haber dispuesto la inclusión del valor del bono pensional dentro de la devolución de saldos, por virtud de que: i) de acuerdo con las normas incluidas dentro de la proposición jurídica, los bonos pensionales solo son compatibles con la financiación de una pensión de vejez y no con una devolución de saldos; ii) y porque, en todo caso, en vigencia de la Ley 100 de 1993, no resulta posible mezclar las prestaciones de sus dos regímenes, con factores propios de un régimen exceptuado como el del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En torno a la primera cuestión planteada, el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 establece claramente que "(...) quienes a las edades previstas en el artículo

anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho."

Por su parte, los artículos 113, 118 119 y 121 de la Ley 100 de 1993 regulan la naturaleza, clases y formas de emisión de los bonos pensionales. Así también lo hace el artículo 1 del Decreto 1299 de 1994, norma que en el artículo 11 prevé que "(...) el bono pensional se redimirá cuando ocurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.- Cuando el afiliado cumpla la edad que se tomó como base para el cálculo del respectivo bono pensional. 2.- Cuando se cause la pensión de invalidez de sobrevivencia. 3.- cuando haya lugar a la devolución de saldos de conformidad con la Ley 100 de 1993".

De acuerdo con las disposiciones transcritas, el raciocinio del censor es abiertamente infundado, puesto que los bonos pensionales deben ser incluidos dentro del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual que se reintegra al afiliado, a través de la devolución de saldos que regula el artículo 66 de la Ley 100 de 1993. Por lo mismo, las dos erogaciones - bono pensional y devolución de saldos - no son excluyentes, ni el bono pensional está contemplado únicamente para financiar una pensión de vejez, como equivocadamente se denuncia en el cargo.

Ahora bien, aunque la meta ideal del Sistema de Seguridad Social es que los bonos pensionales contribuyan, en principio, a la financiación de una pensión de vejez, pues lo deseable es que todas las personas adquieran una, como fruto de su trabajo, lo cierto es que, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, hacen parte de una reserva de propiedad del afiliado, que debe serle reintegrada cuando no alcanza los límites legales para pensionarse.

Por lo mismo, cuando la norma condiciona la inclusión del bono pensional dentro de la devolución de saldos, a través de la expresión "si a éste hubiere lugar", no hace cosa diferente a prever que su cómputo debe partir de la base de que hubiera sido posible emitirlo, para financiar una eventual pensión de vejez. En otras palabras, cuando es viable pagar un bono pensional para financiar una potencial pensión de vejez, porque se dan las condiciones legales necesarias para esos efectos, esa erogación también puede ser comprendida dentro del cálculo de una devolución de saldos, pues hace parte del capital del afiliado acumulado dentro de su cuenta de ahorro individual.

Será irracional y contrario a la justicia pensar en que, como lo propone la censura, si el afiliado no alcanza las condiciones para pensionarse, que entre otras es una realidad derivada de las arduas exigencias legales necesarias para ello y del azaroso mercado de trabajo, debe perder también el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, que ha sido el fruto de su trabajo y de sus contribuciones al sistema.

Por lo mismo, la devolución de saldos debe ser pensada y entendida como una prestación alternativa a las pensiones, que busca compensar los intentos fallidos de pensión y cumplir de otra manera con los fines de la seguridad social, por lo que debe comprender todos aquellos factores derivados del trabajo y del ahorro del afiliado, que buscaban soportar financieramente su jubilación, como el bono pensional.

Así las cosas, el Tribunal no entendió de manera errónea las normas incluidas dentro de la proposición jurídica, cuando ordenó que dentro la devolución de saldos, debía incluirse el valor del bono pensional.

En lo que tiene que ver con la segunda cuestión planteada en el cargo, en este caso era perfectamente posible emitir el bono pensional para financiar una eventual pensión de vejez, pues las cotizaciones que pretenden ser compensadas a través del mismo, fueron hechas al Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados por la demandante a instituciones privadas, con anterioridad a su ingreso al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que, en todo caso, eran diferentes a los tiempos de servicio que sirvieron de base al reconocimiento de la pensión oficial.

En tales condiciones, no existía incompatibilidad alguna entre el bono pensional y la pensión de jubilación oficial, como bien lo concluyó el Tribunal, ni se está prohibiendo una mezcla inadecuada entre dos regímenes, como lo denuncia de manera confusa la censura.

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. Ha dicho la Sala:

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

Además, los reglamentos del Instituto De Seguros Sociales no restringen la viabilidad de que los profesores de establecimientos educativos de orden particular, aporten para obtener la pensión de vejez, sino que, más bien, de su examen lo que se colige es que son afiliados forzosos al régimen de prima media con prestación definida, de suerte que a sus empleadores se les impone el deber de vincularlos y sufragar las cotizaciones causadas, mientras permanezca vigente la relación laboral, como sucedió en el evento bajo examen, en el que los colegios «Salesiano San Medardo», desde febrero de 1969 hasta junio de 1972, y «La Presentación»

desde febrero de 1977 hasta noviembre de 2004, honraron la obligación de realizar los aportes para pensión.

Y es que lo que se discutió en esta contención no fue el derecho del accionante a obtener la pensión de vejez, sino la falta de inclusión de un número importante de cotizaciones por parte del ISS, efectuadas por los empleadores dentro del lapso comprendido entre febrero de 1969 y noviembre de 1979, tal cual lo sostuvo en la demanda inicial, y lo reclamó previamente ante el demandado. En ese orden, si el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció pensión de jubilación por los servicios prestados entre el 1º de enero de 1969 y el 28 de marzo de 2000, resulta inexplicable que el Instituto haya calculado el monto de la pensión de vejez con base en las cotizaciones efectuadas entre septiembre de 1991 y junio de 2004, que comprende un importante período tomado en cuenta por aquél Fondo para concederle la prestación jubilatoria, y no haya incluido los aportes que reclama el demandante.

Sobre el problema jurídico debatido, el criterio de la Sala se ha orientado en sentido contrario al estimado por el ad quem, por ejemplo, en la sentencia 28164, de 19 de junio de 2008, en la que se expuso:

Las alegaciones expuestas por la Institución demandada (al contestar la demanda) para oponerse al derecho pensional solicitado no son admisibles.

La circunstancia de que la demandante se encontrara afiliada por cuenta de un Colegio oficial al sistema a cargo de la Caja Nacional de Previsión no exoneraba a la institución demandada de la obligación de afiliarla a la seguridad social, pues esa obligación es de carácter general y no estaba contemplada como excepción en el Acuerdo 049 de 1990 ni en las normas que la antecedieron. La regla allí consignada se limita a prescribir que los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje son afiliados forzosos. No consagra ese Acuerdo la incompatibilidad de que habla la institución demandada. En el mismo sentido, las normas citadas en su defensa por la demandada en la inspección judicial, artículo 134 del Decreto Ley 1650 de 1977 y el 57 del Decreto 3063 de 1989 no consagran esa excepción.

Importa anotar que el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, establece sobre el particular la posibilidad de acumulación de cotizaciones de los docentes que deban ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, que además reciban remuneraciones del sector privado, para que sean administrados en ese fondo o en cualquiera de las administradoras de los regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993, lo que corrobora la obligación de la demandada de efectuar cotizaciones a ese sistema por razón de la vinculación laboral de la actora.

La alegación de que la profesora demandante solicitó que no se le efectuaran cotizaciones para el régimen de seguridad social no es admisible, pues los derechos que surgen de la seguridad social, al igual que los laborales, son irrenunciables. Y la alegación consistente en que el establecimiento educativo no tiene carácter de empresa tampoco es atendible, como que «empresa, según se hallaba definida por el Código Sustantivo del Trabajo para la época de los hechos, es toda unidad de explotación económica, condición que sin duda reúne la entidad demandada al ejercer una actividad educativa con fines de lucro».

El debate sobre el carácter de los dineros con que el Instituto De Seguros Sociales paga las prestaciones que concede, hace rato fue superado en el sentido de colegir que no tiene la calidad de asignación proveniente del tesoro público, en tanto los aportes que sirven para su financiación no tienen origen en fondos de naturaleza pública, dado que son realizados por empleadores y trabajadores, distinción que

tampoco hizo el juez de la azada, en desmedro de la posibilidad de acierto de la providencia gravada. Basta aludir al fallo de casación No. 24062, de 14 de febrero de 2005, en el cual se adoctrinó:

Pero sucede, que tratándose de las pensiones que administra para su pago el Instituto de Seguros Sociales, ya sea el afiliado un trabajador particular o uno oficial que se someta al régimen solidario de prima media con prestación definida, no es factible colegir, de la misma manera, que se sufragan con dineros del tesoro, por las siguientes razones:

El fondo económico de donde se cancelan las pensiones de vejez, invalidez o de sobrevivientes no resulta ser de propiedad del Instituto de Seguros Sociales, por ser este Instituto un mero administrador, lo que significa que en virtud de la naturaleza jurídica del ISS, no es dable estimar a dicho fondo común como bien del tesoro haciendo parte de la prohibición del canon 128 de la Carta Política.

En cuanto a las cotizaciones que recibe el ISS de una entidad oficial, si bien provienen del Tesoro, constituyen un patrimonio de afectación parafiscal, por estar destinados exclusivamente a engrosar el fondo común para el pago de las pensiones conforme a la ley, pues su finalidad es contribuir con el financiamiento de ese régimen, y por tanto los dineros que en un comienzo fueron propios del erario público dejan de serlo al quedar trasladados a la entidad de seguridad social, entrando a engrosar una reserva parafiscal que por ficción legal y constitucional dejan de ser propiedad de la entidad, a más de que una parte de esos aportes o cotizaciones sale del patrimonio del trabajador.

«En este orden, la pensión legal concedida por el ISS a uno de sus asegurados, como consecuencia de las cotizaciones o aportes que efectuó el Estado o los particulares, no tiene el carácter de pública».

En idéntica dirección pueden verse las sentencias del 12 de agosto de 2009, Rad. 35374 y 3 de mayo de 2011, Rad. 39810. Como conclusión, no existía incompatibilidad alguna entre la pensión de jubilación oficial reconocida a la demandante y la pensión de vejez derivada del sistema de seguridad social, por lo que, tampoco existía alguna objeción para que, por esta razón, se dejara de incluir el bono pensional causado por aportes al Instituto de Seguros Sociales, dentro de la devolución de saldos.

En ese orden, siendo cierto que el bono pensional que expide la Nación es un instrumento de deuda pública, como insistentemente lo ha pregonado el recurrente, también lo es, que su pago se encuentra respaldado en las cotizaciones que se realizaron al ISS a nombre del demandante, para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, conforme lo dispone el artículo 120 de la Ley 100 de 1993, así: «las entidades pagadoras de pensiones a las cuales estuviera afiliado o empleado el beneficiario del bono pensional, tendrán la obligación de contribuir a la entidad emisora del bono pensional con la cuota parte correspondiente», tema del que igualmente se ocupan los artículos 15 y 16 del Decreto Ley 1299 de 1994.

Entonces, de ninguna manera puede afirmarse que se quebranta la prohibición del artículo 128 de la CN, por recibir más de una asignación del tesoro público, porque será Colpensiones, la que en reemplazo del ISS, como administradora del RPMPD, la responsable de pagar a la Nación la cuota parte financiera con los recursos del fondo común formado por las cotizaciones de todos sus afiliados, lo que desvirtúa el argumento de que es la Nación la que está asumiendo el pago del bono pensional.

Al respecto, se ha pronunciado la Sala, por ejemplo en la sentencia SL9730-2014, de esta forma:

[...] aun cuando el Instituto de Seguros Sociales, es el encargado de reconocer y pagar las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivientes, es una situación que no apareja que sea propietario del fondo económico con el que se financian esas prestaciones, pues se reitera, solo actúa como su administrador; además, aun cuando en la Constitución Política se hace una discriminación de las entidades que contribuyen a conformar el tesoro público, entre ellas, las entidades descentralizadas (de las que hace parte el ISS, por ostentar el carácter de empresa industrial y comercial del Estado), solo integran dicho erario los bienes y valores que le sean propios, y como las reservas pensionales, no son de su propiedad, no hacen parte de ese concepto. Al efecto puede consultarse las sentencias CSJ SL, 27 Feb 2003, Rad. 37453, CSJ SL, 6 May 2010, Rad. 37453, y CSJ SL, 19 Nov 2013, Rad. 41306."

Conforme a ello, revisadas las resoluciones a través de las cuales el FOMAG y CAJANAL le otorgan las pensiones de jubilación y gracia respectivamente al demandante, se observa que en las mismas se concedieron en virtud de la prestación del servicio como docente nacionalizado, sin que en las mismas se haya tenido en cuenta el tiempo cotizado por aquel al ISS y que data del 1° de agosto de 1973 al 30 de abril de 1993 (fl. 46) y menos aún, los aportes efectuados a PORVENIR de marzo de 2001 a diciembre de 2015 (fls. 96 a 106), para financiar dichas prestaciones, pues sabido es, que el régimen de los docentes en virtud del artículo 279 de la ley 100 de 1993, se encuentra exceptuado del sistema general de pensiones regulado en dicha normatividad, sin que el hecho de ser docente oficial le impida ejercer su profesión en establecimientos educativos privados y por ende, dada la vinculación a estos, aportar a pensión a través de cualquiera de los regímenes que comprende el sistema general de pensiones, pues se trata de aportes y tiempos de servicio diferentes que nada tiene que ver el uno con el otro, tan así, que para obtener una pensión en el RAIS o en el régimen de prima media no pueden sumarse los tiempos servidos como docente nacionalizado, dada la excepción antes anotada.

De suerte, que no le asiste razón al Ministerio para negarse a emitir el bono pensional, máxime si, como lo indicó la Corte en las sentencias en cita, ello no iría en contra de la prohibición de que trata el artículo 128 de la CN, en la medida que las cotizaciones a trasladar a través del bono pensional, no integran el erario del ISS hoy COLPENSIONES, pues

devienen propiamente de los dineros del afiliado o su empleador, quienes son los que sufragan los aportes.

Así las cosas, como quiera que no existe impedimento alguno para que la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO emita y traslade a PORVENIR el bono pensional por los periodos cotizados por el accionante al ISS hoy COLPENSIONES, en la medida que las prestaciones que a la fecha disfruta en calidad de docente nacionalizado sin compatibles con la devolución de saldos o pensión de vejez a que tenga derecho en el RAIS, dadas las consideraciones antes expuestas, es por lo que sin más argumentos adicionales, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia

COSTAS

En esta instancia a cargo de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

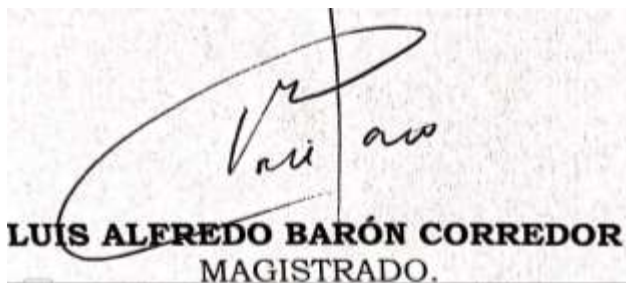
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

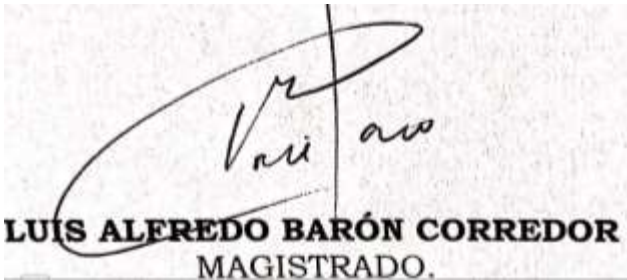


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la suma de \$900.000 pesos.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – MARTHA LUCÍA GUTIÉRREZ
DELGADO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MARTHA LUCÍA GUTIÉRREZ DELGADO**, se **declare** la nulidad del traslado de régimen que realizó del ISS a PORVENIR. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **ordene** a PORVENIR traslade a COLPENSIONES a totalidad que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual y a esta, a recibirá sin solución de continuidad y corrija la historia laboral, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas y gastos del proceso (fls. 4 y 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 5 y 6), señaló que nació el 19 de julio de 1961 y se afilió al ISS el 10 de abril de 1984, cotizado al régimen de prima media 992 semanas. Refiere que el 1° de mayo de 2004 se trasladó del ISS a PORVENIR, cuya decisión no estuvo

presidida de la suficiente información por parte del fondo. Sostiene que ha cotizado en ambos regímenes un total de 1.435 semanas. Indica que el 30 de noviembre de 2016 PORVENIR le entregó una simulación de su pensión, la cual arrojó para la fecha en que cumplía 57 años, la suma de \$689.455, mientras que en el régimen de prima meda sería de \$2.037.130. Finalmente, aduce que el 7 de febrero de 2017 solicitó a las accionadas la nulidad de su traslado.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

PORVENIR contestó el introductorio (fls. 76 a 83), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 8 y 10 y niega y no le constan los demás. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

COLPENSIONES contestó el libelo (fls. 109 a 124), en la que se opuso a las pretensiones de este. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 2 y 11 y no le constan los demás. Formuló las excepciones de fondo de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 11 de marzo de 2019 (CD – fl. 143), **declaró** la nulidad del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo el accionante el 1° de mayo de 2004 a través de la AFP PORVENIR, **condenó** a PORVENIR a transferir todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la actora junto a los valores correspondientes a rendimientos y comisiones por administración, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, **ordenó** a COLPENSIONES que una vez

reciba por parte de PORVENIR los recursos antes expuestos, reactive la afiliación de la demandante sin solución de continuidad y con efectos a partir del 1° de mayo de 2004, **declaró** no probadas las excepciones propuestas y **condenó** en costas a PORVENIR, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.690.000.

Fundamentó su decisión, indicando que la carga de la prueba en tratándose de nulidades de traslado se encuentra en cabeza de los fondos privados, luego es competente demostrar que efectivamente al momento en que la demandante firmó el formato de traslado de régimen, la ilustró de manera adecuada sobre ese cambio, es decir, debió agotar todas las herramientas para poder explicarle cual era la verdadera diferencia entre uno y otro régimen y que debía hacer para obtener una pensión igual o mayor a su salario, sin que se encuentre que se le haya dado la ilustración respectiva. Menciona que de la lectura del formulario de afiliación, se evidencia un simple formato que se maneja para todos los usuarios, tan así que habla del régimen de transición cuando era evidente que la accionante no era beneficiaria del mismo, de ahí que el formulario no demuestre de manera fehaciente que ella conocía el RAIS, sin que la carga de la prueba radique únicamente para las personas beneficiarias de dicho régimen, como así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia y por ende, se declarará la nulidad del traslado, junto con la devolución de todos los dineros, rendimientos y comisiones cobradas por administración. Finalmente sobre la excepción de prescripción esta se declarará no probada por encontrarse intrínseco en la nulidad del traslado el derecho a la pensión y en consecuencia, resulta imprescriptible.

APELACIÓN

PORVENIR interpuso recurso de apelación, manifestando que no está probado que el traslado no haya sido de manera libre, espontánea y sin presiones, pues por el contrario, se evidencia que este fue efectuado de manera voluntaria por la demandante pues para ello suscribió el formulario de afiliación, por lo que no hay prueba que el traslado este viciado de nulidad, al igual que al no ser la demandante beneficiaria del régimen de transición pro ende no hay aplicabilidad de la carga de la prueba y esta recae

en la parte actora, además está probado que recibió asesoría en cuento a las características propias del RAIS como lo son obtener una mesada pensional mayor y que la misma fuera heredable, además de obtenerla de manera anticipada, sin que para la época del traslado existiera la obligatoriedad de dejar por escrito las características que comprendían la asesoría y por el contrario, está probado que la información que se brindó con el formulario de afiliación en el que se señalan algunos aspectos de lo que consistió esa asesoría, como también no es objetivo imponer una obligación a las administradoras de fondos de pensiones sobre aspectos que para la época del traslado no les correspondían. Finalmente sobre la cuota de administración, sostiene que la misma permite a las administradoras de pensiones adquirir los seguros sobre los cuales se les garantiza a los afiliados los riesgos de IVM ya su vez, les permite hacer uso de la rentabilidad que pueden obtener a través del RAIS en su cuenta individual, por lo que si se quiere es dejar el acto nulo y que se devuelvan esos gastos, también sería obvio que la accionante hiciera la devolución de los rendimientos como quiera que esas no son características del régimen de prima media, al igual que solicita se revoque la condena en costas como quiera que el traslado se hizo como un acto de buena fe.

A su turno, **COLPENSIONES apeló la decisión** señalando que el artículo 13 de la ley 100 de 1993 es una norma de obligatorio cumplimiento, por tanto es imposible en las condiciones que actualmente se presentan, la entidad esté en la obligación de recibir a la demandante sin solución de continuidad al régimen de prima media y en caso que la condena sea ratificada, se debe confirmar la devolución de todas las comisiones recibidas por el fondo, porque la consecuencia de declararse nulo el negocio jurídico es restituir las cosas a su estado anterior, luego el dejar que el fondo se quede con las comisiones sería premiarlo y esos dineros que se devuelvan, harán parte de la base para determinar dado el caso, la pensión de la accionante.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si existió traslado de régimen que efectuó la demandante del régimen de prima media al RAIS a través de PORVENIR,

es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la accionante en su cuenta de ahorro individual, al igual que se analizará la excepción de prescripción propuesta por el ente de seguridad social.

Ineficacia del traslado por falta de información

Previo a resolver lo pertinente, es del caso precisar que si bien en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde la ineficacia de dicho acto y no mediante la nulidad, toda vez que 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, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su

traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora MARTHA LUCÍA GUTIÉRREZ DELGADO 26 de marzo de 2004 el cual se hizo efectivo el 1° de mayo de 2004 (fls. 84 y 85), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR donde se encuentra en la actualidad y efectuó cotizaciones desde el 1° de mayo de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2013 (fls. 92 a 96), al igual que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES del 10 de abril de 1984 al 30 de abril de 2004 (fls. 129 a 131).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien no se desconoce la existencia del formulario de afiliación a la AFP PORVENIR que obra a folio 85 y del cual se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, también lo es que ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues dicha entidad estaba obligada a informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos,

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, como también señalarle que en virtud del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, podía regresar al régimen de prima media cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Ahora, si bien la demandante era mayor de edad y capaz al momento del traslado, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema y menos aún, se pueda dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con ello, habida cuenta que el deber de información data independientemente de la edad o del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado y su nivel de escolaridad; siendo deber de la AFP asesorarla y no de aquella de buscar la información por sus propios medios.

Refuerza lo anterior, el hecho en que en el formulario de afiliación se indique que es beneficiaria del régimen de transición y que sabe las implicaciones que sobre ellos conlleva su decisión, cuando es apenas lógico que la actora no era beneficiaria del mismo, lo que denota que el citado documento es más que un formato impreso de cual no se desprende la información que se le haya podido suministrar a la accionante

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PORVENIR, pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar el formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz.

De otro lado, en lo atinente a la publicación que milita a folios 100 y 101 efectuada en enero de 2004, debe advertirse que esta se realizó a nivel nacional, sin que se demuestre que la información allí contenida haya sido puesta de presente a la actora de manera puntual, pues ello debió hacerlo la AFP personalmente en la medida que se trataba de su futuro pensional o por lo menos, asegurarse que tuvo conocimiento de la misma, lo cual no aparece acreditado en el plenario.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado en lo atinente a COLPENSIONES, es claro para la Sala que tal circunstancia implica que se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella,

como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a la administradora, de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual y que la integran con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

De ahí que PORVENIR de acuerdo a lo antes anotado y a la jurisprudencia relacionada en precedencia, deba trasladar a COLPENSIONES los emolumentos antes anotados, por lo que sobre este aspecto se modificará la sentencia apelada, en tanto el a quo omitió incluirlos en su totalidad.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Finalmente, en lo atinente a la condena en costas efectuada a PORVENIR, es del caso advertir la misma resulta procedente en los términos del numeral 1° del artículo 365 del CGP, en la medida que resultó vencida en el proceso.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ EL ORDINAL SEGUNDO** de la sentencia apelada, en la forma antes expuesta y se **CONFIRMARÁ** en lo demás.

COSTAS

En esta instancia a cargo de PORVENIR, sin costas para COLPENSIONES como quiera que su recurso prosperó de forma parcial.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

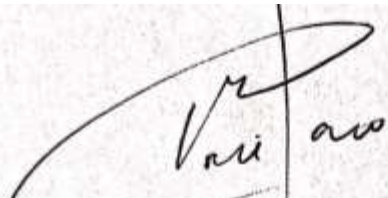
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** traslade a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído impugnado.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

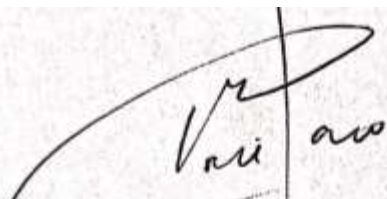


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PORVENIR, la suma de \$900.000 pesos.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA ELVA FLÓREZ contra
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MARÍA ELVA FLÓREZ**, se **condene** a COLPENSIONES al pago de los incrementos debidamente indexados casados desde la fecha de reconocimiento de la pensión, junto con las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fl. 3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 1), señaló que le fue reconocida la pensión de vejez por parte del ISS hoy COLPENSIONES con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, sin que se le haya otorgado o pagado el incremento por personas a cargo. Refiere que tiene unión marital de hecho con el señor RAFAEL MARÍA TRIVIÑO ALVARADO con quien convive, depende económicamente de ella, no percibe pensión, ingresos ni renta alguna. Finalmente, sostiene que elevó reclamación administrativa ante la accionada, sin que a la fecha haya recibido respuesta alguna.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 20 a 25), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, niega los contenidos en los numerales 4 y 5 y acepta los demás. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 30 de enero de 2019 (CD – fl. 39), **condenó** a la demandada al reconocimiento y pago a favor de la demandante el incremento del 14% sobre la pensión mínima por compañero permanente dependiente económicamente, a partir del 19 de julio de 2014, junto con las mesadas adicionales a que haya lugar mientras subsistan las causas que le dieron origen, **absolvió** a la demandada de las demás pretensiones de la demanda, **declaró** probada parcialmente la excepción de prescripción, respecto de los incrementos anteriores al 19 de julio de 2014 y **condenó** en costas a COLPENSIONES fijando como agencias en derecho la suma de \$900.000.

Fundamentó su decisión, indicando que la Corte Suprema de Justicia a admitido la vigencia de los incrementos por personas a cargo, bajo el entendido que estos no fueron derogados ni tácita ni expresamente con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y por ende son aplicables para aquellas personas que son beneficiarias directas o por vía de transición del acuerdo 049 de 1990. Indica que revisado de manera oficiosa el reporte RUAF, se evidencia que el compañero de la demandante no es pensionado, al igual que de los testimonios rendidos por los hijos en común de la pareja como lo que no lo son del señor, se denota que este se ha dedicado a actividades agrícolas y mineras lo cual no le ha dejado beneficios económicos, al igual que del reporte de semanas a pensión e establece que no ha efectuado cotizaciones hace más de 20 años, de ahí que no ejerza una actividad formal, sumado a que se probó que la pareja ha convivido por más de 40 años, cumpliéndose así los presupuestos para acceder a los

incrementos solicitados. Finalmente, indica que se encuentra parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de los incrementos causados con anterioridad al 19 de julio de 2014.

CONSULTA

COLPENSIONES no interpuso recurso de apelación, por ende la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si los incrementos por personas a cargo establecidos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 se encuentran vigentes y en caso afirmativo, establecer si la demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para acceder a éstos.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionada de la señora MARÍA ELVIA FLÓREZ, conforme se infiere de la copia de la Resolución 019030 del 30 de abril de 2007 (fl. 7), mediante la cual el ISS hoy 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 \$433.700, a partir del 1° de mayo de 2007.

Incremento por personas a cargo

En cuanto a la vigencia de los incrementos pensionales contenidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la Corte Constitucional en sentencia SU – 140 de 2019, señaló:

“Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los

incrementos previstos por el artículo 21 de Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y solo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos.”

(...)

“Lo señalado es razón suficiente para negar la existencia de la duda que es requisito sine qua non para la aplicación del principio indubio pro operario. En efecto, por una parte, aun cuando es cierto que tal principio ha servido para resolver problemas jurídicos que involucran derechos pensionales, recuérdese que los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 carecen, por disposición expresa de la Ley, de cualquier naturaleza pensional. Y por otra parte, las disposiciones que incluyó el Acto legislativo 01 de 2005 sobre el artículo 48 superior no permiten pensar en siquiera la remota posibilidad de aplicar los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 sobre cualquier pensión que se hubiera causado después de expedida la Ley 100 de 1993.”

(...)

“De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto Legislativo 01 de 2015.

Por ende, la discusión relativa a la prescriptibilidad de la acción tendiente a la obtención de dichos incrementos resulta inane pues la prescripción extintiva sólo puede operar cuando existe un derecho susceptible de prescribir.”

Al respecto es importante precisar, que **dicho pronunciamiento resulta vinculante y en lo relativo a cuándo empieza a operar**, la misma Corte Constitucional ha sostenido en sentencias como la C-973 de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, que cuando no se haya modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos del mismo se producen a partir del día siguiente a la fecha en que se tomó la decisión y no a partir de la fecha en que se suscribió su texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones de voto, o el de su notificación o ejecutoria, de conformidad con lo estipulado en el artículo 56

de la Ley 270 de 1996. Postura que se puede leer en las consideraciones 7 y 9 de la referida sentencia, a saber:

“7. Esta Corporación en diversas oportunidades ha establecido que cuando en una sentencia no se ha modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en el caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, “a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexecuibilidad y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria”

(...)

“9. Para determinar la oportunidad desde la cual las sentencias de constitucionalidad con efectos hacia el futuro tienen consecuencias jurídicas, la Corte ha recurrido al contenido normativo previsto en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Esta disposición además de permitir que por el reglamento interno de cada Corporación Judicial se establezca la forma como serán expedidas y firmadas las providencias, conceptos o dictámenes adoptados y de señalar un término perentorio para la consignación de salvamentos o aclaraciones de voto; determina que las sentencias que se profieran tendrán como fecha la del momento del fallo, esto es, aquella en la cual se adopta por la respectiva Corporación la decisión judicial y no aquella otra en que se suscribe formalmente el texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones”.

Así mismo, dicha Corporación en proveído T - 109 de 2019, señaló en cuanto al deber de respetar y acatar el precedente constitucional, lo siguiente:

*“... 92. En conclusión, todas las autoridades judiciales tienen el **deber de respetar y acatar el precedente constitucional, aún si existen pronunciamientos de otros órganos** que tienen la función de unificar jurisprudencia, pues prevalece la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional...”*

“Particularmente, en relación con el asunto objeto de análisis, la Sala resalta que todos los jueces y corporaciones judiciales deben observar la regla jurisprudencial que ha establecido esta Corporación en numerosas decisiones, de conformidad con la cual el IBL no es un aspecto incorporado en el régimen de transición. Además, dicho precedente tiene su origen en la garantía de los principios de igualdad y solidaridad que irradian el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, razón por la cual no es admisible que las autoridades públicas se aparten del mismo.”

De suerte, que al acogerse el criterio expuesto por la Corte Constitucional específicamente la sentencia de unificación en mención, la misma constituye **doctrina constitucional de obligatorio cumplimiento**, lo cual se refuerza con lo dicho por dicho órgano en sentencias en las que dejó claro que la **doctrina constitucional es vinculante y obligatoria** en ciertos casos cuando señala respecto del análisis de la Ley 153 de 1887 la cual, se encuentra vigente, al indicar:

“Es necesario distinguir la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya constitucionalidad se examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley, al disponer:

"Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes" (Subraya la Corte).

Disposición que corrobora además, la distinción que se hizo entre doctrina constitucional y jurisprudencia, por lo que es apenas lógico que si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión, salvo las decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada, de ahí que las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.

Lo anterior encuentra sustento, en el artículo 5° de la misma ley (153 de 1887), cuyo texto reza:

"Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes" (Subraya la Corte).

Destacándose nítidamente, la función que está llamada a cumplir la **doctrina constitucional** en el campo interpretativo, la cual constituye un instrumento orientador y no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea

como elemento integrador: pues en este caso, es la propia Constitución - ley suprema-, la que se aplica” (C-083/95):

Entonces, la doctrina constitucional de la Corte Constitucional es obligatoria cuando se emplea como elemento integrador, (artículo 8 ley 153 de 1887) y cuando la doctrina constitucional es, a su vez, norma supletoria del ordenamiento jurídico y “para interpretar las leyes”, pues se considera que esta es la propia Constitución, tal como lo destaca el aparte antes transcrito y como lo establece el artículo 8 de la ley 153 de 1887 (cuando no haya ley exactamente aplicable a un caso controvertido) y en caso de no existir leyes semejantes, pues si las hay, se tendrán en cuenta las leyes que regulan materias semejantes, en virtud de la analogía.

En igual sentido, la Corte Constitucional al refrendar el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, señaló que en adelante el juez que se aparte de la doctrina constitucional de la Corte no solo viola la jurisprudencia sino que también atenta de manera flagrante contra la Carta Política, por ello es susceptible incluso de acción de tutela.

Ahora cuando la interpretación se hace por vía de autoridad, tiene carácter obligatorio general, **de conformidad con el artículo 48 de la ley 270 de 1996** (ley estatutaria de la Administración de justicia), que establece:

“ARTÍCULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. *Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:*

- 1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. **La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.***
- 2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su*

motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces

Así las cosas, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente y en los términos de la sentencia SU- 140 de 2019, es claro que los incrementos por personas a cargo **perdieron vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993**, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho al mismo con anterioridad a la expedición de tal normatividad, pues en ese evento sí habría lugar a reconocerlos.

En ese orden de ideas, se tiene que la actora adquirió el derecho a la pensión el **1° de mayo de 2007** data para la cual ya no se encontraban vigentes los incrementos, en tanto éstos fenecieron del ordenamiento jurídico el 1° de abril de 1994 esto es, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 de ahí que el actor no tenga derecho a los mismos.

En tales condiciones y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la decisión de primer grado y se **ABSOLVERÁ** a la demandada de las pretensiones de la demanda.

COSTAS

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta, las de primera instancia estarán a cargo de la demandante.

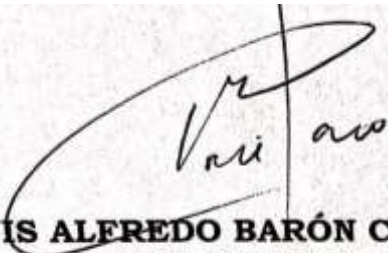
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia objeto de consulta y en su lugar, **ABSOLVER** a COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta, las de primera instancia estarán a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
Salva voto

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FELIPE TORRES contra
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **FELIPE TORRES**, se **condene** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago del incremento del 14% por su cónyuge quien depende de un todo de él, junto con la indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fl. 3 vuelto).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 3), señaló que el ISS le reconoció la pensión de vejez a partir del 1° de septiembre de 2016, de conformidad con el Decreto 758 de 1990. Refiere que contrajo matrimonio con SILVIA OVIEDO DE TORRES del 25 de diciembre de 1968, con quien convive desde dicha data y depende de un todo de él, pues no trabaja ni percibe pensión, además de ser su beneficiaria en salud. Finalmente, expone que elevó reclamación administrativa el 26 de octubre de 2017, la cual le fue negada por la demandada.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 28 a 34), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 2, 10 y 11 y no le constan los demás. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, carencia de causa para demandar y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 18 de febrero de 2019 (CD – fl. 52), **declaró** probada la excepción de prescripción, **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas al demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$850.000.

Fundamentó su decisión, indicando que el incremento solicitado se encuentra vigente y es plenamente aplicable para aquellas personas que se pensionaron bajo los parámetros del acuerdo 049 de 1990, ya sea directa o como en este caso en aplicación del régimen de transición, en atención a lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 100 de 1993 y como también lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia. Refiere que el demandante cumple con los presupuestos establecidos el artículo 21 del decreto 758 de 1990, para hacerse acreedor de los incrementos deprecados, toda vez que además de haber sido pensionado bajo la normatividad en comento por vía de transición, se demostró que su esposa depende económicamente de él, lo cual se prueba con la testimonial recaudada, sin embargo, aduce que no se accederá a las pretensiones de la demanda en la medida que dicho incremento se encuentra afectado por la prescripción, toda vez que este beneficio no hace parte de la pensión como lo señala el artículo 22 del mencionado decreto y por ende no goza de las prerrogativas de una pensión como la imprescriptibilidad, como así lo ha

señalado la Corte Suprema de Justicia; luego al hacerse exigible el incremento el 30 de agosto de 2006 y la reclamación elevarse el 26 de octubre de 2017, ya habían transcurrido el término trienal de que trata el artículo 151 del CPL, de ahí que se declare probado dicho medio exceptivo.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que se desconocieron los principios in dubio pro operario y de favorabilidad, que en caso de duda o contradicción entre las altas cortes se debe aplicar la más favorable al pensionado o trabajador, sumado a que las sentencias de tutela constituyen precedente constitucional y por ende, deben ser acogidas por los funcionarios judiciales.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si los incrementos por personas a cargo establecidos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 se encuentran vigentes y en caso afirmativo, establecer si el demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para acceder a éstos.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor FELIPE TORRES, conforme se infiere de la copia de la Resolución 035346 del 30 de agosto de 2006 (fl. 10), mediante la cual el ISS hoy 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 \$882.666, a partir del 1° de septiembre de 2006.

Incremento por personas a cargo

En cuanto a la vigencia de los incrementos pensionales contenidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la Corte Constitucional en sentencia SU – 140 de 2019,

señaló:

“Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 de Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y solo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos.”

(..)

“Lo señalado es razón suficiente para negar la existencia de la duda que es requisito sine qua non para la aplicación del principio indubio pro operario. En efecto, por una parte, aun cuando es cierto que tal principio ha servido para resolver problemas jurídicos que involucran derechos pensionales, recuérdese que los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 carecen, por disposición expresa de la Ley, de cualquier naturaleza pensional. Y por otra parte, las disposiciones que incluyó el Acto legislativo 01 de 2005 sobre el artículo 48 superior no permiten pensar en siquiera la remota posibilidad de aplicar los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 sobre cualquier pensión que se hubiera causado después de expedida la Ley 100 de 1993.”

(..)

“De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto Legislativo 01 de 2015.

Por ende, la discusión relativa a la prescriptibilidad de la acción tendiente a la obtención de dichos incrementos resulta inane pues la prescripción extintiva sólo puede operar cuando existe un derecho susceptible de prescribir.”

Al respecto es importante precisar, que **dicho pronunciamiento resulta vinculante y en lo relativo a cuándo empieza a operar**, la misma Corte Constitucional ha sostenido en sentencias como la C-973 de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, que cuando no se haya modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos del mismo se producen a partir del día siguiente a la fecha en que se tomó la decisión y no a partir de la fecha en que se suscribió su texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se

complementa con sus salvamentos o aclaraciones de voto, o el de su notificación o ejecutoria, de conformidad con lo estipulado en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Postura que se puede leer en las consideraciones 7 y 9 de la referida sentencia, a saber:

“7. Esta Corporación en diversas oportunidades ha establecido que cuando en una sentencia no se ha modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en el caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, “a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexecuibilidad y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria”

(..)

“9. Para determinar la oportunidad desde la cual las sentencias de constitucionalidad con efectos hacia el futuro tienen consecuencias jurídicas, la Corte ha recurrido al contenido normativo previsto en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Esta disposición además de permitir que por el reglamento interno de cada Corporación Judicial se establezca la forma como serán expedidas y firmadas las providencias, conceptos o dictámenes adoptados y de señalar un término perentorio para la consignación de salvamentos o aclaraciones de voto; determina que las sentencias que se profieran tendrán como fecha la del momento del fallo, esto es, aquella en la cual se adopta por la respectiva Corporación la decisión judicial y no aquella otra en que se suscribe formalmente el texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones”.

Así mismo, dicha Corporación en proveído T - 109 de 2019, señaló en cuanto al deber de respetar y acatar el precedente constitucional, lo siguiente:

*“... 92. En conclusión, todas las autoridades judiciales tienen el **deber de respetar y acatar el precedente constitucional, aún si existen pronunciamientos de otros órganos** que tienen la función de unificar jurisprudencia, pues prevalece la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional...”*

“Particularmente, en relación con el asunto objeto de análisis, la Sala resalta que todos los jueces y corporaciones judiciales deben observar la regla jurisprudencial que ha establecido esta Corporación en numerosas decisiones, de conformidad con la cual el IBL no es un aspecto incorporado en el régimen de transición. Además, dicho precedente tiene su origen en la garantía de los principios de igualdad

y solidaridad que irradian el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, razón por la cual no es admisible que las autoridades públicas se aparten del mismo.”

De suerte, que al acogerse el criterio expuesto por la Corte Constitucional específicamente la sentencia de unificación en mención, la misma constituye **doctrina constitucional de obligatorio cumplimiento**, lo cual se refuerza con lo dicho por dicho órgano en sentencias en las que dejó claro que la **doctrina constitucional es vinculante y obligatoria** en ciertos casos cuando señala respecto del análisis de la Ley 153 de 1887 la cual, se encuentra vigente, al indicar:

“Es necesario distinguir la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya constitucionalidad se examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley, al disponer:

"Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes" (Subraya la Corte).

Disposición que corrobora además, la distinción que se hizo entre doctrina constitucional y jurisprudencia, por lo que es apenas lógico que si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión, salvo las decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada, de ahí que las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.

Lo anterior encuentra sustento, en el artículo 5° de la misma ley (153 de 1887), cuyo texto reza:

"Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes" (Subraya la Corte).

Destacándose nítidamente, la función que está llamada a cumplir la **doctrina constitucional** en el campo interpretativo, la cual constituye un instrumento orientador y no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como **elemento integrador**: pues en este caso, es la propia Constitución - ley suprema-, la que se aplica” (C-083/95):

Entonces, la doctrina constitucional de la Corte Constitucional es obligatoria cuando se emplea como elemento integrador, (artículo 8 ley 153 de 1887) y cuando la doctrina constitucional es, a su vez, norma supletoria del ordenamiento jurídico y “para interpretar las leyes”, pues se considera que esta es la propia Constitución, tal como lo destaca el aparte antes transcrito y como lo establece el artículo 8 de la ley 153 de 1887 (cuando no haya ley exactamente aplicable a un caso controvertido) y en caso de no existir leyes semejantes, pues si las hay, se tendrán en cuenta las leyes que regulan materias semejantes, en virtud de la analogía.

En igual sentido, la Corte Constitucional al refrendar el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, señaló que en adelante el juez que se aparte de la doctrina constitucional de la Corte no solo viola la jurisprudencia sino que también atenta de manera flagrante contra la Carta Política, por ello es susceptible incluso de acción de tutela.

Ahora cuando la interpretación se hace por vía de autoridad, tiene carácter obligatorio general, **de conformidad con el artículo 48 de la ley 270 de 1996** (ley estatutaria de la Administración de justicia), que establece:

“ARTÍCULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. *Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:*

1. *Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. **La***

interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.

2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces

Así las cosas, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente y en los términos de la sentencia SU- 140 de 2019, es claro que los incrementos por personas a cargo **perdieron vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993**, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho al mismo con anterioridad a la expedición de tal normatividad, pues en ese evento sí habría lugar a reconocerlos.

En ese orden de ideas, se tiene que la actora adquirió el derecho a la pensión el **1° de septiembre de 2006** data para la cual ya no se encontraban vigentes los incrementos, en tanto éstos fenecieron del ordenamiento jurídico el 1° de abril de 1994 esto es, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 de ahí que el accionante no tenga derecho a los mismos.

En tales condiciones y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primer grado, por las razones aquí expuestas.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo del demandante.

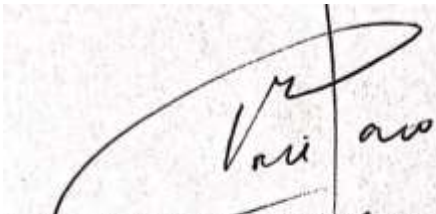
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, según las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

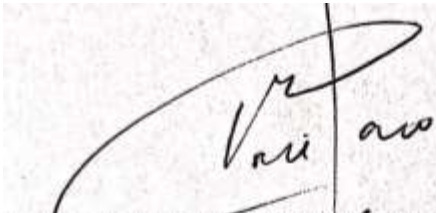


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(Salva voto)

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandante, la suma de \$300.000 pesos.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE - MARÍA DE LOS DOLORES MARTÍNEZ SÁNCHEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MARÍA DE LOS DOLORES MARTÍNEZ SÁNCHEZ**, se **declare** la nulidad del traslado efectuado a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR, junto con el efectuado posteriormente a esta, a la AFP SANTANDER y a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **ordene** a COLPENSIONES tenerla en el régimen de prima media como si nunca se hubiere trasladado, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fl. 114).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 114 a 116), señaló que se trasladó a la AFP COLPATRIA el 2 de junio de 1994 sin que se le

brindara información clara y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en cada uno de los regímenes. Refiere que el 27 de noviembre de 1997 se trasladó a PORVENIR; posteriormente el 18 de agosto de 2004 pasó a SANTANDER hoy PROTECCIÓN y finalmente el 14 de septiembre de 2009 se trasladó a HORIZONTE hoy PORVENIR. Menciona que las AFP son quienes tiene la carga de la prueba en demostrar que cumplieron con el deber de ofrecerle una información veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen, así como las ventajas y desventajas de cada uno. Afirma que nació el 6 de agosto de 1963 y que PORVENIR realizó una simulación pensional el 22 de mayo de 2018, en la que indica que al cumplir 57 años tendría una mesada pensional de \$2.158.000 si no dejara de cotizar y en el evento de no hacerlo, sería de \$2.029.500, mientras que en COLPENSIONES esta sería de \$6.898.169,95, pues acredita 1.507 semanas. Finalmente, expone que solicitó la nulidad de traslado a las demandadas la cual le fue negada por estas.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó el libelo (fls. 132 a 139), en la que se opuso a las pretensiones de este. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 7, 13 y 14 y no le constan los demás. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe.

A su turno, **PROTECCIÓN** contestó la demanda (fls. 152 a 158), oponiéndose a las pretensiones de esta. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 4 y 5 y no le constan los demás. Formuló las excepciones de validez de la afiliación a SANTANDER hoy PROTECCIÓN, buena fe, inexistencia de vicio en el consentimiento por error de derecho y prescripción.

PORVENIR contestó el introductorio (fls. 76 a 82), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 4, 13 y 16 y niega y no le constan los demás. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las

obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

Así mismo, en auto del 26 de octubre de 2018 (fl. 166), se tuvo por no contestada la reforma de la demanda a PORVENIR.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 15 de febrero de 2019 (CD – fl. 167), **declaró** ineficaz el traslado de régimen que hizo la demandante del ISS a COLPATRIA hoy PORVENIR el 1° de agosto de 1994, **declaró** que la actora se encuentra válidamente vinculada a COLPENSIONES, **condenó** a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y gastos de administración, **condenó** a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los rendimientos y costos cobrados por concepto de administración por el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esta, **ordenó** a COLPENSIONES que una vez ingresen los valores de la cuenta de la demandante, actualice la historia laboral, **declaró** no probadas las excepciones propuestas, **sin costas** para las demandadas.

Fundamentó su decisión, indicando que sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que las administradoras de fondos de pensiones tienen el deber de información respecto de sus afiliados, al igual que el presente caso se estudiará bajo la órbita de la ineficacia del traslado y no como una nulidad, como lo expone dicha Corporación. Menciona que la demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 había cotizado 229.71 semanas a régimen de prima media con prestación definida, empezado a cotizar en el RAIS desde julio de 1994 y la última cotización al ISS data de junio de la misma anualidad, es decir, se trasladó cuando habían transcurrido dos meses desde que entró en vigencia el sistema general de pensiones, de ahí que el traslado se torne ineficaz de conformidad con los artículos 15 y 17 del Decreto 692 de 1994, pues al 1° de abril de 1994 al venir con el régimen de prima media, debía respetársele su permanencia de tres años, siendo una obligación de los fondos

pensiones poner en conocimiento de las personas tal situación. Señala que la ineficacia del traslado no convalida los movimientos posteriores que haya efectuado la accionante dentro del RAIS a diferentes AFP, pues cada administradora estaba obligada a estudiar cada caso en particular, luego al presentar la actora una solicitud antes de tiempo, era obligación del fondo rechazar esa afiliación, evidenciándose un engaño al inducirla a afiliarse dentro del periodo de permanencia, de ahí que resulten ineficaces los traslados que hizo dentro del mismo régimen pensional, quedando válidamente vinculada a COLPENSIONES. Finalmente, respecto de la excepción de prescripción, aduce que el derecho a la pensión es imprescriptible lo cual cobija los traslados de régimen, en la medida que traen implícito el derecho a la pensión y por tanto no se encuentra probado dicho medio exceptivo.

APELACIÓN

PROTECCIÓN interpuso **recurso de apelación**, manifestando que las pretensiones de la demanda no se relacionan con la ineficacia del traslado, como tampoco se dan los presupuestos para declararla de conformidad con las facultades ultra y extra petita, en tanto no fue alegada por la parte actora la existencia de esa ineficacia ni tampoco fue objeto de debate. Menciona que no resulta aplicable lo señalado en los artículos 15 y 17 del Decreto 692 de 1994, por cuanto para el presente caso, el parágrafo del artículo 11 de dicho decreto, establece una excepción a la limitante de los tres años, en tanto señala que quienes a 1° de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS pueden continuar en este sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario en el cual conste su vinculación y en esos casos, no es aplicable la prohibición de traslado dentro de los tres años que alude el artículo 15 y por ende podía ejercer en cualquier momento la opción de traslado, por lo que al encontrarse la demandante afiliada al ISS a 31 de marzo de 1994 no resultaba aplicable la limitante de los tres años. Expone que se acuerdo con las pruebas que reposan en el expediente la demandante estuvo afiliada a la AFP entre el 18 agosto de 2004 y el 14 de septiembre de 2009, habiendo la entidad procedido a la devolución de los saldos que tenía en al cuenta con los respectivos rendimientos, de ahí que la orden dada respecto a la devolución de los saldos de la cuenta no resulta válida pues estos están en

poder de PORVENIR. Finalmente, sobre la devolución de los gastos de administración ello implica un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante teniendo en cuenta que los costos de administración se encuentran establecidos tanto para el RAIS como para el régimen de prima media y que al retornar a COLPENSIONES esos dineros también se hubieran causado en esta.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si existió traslado de régimen y en caso afirmativo, determinar si este es ineficaz ya sea porque la actora se trasladó antes del tempo estipulado para ello o por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la demandante en su cuenta de ahorro individual, al igual que se analizará la excepción de prescripción propuesta por el ente de seguridad social.

Traslado de régimen

Previo a resolver lo pertinente, se hace necesario establecer si el traslado del régimen es válido a las luces del artículo 15 del Decreto 692 de 1994, como inicialmente lo estudio el a quo quien determinó la ineficacia del mismo, por haberse efectuado dentro del límite temporal de que trata la norma en cita.

Ahora, si bien PROTECCIÓN en el recurso de alzada alega que el a quo no podía abordar el estudio de la nulidad solicitada teniendo en cuenta una ineficacia, dado que ello no fue solicitado en la demanda, lo cierto es que contrario a lo afirmado por el recurrente, el juzgador de primer grado si estaba facultado para ello, pues la esencia del proceso data de la invalidación de la afiliación de la actora al RAIS, luego tal circunstancia si fue debatida en el proceso, máxime si COLPENSIONES dentro de su defensa, invocó la normatividad sobre la cual el juez basó su decisión.

Dicho lo anterior y descendido al caso objeto de estudio, se tiene que según la historia laboral de la demandante (fl. 59), se evidencia que efectuó aportes al ISS hoy COLPENSIONES del 1° de febrero de 1990 al 30 de junio de 1994 y posteriormente el 2 de junio de 1994 (fl. 121), se afilió a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR.

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencia 39772 del 5 de octubre de 2010, señaló:

“De acuerdo a lo anterior, confunde el Tribunal lo que es la afiliación al sistema de seguridad social, que ha sostenido la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como la de esta Sala, tiene un carácter vitalicio, se efectúa a través de una primera y única inscripción y no se pierde o suspende porque se dejen de causar cotizaciones en un determinado interregno de tiempo, con la vinculación a uno de los dos regímenes de pensiones que contempla dicho sistema, y que delimita muy claramente el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, en los siguientes términos:

*“**Permanencia de la afiliación.** La afiliación al Sistema General de Pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios periodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tengan más de seis meses de no pago de cotizaciones.”* (Subrayas fuera de texto)

Del hecho que la afiliación al Sistema General de Pensiones sea única y permanente, no se desprende, entonces, como lo dedujo el Tribunal, que para efectos de la selección de régimen de pensiones a que se refiere el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el trabajador ya estuviere matriculado en el correspondiente al de prima media con prestación definida, desde el año 1985, cuando se afilió por primera vez al ISS, porque esa vinculación anterior apenas se dio hasta el año de 1990, de modo que cuando entró a regir el nuevo sistema se encontraba inactivo, y el afiliado vino a manifestar su voluntad de matricularse en uno u otro de los regímenes contemplados en la nueva legislación apenas en el año de 1995, cuando se afilió al ISS, estando vigente la Ley 100 de 1993.

La selección prevista en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, solo vino a operar a partir del 1 de abril de 1994, tal como se establece en el artículo 3 del Decreto 692 de 1994, al disponer:

“Selección de régimen pensional. A partir del 1 de abril de 1994, los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen. En consecuencia deberán seleccionar uno de los siguientes regímenes:

“a) Régimen Solidario de Prima Media de Prestación Definida;

“b) Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 100 de 1993, ninguna persona podrá estar simultáneamente afiliada a los dos regímenes del sistema.”

Ahora bien, caso diferente es el de aquellos que venían vinculados al ISS al 31 de marzo de 1994 y continuaron afiliados a dicha entidad en vigencia de la nueva legislación, frente a los cuales dispuso el inciso final del artículo 11 ibidem:

“Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS pueden continuar en dicho Instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado.” (Subrayas fuera de texto).

Además, debe decirse que no cabe entender que el trabajador hubiere seleccionado régimen de pensiones desde el 8 de abril de 1985, como lo entendió el Tribunal, cuando aún no había entrado en vigencia el nuevo sistema general de pensiones y, por lo tanto, ni siquiera existía opción de régimen pensional a escoger, ya que el único existente era el administrado por los Seguros Sociales en el sector privado.”

Conforme a ello, es claro que cuando empezó a regir el sistema general de pensiones el 1° de abril de 1994, la actora guardó silencio y continuó en el ISS; luego es claro que al permanecer en este con posterioridad a la data en comento, optó en su momento por continuar en el régimen de prima media con prestación definida como lo dispone el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, de ahí que este evento contrario a lo señalado por el a quo, haya operado válidamente el traslado de régimen, pues la accionante dada su condición, podía ejercer en cualquier momento la opción de traslado.

Ineficacia del traslado por falta de información

Siendo ello así y como quiera que los argumentos expuestos por el a quo no encuentran asidero alguno se procede a estudiar las pretensiones de la demanda, no sin antes advertir, que si bien en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde la ineficacia de dicho acto y no mediante la nulidad,

toda vez que 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, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora MARÍA DE LOS DOLORES MARTÍNEZ SÁNCHEZ el 2 de junio de 1994 (fl. 121), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR, posteriormente el 27 de noviembre de 1997 (fl. 122), se trasladó a PORVENIR, el 18 de agosto de 2004 se cambió a SANTANDER hoy PROTECCIÓN (fl. 123) y el 14 de septiembre de 2009 se afilió a HORIZONTE hoy PORVENIR donde se encuentra en la actualidad (fl. 121 vuelto), al igual que como se indicó en

aportes anteriores, cotizó al ISS hoy COLPENSIONES del 1° de febrero de 1990 al 30 de junio de 1994 (fl. 59).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien no se desconoce la existencia del formulario de afiliación a la AFP COLPATRIA que obra a folio 121 y del cual se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, también lo es que ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues dicha entidad obligada a informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos,

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, como también señalarle que en virtud del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, podía regresar al régimen de prima media cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Ahora, si bien la demandante era mayor de edad, capaz y profesional al momento del traslado, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema y menos aún, se pueda dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con ello, habida cuenta que el deber de información data independientemente de la edad o del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado y su nivel de escolaridad; siendo deber de la AFP asesorarla y no de aquella de buscar la información por sus propios medios.

Refuerza lo anterior, el hecho en que si la demandante tuvo varios movimientos entre AFPS, también lo es que en el caso de PROTECCIÓN, PORVENIR y HORIZONTE, éstas no estaban obligadas a subsanar la información que en su momento no le brindó COLPATRIA, pues lo que ocurrió fue un traslado entre administradoras, por lo que a aquellas solo les bastaba con indicar las ventajas y desventajas frente a la otra administradora y si en gracia de discusión, se tuviere que estaban obligadas a asesorarla sobre el traslado de régimen, tal situación tampoco se demostró, en la medida que no existe prueba alguna que acredite que las afirmaciones contenidas en los formularios de afiliación relacionadas con la asesoría brindada.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PORVENIR antes COLPATRIA, pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar el formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz, pero por las consideraciones aquí anotadas.

De otro lado, en lo atinente a la publicación que milita a folios 109 y 110 efectuada en enero de 2004, debe advertirse que esta se realizó a nivel nacional, sin que se demuestre que la información allí contenida haya sido puesta de presente a la actora de manera puntual, pues ello debió hacerlo la AFP personalmente en la medida que se trataba de su futuro pensional o por lo menos, asegurarse que tuvo conocimiento de la misma, lo cual no aparece acreditado en el plenario.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado en lo atinente a COLPENSIONES, es claro para la Sala que tal circunstancia implica que se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a la administradora, de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual y que la integran con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

De ahí que PROTECCIÓN, también deba trasladar a COLPENSIONES lo relativo únicamente a gastos de administración, comisiones y seguros provisionales que le fueron descontados a la accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada a SANTANDER, en tanto, ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales que surjan en favor de aquella y que estarán a cargo del ente de seguridad social.

Por lo que sobre estos puntos se modificará la sentencia apelada en tanto el a quo en el caso de PORVENIR, no ordenó la devolución de la totalidad de los rubros antes expuestos y respecto a PROTECCIÓN, solo debe trasladar los emolumentos indicados en el párrafo que antecede, sin incluir en este último evento, algún tipo de rendimiento habida cuenta que estos fueron trasladados en su momento a HORIZONTE cuando devino la afiliación de la accionante a esta.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción propuesta por las accionadas, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter

su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁN LOS ORDINALES TERCERO Y CUARTO** de la sentencia apelada, en la forma antes expuesta y se **CONFIRMARÁ** en lo demás, por las razones aquí expuestas.

COSTAS

Sin costas en esta instancia, dado que el recurso de PROTECCIÓN prosperó parcialmente.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia apelada, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** traslade a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual.

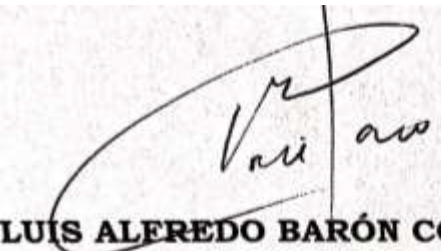
SEGUNDO: MODIFICAR EL ORDINAL CUARTO del proveído impugnado, en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** traslade a COLPENSIONES las sumas descontadas a la demandante por concepto de

gastos de administración, comisiones y seguros provisionales, durante su permanencia en SANTANDER.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del 15 de febrero de 2019, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – ALBA JOSEFINA SARMIENTO
NOVA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **ALBA JOSEFINA SARMIENTO NOVA**, se **declare** la nulidad del traslado y de la afiliación con PORVENIR y que es beneficiaria del régimen del régimen de transición de régimen. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a PORVENIR a trasladar todos los aportes junto con sus rendimientos a COLPENSIONES y a esta, a activar la afiliación al régimen de prima media con prestación definida como beneficiaria del régimen de transición, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 56 y 57).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 35 a 37), señaló que nació el 17 de junio de 1958 y para el 1° de abril de 1994 contaba con 35 años de edad, al igual que al 25 de julio 2005 contaba tenía más de 750

semanas cotizadas y al 31 de diciembre de 2014, contaba con la edad de 55 años y más de 1000 semanas cotizadas. Sostiene que el 1° de octubre de 1999 se afilió a HORIZONTE hoy PORVENIR, quien no le brindó la información adecuada y completa, más aún teniendo en cuenta que es beneficiaria del régimen de transición, pues si bien la asesoró en cuanto a las ventajas del RAIS, nada le dijo sobre las desventajas del mismo ni las consecuencias dada su condición especial. Afirma que el 6 de octubre de 2017 le solicitó a PORVENIR copia de los documentos en los que constara la afiliación y la información brindada al momento de esta, además de la historia laboral donde consten todos los aportes y la realización de una proyección del monto de la mesada pensional, a lo que el fondo el 13 de noviembre de la misma anualidad allegó respuesta, remitiéndole copia de la historia laboral, formulario de afiliación y proyección de la mesada pensional. Finalmente, menciona que el 7 de noviembre de 2017 radicó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, quien solo le envió copia de la historia laboral.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó el libelo (fls. 66 a 77), en la que se opuso a las pretensiones de este. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 2, 6, 7, 13 y 14 y niega y no le constan los demás. Formuló las excepciones de fondo de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe.

PORVENIR contestó el introductorio (fls. 107 a 113), oponiéndose a sus pretensiones. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 2, 7, 11, 12 y 16 y niega y no le constan los demás. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento la haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 8 de febrero de 2019 (CD – fl. 189), **declaró** la nulidad del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la accionante, materializado el 1° de noviembre de 1999, **declaró** válidamente vinculada a la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, **condenó** a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen, **ordenó** a COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de la demandante, actualice la información en su historia laboral para garantizar el derecho pensional, bajo las normas que regulan el régimen de prima media con prestación definida, **declaró** no probadas las excepciones propuestas y **condenó** en costas a PORVENIR incluyendo como agencias en derecho la suma de \$3.000.000, **sin costas** para COLPENSIONES.

Fundamentó su decisión, indicando que la corte constitucional ha señalado que las personas que se trasladaron de régimen solo pueden regresar en cualquier tiempo siempre que acrediten 15 años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que en el caso puntual de la demandante, al ser una servidora pública, la entrada en vigencia de dicha norma se extendió al 30 de junio de 1995 y si bien para esa data tenía más de 35 años de edad lo que la hace beneficiaria del régimen de transición, también lo es que no tenía 15 años, por lo que no podía devolverse al régimen de prima media; sin embargo, al ser beneficiaria de la transición tenía una expectativa de pensionarse bajo este régimen, de ahí que haya lugar a estudiar lo pertinente a la nulidad de traslado solicitada, la cual se analizará como una nulidad absoluta, la cual se encuentra regulada en el artículo 1742 del C.C. Expone que de acuerdo al material probatorio que obra en el expediente, se observa que a actora tenía capacidad para ejercer sus derechos y contraer obligaciones al momento de la afiliación, al igual que este estuvo de un objeto y causa lícita, sin embargo, el fondo estaba obligado a suministrarle la debida información al momento de tomar la

decisión de trasladarse, de lo cual, aduce no hay prueba en el expediente y al tener la actora una clara expectativa para pensionarse al ser beneficiaria del régimen de transición, era obligación de PORVENIR informarle también que en virtud de la ley 797 de 2003, podía devolverse al régimen de prima media cuando le faltaren más de 10 años para cumplir la edad para pensionarse y si bien, el fondo argumenta que esa información se dio al público en general a través de una publicaciones en los diarios de amplia circulación nacional, no se evidencia que esta le haya sido enviada a la dirección de residencia de la demandante, de ahí que dada la expectativa que tenía la demandante, el consentimiento de esta se ve afectado por el dolo, dada la poca prudencia que manejó la AFP al momento del traslado, úes no le explicó las consecuencias que conllevaba su decisión al ser beneficiaria del aludido régimen, pro lo que ante la evidente falta de información, es claro que existió un engaño al inducirla a aceptar el traslado al no asesorarla de manera clara, veraz y oportuna. Afirma que conforme a ello su traslado es nulo y por ende se encuentra válidamente vinculada a COLPENSIONES y si bien al momento del traslado se encontraba con CAJANAL lo cierto es que es COLPENSIONES la única administradora del régimen de prima media, quedando CAJANAL asolo administrando el régimen de quienes las personas que se encontraban afiliada a ella y al ordenarse su liquidación, todos los afiliados pasaron al entonces ISS en julio de 2009, motivo por el cual la accionante debe retornar a COLPENSIONES pues de no haberse surtido el traslado, estaba obligada dada la liquidación de CAJANAL pasar a la administradora de pensiones. Finalmente, sobre la excepción de prescripción, aduce que por tratarse la nulidad del traslado de un tema pensional, es imprescriptible.

APELACIÓN

PORVENIR interpuso recurso de apelación, manifestando que no existe prueba que el consentimiento del traslado a PORVENIR haya estado viciado de nulidad y mucho menos que se denote al presencia de algún vicio en el consentimiento, pues como se dijo, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, como tampoco se acreditaron artificios o engaños de los cuales se desprenda un vicio en el consentimiento, ya que está demostrado que para la época del traslado la asesoría se brindó de manera

verbal, pues los fondos no tenían la obligatoriedad de dejar por escrito el contenido de la asesoría suministrada, por el contrario, en el formulario de afiliación se observa que en este sí se dejó constancia que el traslado se hizo de forma libre, espontánea y sin presiones, al igual que se le brindó información sobre el régimen de prima media con solidaridad y a su vez se le indicó lo relacionado con el régimen de transición y bonos pensionales, luego al ser la asesoría de carácter verbal, el formulario de afiliación debe tenerse como la información que se le suministró, el cual fue firmado por la actora sin ser tachado de falso, deviniendo el traslado de la voluntad de la demandante que no ha estado viciada en su consentimiento, pues la información fue veraz. Finalmente, solicita se revoque la condena impuesta por concepto de gastos de administración, como quiera que los mismos se hicieron por las normas que regulan la materia, al igual que solicita se revoque la condena en costas por ser excesivas.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado de régimen que efectuó la demandante del régimen de prima media al RAIS a través de PORVENIR, es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la accionante en su cuenta de ahorro individual, al igual que se analizará la excepción de prescripción propuesta por el ente de seguridad social.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde la ineficacia de dicho acto y no mediante la nulidad, toda vez que 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, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en

las sentencias con radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora ALBA JOSEFINA SARMIENTO NOVA el 16 de septiembre de 1999 el cual se hizo efectivo el 1° de noviembre de la misma anualidad (fls. 114 y 15), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR donde se encuentra en la actualidad y ha efectuado cotizaciones desde el 1° de octubre de 1999 a la fecha (fls. 126 a 132), al igual que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES del 11° de septiembre de 1983 al 30 de diciembre de 1984 (fl. 79) y a CAJANAL del 16 de septiembre de 1986 al 30 de noviembre de 1999 (fls. 133 y 134).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien no se desconoce la existencia del formulario de afiliación a la AFP PORVENIR que obra a folio 115 y del cual se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, también lo es que ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues dicha entidad estaba obligada a informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos, máxime si era beneficiaria del régimen de transición, pues a 1° de abril de 1994 contaba con 35 años; aspecto este sobre el cual tampoco se le brindó la respectiva asesoría, más aún, cuando dada su condición, era claro que le convenía más el régimen de prima media.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, como también señalarle que en virtud del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, podía regresar al régimen de prima media cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Ahora, si bien la demandante era mayor de edad y capaz al momento del traslado, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema y menos aún, se pueda dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con ello, habida cuenta que el deber de información data independientemente de la edad o del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado y su nivel de escolaridad;

siendo deber de la AFP asesorarla y no de aquella de buscar la información por sus propios medios.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PORVENIR, pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar el formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz.

De otro lado, en lo atinente a la publicación que milita a folios 138 y 139 efectuada en enero de 2004, debe advertirse que esta se realizó a nivel nacional, sin que se demuestre que la información allí contenida haya sido puesta de presente a la actora de manera puntual, pues ello debió hacerlo la AFP personalmente en la medida que se trataba de su futuro pensional o por lo menos, asegurarse que tuvo conocimiento de la misma, lo cual no aparece acreditado en el plenario.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado en lo atinente a COLPENSIONES, es claro para la Sala que tal circunstancia implica que se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292 y si bien al momento del traslado de encontraba afiliada a CAJANAL, lo cierto es que dada la liquidación de esta y en virtud de lo normado en el artículo 4° del Decreto 2196 de 2009, es su deber recibirla en tanto la caja se encuentra liquidada y la UGPP quien se creó en su reemplazo, por disposición legal no recibe nuevos afiliados en tanto es la encargada únicamente de administrar las pensiones de las entidades liquidadas y todo lo relacionado con parafiscales.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a la administradora, de

los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual y que la integran con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

De ahí que PORVENIR de acuerdo a lo antes anotado y a la jurisprudencia relacionada en precedencia, deba trasladar a COLPENSIONES los emolumentos antes anotados, por lo que sobre este aspecto dado el grado jurisdiccional de consulta que le asiste al ente de seguridad social, se modificará la sentencia apelada, en tanto el a quo omitió incluirlos en su totalidad.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Finalmente, en lo atinente a la condena en costas efectuada a PORVENIR, es del caso advertir la misma resulta procedente en los términos del numeral 1° del artículo 365 del CGP, en la medida que resultó vencida en el proceso y en cuanto al monto fijado por concepto de agencias en derecho, de conformidad con el artículo 366 ibidem, este es solo debatible mediante

los recursos de reposición y en subsidio apelación que se interpongan en contra del auto que las apruebe.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ EL ORDINAL TERCERO** de la sentencia apelada, en la forma antes expuesta y se **CONFIRMARÁ** en lo demás.

COSTAS

En esta instancia a cargo de PORVENIR.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

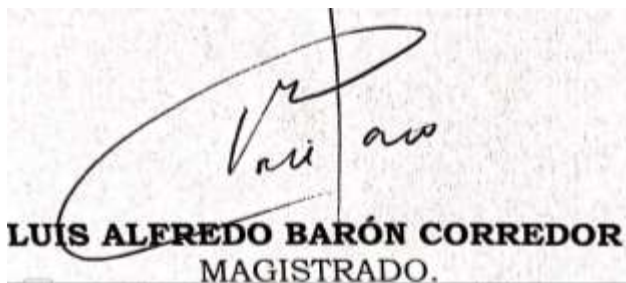
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia apelada, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** traslade a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído impugnado.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

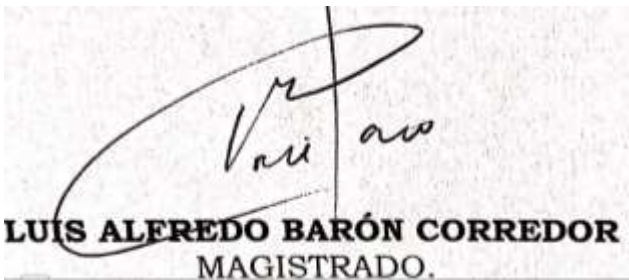


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PORVENIR, la suma de \$900.000 pesos.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE –JOSE DEL CARMEN GARCÍA VARGAS-
CONTRA –LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES-**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita el señor **JOSE DEL CARMEN GARCÍA VARGAS**, se **condene** a COLPENSIONES a reconocer y pagar el incremento del 14% para su compañera permanente Ana Cilia Holguín Arévalo, sobre su pensión de vejez, al depender económicamente de él; solicitando adicionalmente se **condene** el reconocimiento desde la fecha en que le cancelaron la pensión junto con el respectivo retroactivo, se indexe el valor para que recupere el valor adquisitivo y se **condene** al pago de las costas procesales (fl. 2).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fl. 3 del plenario, en los cuales en síntesis señaló; que le fue reconocida pensión de vejez por parte de COLPENSIONES mediante acto administrativo GNR 017994 el 11 de diciembre de 2012, bajo los lineamientos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 al ser beneficiario del régimen de transición; acotó que lleva conviviendo en unión marital de hecho y de manera permanente con la señora Ana Cilia Holguín Arévalo desde hace 26 años quien depende económicamente de él, ya que no labora, no recibe pensión y figura como su beneficiaria en servicios de salud, agregó que mediante derecho de petición el 12 de enero de 2018 solicitó ante COLPENSIONES el incremento pensional, agotando de esta forma la reclamación administrativa.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 3, 7 y 8, con relación al numeral 10 indicó no corresponder a una situación fáctica y no constarle los demás,, propuso como excepciones de fondo carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación e innominada o genérica (fls.33 a 44).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 27 de febrero de 2019, **declaró** probada la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES y **absolvió** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, y **condenó** en costas al demandante (CD fl.66).

Como argumento de su decisión, el *a quo* precisó con relación con el incremento por personas a cargo contemplado en el artículo 21 del acuerdo 049 de 1990 encontrarse vigentes, adicionalmente acotó que la señora Ana Cilia Holguín conforme a declaraciones extrajuicio era la compañera permanente del aquí actor desde hace 26 años, así como haberse acreditado mediante la misma documental, lo relacionada a la dependencia económica y junto con el certificado de la EPS en el que se evidenciaba que su compañera permanente era la beneficiaria, lo hacía acreedor del incremento solicitado en el petitum de la demanda.

Acto seguido, analizó la excepción propuesta por la entidad demandada, indicando que acogía la postura de la Corte Suprema de Justicia, con relación a la prescripción total del derecho, esto a que debió reclamarse en los tres años siguientes de cuando el derecho se hizo exigible, por lo que al haberse reconocido la pensión de vejez en el presente asunto el 1 de agosto de 2012 y al haberse solicitado hasta el 12 de enero de 2018, debía declarar probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada.

APELACIÓN

LA PARTE ACTORA interpuso recurso de apelación, argumentando que los incrementos pensionales eran imprescriptibles, al tratarse de prestaciones periódicas, por lo que solicitó se diera aplicación al principio de favorabilidad.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si los incrementos por personas a cargo establecidos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 se encuentran vigentes y en caso afirmativo, establecer si el demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para acceder a éstos.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor JOSE DEL CARMEN GARCÍA VARGAS, conforme se infiere de la copia de la Resolución GNR 017994 del 11 de diciembre de 2012 (fl. 60 a62), 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 \$887,343, a partir del 1° de agosto de 2012.

Incremento por personas a cargo

En cuanto a la vigencia de los incrementos pensionales contenidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la Corte Constitucional en sentencia SU – 140 de 2019, señaló:

“Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 de Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y solo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos.”

(..)

“Lo señalado es razón suficiente para negar la existencia de la duda que es requisito sine qua non para la aplicación del principio indubio pro operario. En efecto, por una parte, aun cuando es cierto que tal principio ha servido para resolver problemas jurídicos que involucran derechos pensionales, recuérdese que los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 carecen, por disposición expresa de la Ley, de cualquier naturaleza pensional. Y por otra parte, las disposiciones que incluyó el Acto legislativo 01 de 2005 sobre el artículo 48 superior no permiten pensar en siquiera la remota posibilidad de aplicar los incrementos pensionales que previó el

artículo 21 del Decreto 758 de 1990 sobre cualquier pensión que se hubiera causado después de expedida la Ley 100 de 1993.”

(..)

“De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto Legislativo 01 de 2015.

Por ende, la discusión relativa a la prescriptibilidad de la acción tendiente a la obtención de dichos incrementos resulta inane pues la prescripción extintiva sólo puede operar cuando existe un derecho susceptible de prescribir.”

Al respecto es importante precisar, que **dicho pronunciamiento resulta vinculante y en lo relativo a cuándo empieza a operar**, la misma Corte Constitucional ha sostenido en sentencias como la C-973 de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, que cuando no se haya modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos del mismo se producen a partir del día siguiente a la fecha en que se tomó la decisión y no a partir de la fecha en que se suscribió su texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones de voto, o el de su notificación o ejecutoria, de conformidad con lo estipulado en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Postura que se puede leer en las consideraciones 7 y 9 de la referida sentencia, a saber:

“7. Esta Corporación en diversas oportunidades ha establecido que cuando en una sentencia no se ha modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en el caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, “a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexequibilidad y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria”

(..)

“9. Para determinar la oportunidad desde la cual las sentencias de constitucionalidad con efectos hacia el futuro tienen consecuencias jurídicas, la Corte ha recurrido al contenido normativo previsto en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Esta disposición además de permitir que por el reglamento interno de cada Corporación Judicial se establezca la forma como serán expedidas y firmadas las providencias, conceptos o dictámenes adoptados y de señalar un término perentorio para la consignación de salvamentos o aclaraciones de voto; determina que las sentencias que se profieran tendrán como fecha la del momento del fallo, esto es, aquella en la cual se adopta por la respectiva Corporación la decisión judicial y no aquella otra en que se suscribe formalmente el texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones”.

Así mismo, dicha Corporación en proveído T - 109 de 2019, señaló en cuanto al deber de respetar y acatar el precedente constitucional, lo siguiente:

*“... 92. En conclusión, todas las autoridades judiciales tienen el **deber de respetar y acatar el precedente constitucional, aún si existen pronunciamientos de otros órganos** que tienen la función de unificar jurisprudencia, pues prevalece la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional...”*

“Particularmente, en relación con el asunto objeto de análisis, la Sala resalta que todos los jueces y corporaciones judiciales deben observar la regla jurisprudencial que ha establecido esta Corporación en numerosas decisiones, de conformidad con la cual el IBL no es un aspecto incorporado en el régimen de transición. Además, dicho precedente tiene su origen en la garantía de los principios de igualdad y solidaridad que irradian el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, razón por la cual no es admisible que las autoridades públicas se aparten del mismo.”

De suerte, que al acogerse el criterio expuesto por la Corte Constitucional específicamente la sentencia de unificación en mención, la misma constituye **doctrina constitucional de obligatorio cumplimiento**, lo cual se refuerza con lo dicho por dicho órgano en sentencias en las que dejó claro que la **doctrina constitucional es vinculante y obligatoria** en ciertos casos cuando señala respecto del análisis de la Ley 153 de 1887 la cual, se encuentra vigente, al indicar:

“Es necesario distinguir la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya constitucionalidad se examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley, al disponer:

“Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes” (Subraya la Corte).

Disposición que corrobora además, la distinción que se hizo entre doctrina constitucional y jurisprudencia, por lo que es apenas lógico que si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión, salvo las decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada, de ahí que las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.

Lo anterior encuentra sustento, en el artículo 5° de la misma ley (153 de 1887), cuyo texto reza:

"Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes" (Subraya la Corte).

Destacándose nitidamente, la función que está llamada a cumplir la **doctrina constitucional** en el campo interpretativo, la cual constituye un instrumento orientador y no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como **elemento integrador**: pues en este caso, es la propia Constitución -ley suprema-, la que se aplica" (C-083/95):

Entonces, la doctrina constitucional de la Corte Constitucional es obligatoria cuando se emplea como elemento integrador, (artículo 8 ley 153 de 1887) y cuando la doctrina constitucional es, a su vez, norma supletoria del ordenamiento jurídico y "para interpretar las leyes", pues se considera que esta es la propia Constitución, tal como lo destaca el aparte antes transcrito y como lo establece el artículo 8 de la ley 153 de 1887 (cuando no haya ley exactamente aplicable a un caso controvertido) y en caso de no existir leyes semejantes, pues si las hay, se tendrán en cuenta las leyes que regulan materias semejantes, en virtud de la analogía.

En igual sentido, la Corte Constitucional al refrendar el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, señaló que en adelante el juez que se aparte de la doctrina constitucional de la Corte no solo viola la jurisprudencia sino que también atenta de manera flagrante contra la Carta Política, por ello es susceptible incluso de acción de tutela.

Ahora cuando la interpretación se hace por vía de autoridad, tiene carácter obligatorio general, **de conformidad con el artículo 48 de la ley 270 de 1996** (ley estatutaria de la Administración de justicia), que establece:

"ARTÍCULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las

*normas de derecho en general. **La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.***

2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces

Así las cosas, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente y en los términos de la sentencia SU- 140 de 2019, es claro que los incrementos por personas a cargo **perdieron vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993**, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho al mismo con anterioridad a la expedición de tal normatividad, pues en ese evento sí habría lugar a reconocerlos.

En ese orden de ideas, se tiene que el actor adquirió el derecho a la pensión el **1° de agosto de 2012** data para la cual ya no se encontraban vigentes los incrementos, en tanto éstos fenecieron del ordenamiento jurídico el 1° de abril de 1994 esto es, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 de ahí que el actor no tenga derecho a los mismos.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia objeto de apelación en la forma antes anotada.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de JOSE DEL CARMEN GARCÍA VARGAS, de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

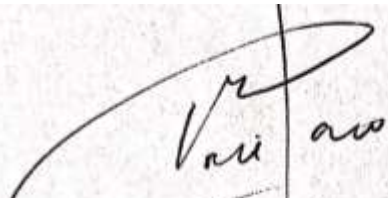
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a cargo de JOSE DEL CARMEN GARCÍA VARGAS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

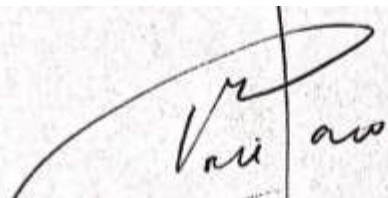


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(Salva voto)

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de JOSE DEL CARMEN GARCÍA VARGAS, en la suma de \$300.000 pesos.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE –HERIBERTO BAYONA PARRA-CONTRA -LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita el señor **HERIBERTO BAYONA PARRA**, se **declare** y se **condene** a COLPENSIONES debe reliquidar la pensión de vejez teniendo en cuenta el valor real de las cotizaciones realizadas en toda su vida laboral, de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 aplicando el principio de favorabilidad de la norma, reconociendo la diferencia existente entre el valor reconocido por concepto de mesadas pensionales y el valor producto de la reliquidación de la pensión, debidamente indexados desde la fecha del reconocimiento de la mesada pensional, junto con los intereses moratorios, asimismo se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas procesales (fl.4 a 5).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 3 a 4 del plenario, en los cuales en síntesis se señaló; que prestó servicios como empleado en varias empresas privadas del país desde el 01 de septiembre de 1975 al 05 de julio de 2015, realizándole los respectivos descuentos para realizar los aportes pensionales y que al inicio de su vida laboral, realizó cotizaciones con salarios superiores a los realizados en sus últimos diez años; acotó que COLPENSIONES reconoció la pensión de vejez mediante acto administrativo No. 134226 del 5 de mayo de 2016 y que para establecer

el monto de la mesada pensional tomó el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, con una tasa de reemplazo del 70.42%, en el que no se tuvo en cuenta el número de semanas ni la fecha de nacimiento (16 de marzo de 1954); agregó que para el pasado 22 de junio de 2016 radicó ante COLPENSIONES solicitud de reliquidación pensional que fue negada mediante resolución No. 231531 el 8 de agosto de 2016, existiendo una descomposición sustancial entre lo aportado y lo reconocido por la entidad pensional.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 2, 4 a 14 y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios, compensación e innominada o genérica (fls.34 a 42).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 06 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 19 de diciembre de 2018, **absolvió** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, y **condenó** en costas al demandante (CD fl.88).

Como argumento de su decisión, el *a quo* precisó que la mesada pensional reconocida mediante resolución No. GNR 134226 de 5 de mayo de 2016 ascendió a la suma de \$3.960.215 desde el 16 de marzo de 2016 bajos los preceptos de la Ley 797 de 2003, por lo que lo pretendido se circunscribía a calcular el IBL con el promedio de lo devengado en toda la vida laboral.

Así las cosas, trajo a colación el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y que atendiendo el número de semanas cotizadas por el actor conforme a reporte que milita en el plenario y que ascendió a 1.600.71, la entidad demandada si había realizado el cálculo sobre el promedio de lo devengado durante toda la vida , por lo que realizados los cálculos aritméticos se concluía que el valor de la mesada que más le favorecía, era el que había tomado COLPENSIONES, con el promedio de lo devengado en los últimos diez años.

CONSULTA

LA PARTE ACTORA no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Así las cosas, corresponde a la Sala determinar si el demandante es beneficiario del régimen de transición, a pesar de haberse trasladado de régimen y retornar finalmente al de prima media con prestación definida, y en caso afirmativo, verificar si resulta procedente reliquidar la pensión de vejez, en los términos solicitados en el petitum de la demanda.

NO CONSERVACIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN - RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE VEJEZ

Mediante Resolución GNR 134226 del 5 de mayo de 2016 (fl. 15 a 18), la demandada COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez al actor a partir del 16 de marzo de 2016, en aplicación del art. 33 de la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003.

En cuanto a la reliquidación de la pensión de vejez pretendida por el actor, la Sala encuentra que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 señala que para conservar las condiciones de edad, tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez establecida en el régimen anterior **al cual se encontraba afiliado** deben tener, para el 1º de abril de 1994 (fecha de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993), 35 años de edad o más si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, ó 15 o más años de servicios cotizados.

De lo anterior y conforme el acervo probatorio obrante en el infolio, como lo es la copia de la cédula de ciudadanía del actor que reposa a folio 30 del expediente, así como en el expediente administrativo digital (fl. CD- 43), se tiene que el demandante nació el 16 de marzo de 1954, por lo que reunía el requisito de la edad, siendo en principio aplicable el régimen de transición.

Ahora, en lo que tiene que ver con la pérdida de la transición por el cambio de régimen pensional, debe indicarse que la Corte Constitucional mediante la sentencia SU 130 de 2013, reitero los criterios dados en las sentencias SU-062 de 2010, C-789 de 2002, la C-1024 de 2004 y la T-818 de 2007, concluyendo que para conservar el régimen de

transición sólo se debe cumplir con el requisito de 15 años de servicios cotizados para el 1° de abril de 1994.

Pues bien, para el caso del demandante, **la Sala NO encuentra cumplido dicho presupuesto, comoquiera que para el 1° de abril de 1994, tenía cotizadas un total de 541,14 semanas, esto es, el equivalente a 10,52 años, conforme se extrae del reporte de semanas cotizadas que milita a folios 68 a 78 del expediente;** en el que no logró superar los 15 años de servicios requeridos para haber conservado la prerrogativa en mención.

Por lo anterior, encuentra la Sala ajustada la normatividad que se tuvo en cuenta al momento en que se realizó el reconocimiento pensional mediante Resolución GNR 134226 del 5 de mayo de 2016 al demandante, en el que adicionalmente se extrae que COLPENSIONES realizó dos liquidaciones para obtener el ingreso base de liquidación, la primera con el promedio de lo devengado durante toda la vida laboral (\$5.036.701) así como con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años (\$5.623.708), siendo este ultima la más favorable para el actor, que se tuvo en cuenta al momento del reconocimiento mediante acto administrativo, que guarda estrecha concordancia con las operaciones aritméticas aquí realizadas y que forman parte integral de la presente decisión.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia objeto de consulta en la forma antes anotada.

COSTAS

SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

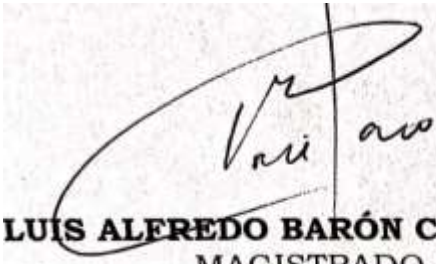
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada proferida por el Juzgado 06 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AFILIADO	HERIBERTO BAYONA PRRA
CEDULA	13626224
FECHA DE NACIMIENTO	16/03/1954
Norma utilizada	Ley 100 de 1994 Ley 797 de 2003
Año de la pensión	2016

Año	Fecha inicial	Fecha final	Días	IPC Inicial	IPC Final	Factor de Indexación	Salario	Salario Actualizado	Salario por días
1975	1/09/1975	30/09/1975	30,00	0,25	88,05	352,20	\$ 1.290,00	\$454.338,00	\$13.630.140,00
1975	1/10/1975	31/10/1975	31,00	0,25	88,05	352,20	\$ 1.290,00	\$454.338,00	\$14.084.478,00
1975	1/11/1975	30/11/1975	30,00	0,25	88,05	352,20	\$ 1.770,00	\$623.394,00	\$18.701.820,00
1975	1/12/1975	31/12/1975	31,00	0,25	88,05	352,20	\$ 1.770,00	\$623.394,00	\$19.325.214,00
1976	1/01/1976	31/01/1976	31,00	0,29	88,05	303,62	\$ 1.770,00	\$537.407,40	\$16.659.629,40
1976	1/02/1976	29/02/1976	29,00	0,29	88,05	303,62	\$ 1.770,00	\$537.407,40	\$15.584.814,60
1976	1/03/1976	31/03/1976	31,00	0,29	88,05	303,62	\$ 1.770,00	\$537.407,40	\$16.659.629,40
1976	1/04/1976	30/04/1976	30,00	0,29	88,05	303,62	\$ 1.770,00	\$537.407,40	\$16.122.222,00
1976	1/05/1976	8/05/1976	8,00	0,29	88,05	303,62	\$ 1.770,00	\$537.407,40	\$4.299.259,20
1976	10/05/1976	31/05/1976	22,00	0,29	88,05	303,62	\$ 1.770,00	\$537.407,40	\$11.822.962,80
1976	1/06/1976	30/06/1976	30,00	0,29	88,05	303,62	\$ 2.430,00	\$737.796,60	\$22.133.898,00
1976	1/07/1976	31/07/1976	31,00	0,29	88,05	303,62	\$ 2.430,00	\$737.796,60	\$22.871.694,60
1976	1/08/1976	31/08/1976	31,00	0,29	88,05	303,62	\$ 2.430,00	\$737.796,60	\$22.871.694,60
1976	1/09/1976	30/09/1976	30,00	0,29	88,05	303,62	\$ 2.430,00	\$737.796,60	\$22.133.898,00
1976	1/10/1976	31/10/1976	31,00	0,29	88,05	303,62	\$ 2.430,00	\$737.796,60	\$22.871.694,60
1976	1/11/1976	30/11/1976	30,00	0,29	88,05	303,62	\$ 2.430,00	\$737.796,60	\$22.133.898,00
1976	1/12/1976	31/12/1976	31,00	0,29	88,05	303,62	\$ 2.430,00	\$737.796,60	\$22.871.694,60
1977	1/01/1977	31/01/1977	31,00	0,36	88,05	244,58	\$ 2.430,00	\$594.329,40	\$18.424.211,40
1977	1/02/1977	28/02/1977	28,00	0,36	88,05	244,58	\$ 4.410,00	\$1.078.597,80	\$30.200.738,40
1977	1/03/1977	31/03/1977	31,00	0,36	88,05	244,58	\$ 4.410,00	\$1.078.597,80	\$33.436.531,80
1977	1/04/1977	30/04/1977	30,00	0,36	88,05	244,58	\$ 4.410,00	\$1.078.597,80	\$32.357.934,00
1977	1/05/1977	31/05/1977	31,00	0,36	88,05	244,58	\$ 4.410,00	\$1.078.597,80	\$33.436.531,80
1977	1/06/1977	30/06/1977	30,00	0,36	88,05	244,58	\$ 4.410,00	\$1.078.597,80	\$32.357.934,00
1977	1/07/1977	31/07/1977	31,00	0,36	88,05	244,58	\$ 4.410,00	\$1.078.597,80	\$33.436.531,80
1977	1/08/1977	31/08/1977	31,00	0,36	88,05	244,58	\$ 4.410,00	\$1.078.597,80	\$33.436.531,80
1977	1/09/1977	30/09/1977	30,00	0,36	88,05	244,58	\$ 4.410,00	\$1.078.597,80	\$32.357.934,00
1977	1/10/1977	31/10/1977	31,00	0,36	88,05	244,58	\$ 4.410,00	\$1.078.597,80	\$33.436.531,80
1977	1/11/1977	30/11/1977	30,00	0,36	88,05	244,58	\$ 4.410,00	\$1.078.597,80	\$32.357.934,00
1977	1/12/1977	31/12/1977	31,00	0,36	88,05	244,58	\$ 4.410,00	\$1.078.597,80	\$33.436.531,80
1978	1/01/1978	31/01/1978	31,00	0,47	88,05	187,34	\$ 9.480,00	\$1.775.983,20	\$55.055.479,20
1978	1/02/1978	28/02/1978	28,00	0,47	88,05	187,34	\$ 9.480,00	\$1.775.983,20	\$49.727.529,60
1978	1/03/1978	31/03/1978	31,00	0,47	88,05	187,34	\$ 9.480,00	\$1.775.983,20	\$55.055.479,20
1978	1/04/1978	30/04/1978	30,00	0,47	88,05	187,34	\$ 7.470,00	\$1.399.429,80	\$41.982.894,00
1978	1/05/1978	31/05/1978	31,00	0,47	88,05	187,34	\$ 7.470,00	\$1.399.429,80	\$43.382.323,80
1978	1/06/1978	30/06/1978	30,00	0,47	88,05	187,34	\$ 7.470,00	\$1.399.429,80	\$41.982.894,00
1978	1/07/1978	31/07/1978	31,00	0,47	88,05	187,34	\$ 9.480,00	\$1.775.983,20	\$55.055.479,20
1978	1/08/1978	31/08/1978	31,00	0,47	88,05	187,34	\$ 9.480,00	\$1.775.983,20	\$55.055.479,20
1978	1/09/1978	9/09/1978	9,00	0,47	88,05	187,34	\$ 9.480,00	\$1.775.983,20	\$15.983.848,80
1986	25/11/1986	30/11/1986	6,00	2,38	88,05	37,00	\$ 47.370,00	\$1.752.690,00	\$10.516.140,00
1986	1/12/1986	31/12/1986	31,00	2,38	88,05	37,00	\$ 47.370,00	\$1.752.690,00	\$54.333.390,00
1987	1/01/1987	31/01/1987	31,00	2,88	88,05	30,57	\$ 47.370,00	\$1.448.100,90	\$44.891.127,90
1987	1/02/1987	28/02/1987	28,00	2,88	88,05	30,57	\$ 47.370,00	\$1.448.100,90	\$40.546.825,20
1987	1/03/1987	31/03/1987	31,00	2,88	88,05	30,57	\$ 47.370,00	\$1.448.100,90	\$44.891.127,90
1987	1/04/1987	30/04/1987	30,00	2,88	88,05	30,57	\$ 47.370,00	\$1.448.100,90	\$43.443.027,00
1987	1/05/1987	31/05/1987	31,00	2,88	88,05	30,57	\$ 47.370,00	\$1.448.100,90	\$44.891.127,90
1987	1/06/1987	30/06/1987	30,00	2,88	88,05	30,57	\$ 47.370,00	\$1.448.100,90	\$43.443.027,00
1987	1/07/1987	31/07/1987	31,00	2,88	88,05	30,57	\$ 47.370,00	\$1.448.100,90	\$44.891.127,90
1987	1/08/1987	31/08/1987	31,00	2,88	88,05	30,57	\$ 47.370,00	\$1.448.100,90	\$44.891.127,90
1987	1/09/1987	30/09/1987	30,00	2,88	88,05	30,57	\$ 47.370,00	\$1.448.100,90	\$43.443.027,00
1987	1/10/1987	31/10/1987	31,00	2,88	88,05	30,57	\$ 47.370,00	\$1.448.100,90	\$44.891.127,90
1987	1/11/1987	10/11/1987	10,00	2,88	88,05	30,57	\$ 115.970,00	\$3.545.202,90	\$35.452.029,00
1987	11/11/1987	30/11/1987	20,00	2,88	88,05	30,57	\$ 68.600,00	\$2.097.102,00	\$41.942.040,00
1987	1/12/1987	31/12/1987	31,00	2,88	88,05	30,57	\$ 98.000,00	\$2.995.860,00	\$92.871.660,00
1988	1/01/1988	31/01/1988	31,00	3,58	88,05	24,59	\$ 143.038,00	\$3.517.304,42	\$109.036.437,02
1988	1/02/1988	29/02/1988	29,00	3,58	88,05	24,59	\$ 130.166,00	\$3.200.781,94	\$92.822.676,26
1988	1/03/1988	31/03/1988	31,00	3,58	88,05	24,59	\$ 123.306,00	\$3.032.094,54	\$93.994.930,74
1988	1/04/1988	30/04/1988	30,00	3,58	88,05	24,59	\$ 143.163,00	\$3.520.378,17	\$105.611.345,10
1988	1/05/1988	31/05/1988	31,00	3,58	88,05	24,59	\$ 143.163,00	\$3.520.378,17	\$109.131.723,27
1988	1/06/1988	30/06/1988	30,00	3,58	88,05	24,59	\$ 143.163,00	\$3.520.378,17	\$105.611.345,10
1988	1/07/1988	31/07/1988	31,00	3,58	88,05	24,59	\$ 163.020,00	\$4.008.661,80	\$124.268.515,80
1988	1/08/1988	31/08/1988	31,00	3,58	88,05	24,59	\$ 163.020,00	\$4.008.661,80	\$124.268.515,80
1988	1/09/1988	30/09/1988	30,00	3,58	88,05	24,59	\$ 163.020,00	\$4.008.661,80	\$120.259.854,00
1988	1/10/1988	31/10/1988	31,00	3,58	88,05	24,59	\$ 142.469,00	\$3.503.312,71	\$108.602.694,01
1988	1/11/1988	30/11/1988	30,00	3,58	88,05	24,59	\$ 144.353,00	\$3.549.640,27	\$106.489.208,10
1988	1/12/1988	31/12/1988	31,00	3,58	88,05	24,59	\$ 151.000,00	\$3.713.090,00	\$115.105.790,00

1989	1/01/1989	31/01/1989	31,00	4,58	88,05	19,22	\$ 163.020,00	\$3.133.244,40	\$97.130.576,40
1989	1/02/1989	28/02/1989	28,00	4,58	88,05	19,22	\$ 163.020,00	\$3.133.244,40	\$87.730.843,20
1989	1/03/1989	31/03/1989	31,00	4,58	88,05	19,22	\$ 163.020,00	\$3.133.244,40	\$97.130.576,40
1989	1/04/1989	30/04/1989	30,00	4,58	88,05	19,22	\$ 163.020,00	\$3.133.244,40	\$93.997.332,00
1989	1/05/1989	31/05/1989	31,00	4,58	88,05	19,22	\$ 163.020,00	\$3.133.244,40	\$97.130.576,40
1989	1/06/1989	30/06/1989	30,00	4,58	88,05	19,22	\$ 163.020,00	\$3.133.244,40	\$93.997.332,00
1989	1/07/1989	31/07/1989	31,00	4,58	88,05	19,22	\$ 163.020,00	\$3.133.244,40	\$97.130.576,40
1989	1/08/1989	31/08/1989	31,00	4,58	88,05	19,22	\$ 163.020,00	\$3.133.244,40	\$97.130.576,40
1989	1/09/1989	30/09/1989	30,00	4,58	88,05	19,22	\$ 163.020,00	\$3.133.244,40	\$93.997.332,00
1989	1/10/1989	31/10/1989	31,00	4,58	88,05	19,22	\$ 163.020,00	\$3.133.244,40	\$97.130.576,40
1989	1/11/1989	30/11/1989	30,00	4,58	88,05	19,22	\$ 65.200,00	\$1.253.144,00	\$37.594.320,00
1989	1/12/1989	31/12/1989	31,00	4,58	88,05	19,22	\$ 163.020,00	\$3.133.244,40	\$97.130.576,40
1990	1/01/1990	31/01/1990	31,00	5,78	88,05	15,23	\$ 299.711,00	\$4.564.598,53	\$141.502.554,43
1990	1/02/1990	28/02/1990	28,00	5,78	88,05	15,23	\$ 362.004,00	\$5.513.320,92	\$154.372.985,76
1990	1/03/1990	31/03/1990	31,00	5,78	88,05	15,23	\$ 324.522,00	\$4.942.470,06	\$153.216.571,86
1990	1/04/1990	30/04/1990	30,00	5,78	88,05	15,23	\$ 290.313,00	\$4.421.466,99	\$132.644.009,70
1990	1/05/1990	31/05/1990	31,00	5,78	88,05	15,23	\$ 337.122,00	\$5.134.368,06	\$159.165.409,86
1990	1/06/1990	30/06/1990	30,00	5,78	88,05	15,23	\$ 309.835,00	\$4.718.787,05	\$141.563.611,50
1990	1/07/1990	31/07/1990	31,00	5,78	88,05	15,23	\$ 354.539,00	\$5.399.628,97	\$167.388.498,07
1990	1/08/1990	31/08/1990	31,00	5,78	88,05	15,23	\$ 417.814,00	\$6.363.307,22	\$197.262.523,82
1990	1/09/1990	30/09/1990	30,00	5,78	88,05	15,23	\$ 455.574,00	\$6.938.392,02	\$208.151.760,60
1990	1/10/1990	31/10/1990	31,00	5,78	88,05	15,23	\$ 373.863,00	\$5.693.933,49	\$176.511.938,19
1990	1/11/1990	30/11/1990	30,00	5,78	88,05	15,23	\$ 298.703,00	\$4.549.246,69	\$136.477.400,70
1990	1/12/1990	31/12/1990	31,00	5,78	88,05	15,23	\$ 302.100,00	\$4.600.983,00	\$142.630.473,00
1991	1/01/1991	31/01/1991	31,00	7,65	88,05	11,51	\$ 307.800,00	\$3.542.778,00	\$109.826.118,00
1991	1/02/1991	28/02/1991	28,00	7,65	88,05	11,51	\$ 307.800,00	\$3.542.778,00	\$99.197.784,00
1991	1/03/1991	31/03/1991	31,00	7,65	88,05	11,51	\$ 288.900,00	\$3.325.239,00	\$103.082.409,00
1991	1/04/1991	30/04/1991	30,00	7,65	88,05	11,51	\$ 288.900,00	\$3.325.239,00	\$99.757.170,00
1991	1/05/1991	31/05/1991	31,00	7,65	88,05	11,51	\$ 326.700,00	\$3.760.317,00	\$116.569.827,00
1991	1/06/1991	30/06/1991	30,00	7,65	88,05	11,51	\$ 330.396,00	\$3.802.857,96	\$114.085.738,80
1991	1/07/1991	31/07/1991	31,00	7,65	88,05	11,51	\$ 345.600,00	\$3.977.856,00	\$123.313.536,00
1991	1/08/1991	31/08/1991	31,00	7,65	88,05	11,51	\$ 604.409,00	\$6.956.747,59	\$215.659.175,29
1991	1/09/1991	30/09/1991	30,00	7,65	88,05	11,51	\$ 463.949,00	\$5.340.052,99	\$160.201.589,70
1991	1/10/1991	31/10/1991	31,00	7,65	88,05	11,51	\$ 665.070,00	\$7.654.955,70	\$237.303.626,70
1991	1/11/1991	30/11/1991	30,00	7,65	88,05	11,51	\$ 51.720,00	\$595.297,20	\$17.858.916,00
1991	1/12/1991	31/12/1991	31,00	7,65	88,05	11,51	\$ 442.689,00	\$5.095.350,39	\$157.955.862,09
1992	1/01/1992	31/01/1992	31,00	9,7	88,05	9,08	\$ 428.945,00	\$3.894.820,60	\$120.739.438,60
1992	1/02/1992	29/02/1992	29,00	9,7	88,05	9,08	\$ 434.920,00	\$3.949.073,60	\$114.523.134,40
1992	1/03/1992	31/03/1992	31,00	9,7	88,05	9,08	\$ 547.753,00	\$4.973.597,24	\$154.181.514,44
1992	1/04/1992	30/04/1992	30,00	9,7	88,05	9,08	\$ 548.950,00	\$4.984.466,00	\$149.533.980,00
1992	1/05/1992	31/05/1992	31,00	9,7	88,05	9,08	\$ 530.325,00	\$4.815.351,00	\$149.275.881,00
1992	1/06/1992	30/06/1992	30,00	9,7	88,05	9,08	\$ 499.690,00	\$4.537.185,20	\$136.115.556,00
1992	1/07/1992	31/07/1992	31,00	9,7	88,05	9,08	\$ 613.137,00	\$5.567.283,96	\$172.585.802,76
1992	1/08/1992	31/08/1992	31,00	9,7	88,05	9,08	\$ 665.070,00	\$6.038.835,60	\$187.203.903,60
1992	1/09/1992	30/09/1992	30,00	9,7	88,05	9,08	\$ 665.070,00	\$6.038.835,60	\$181.165.068,00
1992	1/10/1992	31/10/1992	31,00	9,7	88,05	9,08	\$ 631.387,00	\$5.732.993,96	\$177.722.812,76
1992	1/11/1992	30/11/1992	30,00	9,7	88,05	9,08	\$ 633.341,00	\$5.750.736,28	\$172.522.088,40
1992	1/12/1992	31/12/1992	31,00	9,7	88,05	9,08	\$ 665.070,00	\$6.038.835,60	\$187.203.903,60
1993	1/01/1993	31/01/1993	31,00	12,14	88,05	7,25	\$ 523.218,00	\$3.793.330,50	\$117.593.245,50
1993	1/02/1993	28/02/1993	28,00	12,14	88,05	7,25	\$ 575.692,00	\$4.173.767,00	\$116.865.476,00
1993	1/03/1993	31/03/1993	31,00	12,14	88,05	7,25	\$ 647.690,00	\$4.695.752,50	\$145.568.327,50
1993	1/04/1993	30/04/1993	30,00	12,14	88,05	7,25	\$ 659.638,00	\$4.782.375,50	\$143.471.265,00
1993	1/05/1993	31/05/1993	31,00	12,14	88,05	7,25	\$ 665.070,00	\$4.821.757,50	\$149.474.482,50
1993	1/06/1993	30/06/1993	30,00	12,14	88,05	7,25	\$ 596.854,00	\$4.327.191,50	\$129.815.745,00
1993	1/07/1993	31/07/1993	31,00	12,14	88,05	7,25	\$ 665.070,00	\$4.821.757,50	\$149.474.482,50
1993	1/08/1993	31/08/1993	31,00	12,14	88,05	7,25	\$ 897.644,00	\$6.507.919,00	\$201.745.489,00
1993	1/09/1993	30/09/1993	30,00	12,14	88,05	7,25	\$ 683.697,00	\$4.956.803,25	\$148.704.097,50
1993	1/10/1993	31/10/1993	31,00	12,14	88,05	7,25	\$ 604.591,00	\$4.383.284,75	\$135.881.827,25
1993	1/11/1993	30/11/1993	30,00	12,14	88,05	7,25	\$ 1.262.283,00	\$9.151.551,75	\$274.546.552,50
1993	1/12/1993	31/12/1993	31,00	12,14	88,05	7,25	\$ 275.220,00	\$1.995.345,00	\$61.855.695,00
1994	1/01/1994	31/01/1994	31,00	14,89	88,05	5,91	\$ 604.591,00	\$3.573.132,81	\$110.767.117,11
1994	1/02/1994	28/02/1994	28,00	14,89	88,05	5,91	\$ 644.144,00	\$3.806.891,04	\$106.592.949,12
1994	1/03/1994	31/03/1994	31,00	14,89	88,05	5,91	\$ 644.144,00	\$3.806.891,04	\$118.013.622,24
1994	1/04/1994	30/04/1994	30,00	14,89	88,05	5,91	\$ 819.882,00	\$4.845.502,62	\$145.365.078,60
1994	1/05/1994	31/05/1994	31,00	14,89	88,05	5,91	\$ 668.499,00	\$3.950.829,09	\$122.475.701,79
1994	1/06/1994	30/06/1994	30,00	14,89	88,05	5,91	\$ 1.085.838,00	\$6.417.302,58	\$192.519.077,40
1994	1/07/1994	31/07/1994	31,00	14,89	88,05	5,91	\$ 1.138.677,00	\$6.729.581,07	\$208.617.013,17
1994	1/08/1994	31/08/1994	31,00	14,89	88,05	5,91	\$ 831.825,00	\$4.916.085,75	\$152.398.658,25
1994	1/09/1994	30/09/1994	30,00	14,89	88,05	5,91	\$ 939.900,00	\$5.554.809,00	\$166.644.270,00
1994	1/10/1994	31/10/1994	31,00	14,89	88,05	5,91	\$ 1.974.000,00	\$11.666.340,00	\$361.656.540,00
1994	1/11/1994	30/11/1994	30,00	14,89	88,05	5,91	\$ 378.210,00	\$2.235.221,10	\$67.056.633,00
1994	1/12/1994	31/12/1994	31,00	14,89	88,05	5,91	\$ 727.725,00	\$4.300.854,75	\$133.326.497,25
1995	1/01/1995	31/01/1995	30,00	18,25	88,05	4,82	\$ 720.000,00	\$3.470.400,00	\$104.112.000,00
1995	1/02/1995	28/02/1995	30,00	18,25	88,05	4,82	\$ 1.057.125,00	\$5.095.342,50	\$152.860.275,00
1995	1/03/1995	31/03/1995	30,00	18,25	88,05	4,82	\$ 956.325,00	\$4.609.486,50	\$138.284.595,00

1995	1/04/1995	30/04/1995	30,00	18,25	88,05	4,82	\$ 1.126.035,00	\$5.427.488,70	\$162.824.661,00
1995	1/05/1995	31/05/1995	30,00	18,25	88,05	4,82	\$ 1.148.550,00	\$5.536.011,00	\$166.080.330,00
1995	1/06/1995	30/06/1995	30,00	18,25	88,05	4,82	\$ 1.510.679,00	\$7.281.472,78	\$218.444.183,40
1995	1/07/1995	31/07/1995	30,00	18,25	88,05	4,82	\$ 1.520.969,00	\$7.331.070,58	\$219.932.117,40
1995	1/08/1995	31/08/1995	30,00	18,25	88,05	4,82	\$ 1.321.159,00	\$6.367.986,38	\$191.039.591,40
1995	1/09/1995	30/09/1995	30,00	18,25	88,05	4,82	\$ 1.257.374,00	\$6.060.542,68	\$181.816.280,40
1995	1/10/1995	31/10/1995	30,00	18,25	88,05	4,82	\$ 1.522.155,00	\$7.336.787,10	\$220.103.613,00
1995	1/11/1995	30/11/1995	30,00	18,25	88,05	4,82	\$ 1.416.207,00	\$6.826.117,74	\$204.783.532,20
1995	1/12/1995	31/12/1995	30,00	18,25	88,05	4,82	\$ 2.378.670,00	\$11.465.189,40	\$343.955.682,00
1996	1/01/1996	31/01/1996	30,00	21,8	88,05	4,04	\$ 495.834,00	\$2.003.169,36	\$60.095.080,80
1996	1/02/1996	29/02/1996	30,00	21,8	88,05	4,04	\$ 1.238.199,00	\$5.002.323,96	\$150.069.718,80
1996	1/03/1996	31/03/1996	30,00	21,8	88,05	4,04	\$ 1.162.201,00	\$4.695.292,04	\$140.858.761,20
1996	1/04/1996	30/04/1996	30,00	21,8	88,05	4,04	\$ 1.265.357,00	\$5.112.042,28	\$153.361.268,40
1996	1/05/1996	31/05/1996	30,00	21,8	88,05	4,04	\$ 1.414.949,00	\$5.716.393,96	\$171.491.818,80
1996	1/06/1996	30/06/1996	30,00	21,8	88,05	4,04	\$ 1.257.904,00	\$5.081.932,16	\$152.457.964,80
1996	1/07/1996	31/07/1996	30,00	21,8	88,05	4,04	\$ 1.545.943,00	\$6.245.609,72	\$187.368.291,60
1996	1/08/1996	31/08/1996	30,00	21,8	88,05	4,04	\$ 1.600.685,00	\$6.466.767,40	\$194.003.022,00
1996	1/09/1996	30/09/1996	30,00	21,8	88,05	4,04	\$ 1.526.353,00	\$6.166.466,12	\$184.993.983,60
1996	1/10/1996	31/10/1996	30,00	21,8	88,05	4,04	\$ 1.549.101,00	\$6.258.368,04	\$187.751.041,20
1996	1/11/1996	30/11/1996	30,00	21,8	88,05	4,04	\$ 1.580.578,00	\$6.385.535,12	\$191.566.053,60
1996	1/12/1996	31/12/1996	30,00	21,8	88,05	4,04	\$ 2.842.500,00	\$11.483.700,00	\$344.511.000,00
1997	1/01/1997	31/01/1997	30,00	26,52	88,05	3,32	\$ 1.244.725,00	\$4.132.487,00	\$123.974.610,00
1997	1/02/1997	28/02/1997	30,00	26,52	88,05	3,32	\$ 1.528.429,00	\$5.074.384,28	\$152.231.528,40
1997	1/03/1997	31/03/1997	30,00	26,52	88,05	3,32	\$ 1.585.282,00	\$5.263.136,24	\$157.894.087,20
1997	1/04/1997	30/04/1997	30,00	26,52	88,05	3,32	\$ 1.559.907,00	\$5.178.891,24	\$155.366.737,20
1997	1/05/1997	31/05/1997	30,00	26,52	88,05	3,32	\$ 1.734.469,00	\$5.758.437,08	\$172.753.112,40
1997	1/06/1997	30/06/1997	30,00	26,52	88,05	3,32	\$ 1.610.438,00	\$5.346.654,16	\$160.399.624,80
1997	1/07/1997	31/07/1997	30,00	26,52	88,05	3,32	\$ 1.764.985,00	\$5.859.750,20	\$175.792.506,00
1997	1/08/1997	31/08/1997	30,00	26,52	88,05	3,32	\$ 2.502.203,00	\$8.307.313,96	\$249.219.418,80
1997	1/09/1997	30/09/1997	30,00	26,52	88,05	3,32	\$ 2.050.230,00	\$6.806.763,60	\$204.202.908,00
1997	1/10/1997	31/10/1997	30,00	26,52	88,05	3,32	\$ 1.737.645,00	\$5.768.981,40	\$173.069.442,00
1997	1/11/1997	30/11/1997	30,00	26,52	88,05	3,32	\$ 1.836.057,00	\$6.095.709,24	\$182.871.277,20
1997	1/12/1997	31/12/1997	30,00	26,52	88,05	3,32	\$ 3.440.100,00	\$11.421.132,00	\$342.633.960,00
1998	1/01/1998	31/01/1998	30,00	31,21	88,05	2,82	\$ 1.854.270,00	\$5.229.041,40	\$156.871.242,00
1998	1/02/1998	28/02/1998	30,00	31,21	88,05	2,82	\$ 1.885.351,00	\$5.316.689,82	\$159.500.694,60
1998	1/03/1998	31/03/1998	30,00	31,21	88,05	2,82	\$ 2.391.191,00	\$6.743.158,62	\$202.294.758,60
1998	1/04/1998	30/04/1998	30,00	31,21	88,05	2,82	\$ 2.120.000,00	\$5.978.400,00	\$179.352.000,00
1998	1/05/1998	31/05/1998	30,00	31,21	88,05	2,82	\$ 2.154.000,00	\$6.074.280,00	\$182.228.400,00
1998	1/06/1998	30/06/1998	30,00	31,21	88,05	2,82	\$ 2.321.000,00	\$6.545.220,00	\$196.356.600,00
1998	1/07/1998	31/07/1998	30,00	31,21	88,05	2,82	\$ 2.497.000,00	\$7.041.540,00	\$211.246.200,00
1998	1/08/1998	31/08/1998	30,00	31,21	88,05	2,82	\$ 2.452.502,00	\$6.916.055,64	\$207.481.669,20
1998	1/09/1998	30/09/1998	30,00	31,21	88,05	2,82	\$ 3.619.761,00	\$10.207.726,02	\$306.231.780,60
1998	1/10/1998	31/10/1998	30,00	31,21	88,05	2,82	\$ 2.292.079,00	\$6.463.662,78	\$193.909.883,40
1998	1/11/1998	30/11/1998	30,00	31,21	88,05	2,82	\$ 2.819.739,00	\$7.951.663,98	\$238.549.919,40
1998	1/12/1998	31/12/1998	30,00	31,21	88,05	2,82	\$ 3.044.895,00	\$8.586.603,90	\$257.598.117,00
1999	1/01/1999	31/01/1999	30,00	36,42	88,05	2,42	\$ 2.950.659,00	\$7.140.594,78	\$214.217.843,40
1999	1/02/1999	28/02/1999	30,00	36,42	88,05	2,42	\$ 2.297.252,00	\$5.559.349,84	\$166.780.495,20
1999	1/03/1999	31/03/1999	30,00	36,42	88,05	2,42	\$ 2.834.247,00	\$6.858.877,74	\$205.766.332,20
1999	1/04/1999	30/04/1999	30,00	36,42	88,05	2,42	\$ 2.826.906,00	\$6.841.112,52	\$205.233.375,60
1999	1/05/1999	31/05/1999	30,00	36,42	88,05	2,42	\$ 2.677.494,00	\$6.479.535,48	\$194.386.064,40
1999	1/06/1999	30/06/1999	30,00	36,42	88,05	2,42	\$ 2.427.891,00	\$5.875.496,22	\$176.264.886,60
1999	1/07/1999	31/07/1999	30,00	36,42	88,05	2,42	\$ 3.020.705,00	\$7.310.106,10	\$219.303.183,00
1999	1/08/1999	31/08/1999	30,00	36,42	88,05	2,42	\$ 2.967.526,00	\$7.181.412,92	\$215.442.387,60
1999	1/09/1999	30/09/1999	30,00	36,42	88,05	2,42	\$ 2.730.585,00	\$6.608.015,70	\$198.240.471,00
1999	1/10/1999	31/10/1999	30,00	36,42	88,05	2,42	\$ 2.801.659,00	\$6.780.014,78	\$203.400.443,40
1999	1/11/1999	30/11/1999	30,00	36,42	88,05	2,42	\$ 3.028.163,00	\$7.328.154,46	\$219.844.633,80
1999	1/12/1999	31/12/1999	30,00	36,42	88,05	2,42	\$ 2.893.894,00	\$7.003.223,48	\$210.096.704,40
2000	1/01/2000	31/01/2000	30,00	39,79	88,05	2,21	\$ 3.882.284,00	\$8.579.847,64	\$257.395.429,20
2000	1/02/2000	29/02/2000	30,00	39,79	88,05	2,21	\$ 2.229.934,00	\$4.928.154,14	\$147.844.624,20
2000	1/03/2000	31/03/2000	30,00	39,79	88,05	2,21	\$ 2.993.513,00	\$6.615.663,73	\$198.469.911,90
2000	1/04/2000	30/04/2000	30,00	39,79	88,05	2,21	\$ 3.233.217,00	\$7.145.409,57	\$214.362.287,10
2000	1/05/2000	31/05/2000	30,00	39,79	88,05	2,21	\$ 2.499.750,00	\$5.524.447,50	\$165.733.425,00
2000	1/06/2000	30/06/2000	30,00	39,79	88,05	2,21	\$ 3.400.650,00	\$7.515.436,50	\$225.463.095,00
2000	1/07/2000	31/07/2000	30,00	39,79	88,05	2,21	\$ 4.090.655,00	\$9.040.347,55	\$271.210.426,50
2000	1/08/2000	31/08/2000	30,00	39,79	88,05	2,21	\$ 3.411.393,00	\$7.539.178,53	\$226.175.355,90
2000	1/09/2000	30/09/2000	30,00	39,79	88,05	2,21	\$ 3.641.320,00	\$8.047.317,20	\$241.419.516,00
2000	1/10/2000	31/10/2000	30,00	39,79	88,05	2,21	\$ 3.812.778,00	\$8.426.239,38	\$252.787.181,40
2000	1/11/2000	30/11/2000	30,00	39,79	88,05	2,21	\$ 3.400.871,00	\$7.515.924,91	\$225.477.747,30
2000	1/12/2000	31/12/2000	30,00	39,79	88,05	2,21	\$ 3.499.727,00	\$7.734.396,67	\$232.031.900,10
2001	1/01/2001	31/01/2001	30,00	43,27	88,05	2,03	\$ 5.067.806,00	\$10.287.646,18	\$308.629.385,40
2001	1/02/2001	28/02/2001	30,00	43,27	88,05	2,03	\$ 3.467.710,00	\$7.039.451,30	\$211.183.539,00
2001	1/03/2001	31/03/2001	30,00	43,27	88,05	2,03	\$ 3.435.542,00	\$6.974.150,26	\$209.224.507,80
2001	1/04/2001	30/04/2001	30,00	43,27	88,05	2,03	\$ 3.191.987,00	\$6.479.733,61	\$194.392.008,30
2001	1/05/2001	31/05/2001	30,00	43,27	88,05	2,03	\$ 358.558,00	\$727.872,74	\$21.836.182,20
2001	1/06/2001	30/06/2001	30,00	43,27	88,05	2,03	\$ 3.400.871,00	\$6.903.768,13	\$207.113.043,90

2001	1/07/2001	31/07/2001	30,00	43,27	88,05	2,03	\$ 3.871.115,00	\$7.858.363,45	\$235.750.903,50
2001	1/08/2001	31/08/2001	30,00	43,27	88,05	2,03	\$ 3.452.920,00	\$7.009.427,60	\$210.282.828,00
2001	1/09/2001	30/09/2001	30,00	43,27	88,05	2,03	\$ 3.586.708,00	\$7.281.017,24	\$218.430.517,20
2001	1/10/2001	31/10/2001	30,00	43,27	88,05	2,03	\$ 3.500.935,00	\$7.106.898,05	\$213.206.941,50
2001	1/11/2001	30/11/2001	30,00	43,27	88,05	2,03	\$ 2.646.000,00	\$5.371.380,00	\$161.141.400,00
2001	1/12/2001	31/12/2001	30,00	43,27	88,05	2,03	\$ 2.646.000,00	\$5.371.380,00	\$161.141.400,00
2002	1/01/2002	31/01/2002	30,00	46,58	88,05	1,89	\$ 2.646.000,00	\$5.000.940,00	\$150.028.200,00
2002	1/02/2002	28/02/2002	30,00	46,58	88,05	1,89	\$ 2.646.000,00	\$5.000.940,00	\$150.028.200,00
2002	1/03/2002	31/03/2002	30,00	46,58	88,05	1,89	\$ 2.646.000,00	\$5.000.940,00	\$150.028.200,00
2002	1/04/2002	30/04/2002	30,00	46,58	88,05	1,89	\$ 2.646.000,00	\$5.000.940,00	\$150.028.200,00
2002	1/05/2002	31/05/2002	30,00	46,58	88,05	1,89	\$ 3.042.900,00	\$5.751.081,00	\$172.532.430,00
2002	1/06/2002	30/06/2002	30,00	46,58	88,05	1,89	\$ 3.042.900,00	\$5.751.081,00	\$172.532.430,00
2002	1/07/2002	31/07/2002	30,00	46,58	88,05	1,89	\$ 3.286.332,00	\$6.211.167,48	\$186.335.024,40
2002	1/08/2002	31/08/2002	30,00	46,58	88,05	1,89	\$ 3.286.332,00	\$6.211.167,48	\$186.335.024,40
2002	1/09/2002	30/09/2002	30,00	46,58	88,05	1,89	\$ 3.286.332,00	\$6.211.167,48	\$186.335.024,40
2002	1/10/2002	31/10/2002	30,00	46,58	88,05	1,89	\$ 3.286.332,00	\$6.211.167,48	\$186.335.024,40
2002	1/11/2002	30/11/2002	30,00	46,58	88,05	1,89	\$ 3.286.332,00	\$6.211.167,48	\$186.335.024,40
2002	1/12/2002	31/12/2002	30,00	46,58	88,05	1,89	\$ 3.286.332,00	\$6.211.167,48	\$186.335.024,40
2003	1/01/2003	31/01/2003	30,00	49,83	88,05	1,77	\$ 3.286.333,00	\$5.816.809,41	\$174.504.282,30
2003	1/02/2003	28/02/2003	30,00	49,83	88,05	1,77	\$ 3.286.332,00	\$5.816.807,64	\$174.504.229,20
2003	1/03/2003	31/03/2003	30,00	49,83	88,05	1,77	\$ 3.286.332,00	\$5.816.807,64	\$174.504.229,20
2003	1/04/2003	30/04/2003	30,00	49,83	88,05	1,77	\$ 3.286.332,00	\$5.816.807,64	\$174.504.229,20
2003	1/05/2003	31/05/2003	30,00	49,83	88,05	1,77	\$ 3.286.332,00	\$5.816.807,64	\$174.504.229,20
2003	1/06/2003	30/06/2003	30,00	49,83	88,05	1,77	\$ 3.286.332,00	\$5.816.807,64	\$174.504.229,20
2003	1/07/2003	31/07/2003	30,00	49,83	88,05	1,77	\$ 3.573.230,00	\$6.324.617,10	\$189.738.513,00
2003	1/08/2003	31/08/2003	30,00	49,83	88,05	1,77	\$ 3.573.230,00	\$6.324.617,10	\$189.738.513,00
2003	1/09/2003	30/09/2003	30,00	49,83	88,05	1,77	\$ 3.573.230,00	\$6.324.617,10	\$189.738.513,00
2003	1/10/2003	31/10/2003	30,00	49,83	88,05	1,77	\$ 3.573.230,00	\$6.324.617,10	\$189.738.513,00
2003	1/11/2003	30/11/2003	30,00	49,83	88,05	1,77	\$ 3.573.230,00	\$6.324.617,10	\$189.738.513,00
2003	1/12/2003	31/12/2003	30,00	49,83	88,05	1,77	\$ 3.573.229,00	\$6.324.615,33	\$189.738.459,90
2004	1/01/2004	31/01/2004	30,00	53,07	88,05	1,66	\$ 3.573.231,00	\$5.931.563,46	\$177.946.903,80
2004	1/02/2004	29/02/2004	30,00	53,07	88,05	1,66	\$ 3.573.230,00	\$5.931.561,80	\$177.946.854,00
2004	1/03/2004	31/03/2004	30,00	53,07	88,05	1,66	\$ 3.573.230,00	\$5.931.561,80	\$177.946.854,00
2004	1/04/2004	30/04/2004	30,00	53,07	88,05	1,66	\$ 4.609.467,00	\$7.651.715,22	\$229.551.456,60
2004	1/05/2004	31/05/2004	30,00	53,07	88,05	1,66	\$ 4.377.207,00	\$7.266.163,62	\$217.984.908,60
2004	1/06/2004	30/06/2004	30,00	53,07	88,05	1,66	\$ 3.573.230,00	\$5.931.561,80	\$177.946.854,00
2004	1/07/2004	31/07/2004	30,00	53,07	88,05	1,66	\$ 3.743.609,00	\$6.214.390,94	\$186.431.728,20
2004	1/08/2004	31/08/2004	30,00	53,07	88,05	1,66	\$ 4.024.380,00	\$6.680.470,80	\$200.414.124,00
2004	1/09/2004	30/09/2004	30,00	53,07	88,05	1,66	\$ 3.743.609,00	\$6.214.390,94	\$186.431.728,20
2004	1/10/2004	31/10/2004	30,00	53,07	88,05	1,66	\$ 3.743.609,00	\$6.214.390,94	\$186.431.728,20
2004	1/11/2004	30/11/2004	30,00	53,07	88,05	1,66	\$ 4.741.905,00	\$7.871.562,30	\$236.146.869,00
2004	1/12/2004	31/12/2004	30,00	53,07	88,05	1,66	\$ 4.109.651,00	\$6.822.020,66	\$204.660.619,80
2005	1/01/2005	31/01/2005	30,00	55,99	88,05	1,57	\$ 4.109.651,00	\$6.452.152,07	\$193.564.562,10
2005	1/02/2005	28/02/2005	30,00	55,99	88,05	1,57	\$ 3.743.609,00	\$5.877.466,13	\$176.323.983,90
2005	1/03/2005	31/03/2005	30,00	55,99	88,05	1,57	\$ 3.743.609,00	\$5.877.466,13	\$176.323.983,90
2005	1/04/2005	30/04/2005	30,00	55,99	88,05	1,57	\$ 3.993.183,00	\$6.269.297,31	\$188.078.919,30
2005	1/05/2005	31/05/2005	30,00	55,99	88,05	1,57	\$ 3.743.609,00	\$5.877.466,13	\$176.323.983,90
2005	1/06/2005	30/06/2005	30,00	55,99	88,05	1,57	\$ 3.993.183,00	\$6.269.297,31	\$188.078.919,30
2005	1/07/2005	31/07/2005	30,00	55,99	88,05	1,57	\$ 3.893.859,00	\$6.113.358,63	\$183.400.758,90
2005	1/08/2005	31/08/2005	30,00	55,99	88,05	1,57	\$ 3.893.859,00	\$6.113.358,63	\$183.400.758,90
2005	1/09/2005	30/09/2005	30,00	55,99	88,05	1,57	\$ 3.893.859,00	\$6.113.358,63	\$183.400.758,90
2005	1/10/2005	31/10/2005	30,00	55,99	88,05	1,57	\$ 3.893.859,00	\$6.113.358,63	\$183.400.758,90
2005	1/11/2005	30/11/2005	30,00	55,99	88,05	1,57	\$ 3.893.859,00	\$6.113.358,63	\$183.400.758,90
2005	1/12/2005	31/12/2005	30,00	55,99	88,05	1,57	\$ 3.893.859,00	\$6.113.358,63	\$183.400.758,90
2006	1/01/2006	31/01/2006	30,00	58,7	88,05	1,50	\$ 3.893.859,00	\$5.840.788,50	\$175.223.655,00
2006	1/02/2006	28/02/2006	30,00	58,7	88,05	1,50	\$ 3.893.859,00	\$5.840.788,50	\$175.223.655,00
2006	1/03/2006	31/03/2006	30,00	58,7	88,05	1,50	\$ 3.893.859,00	\$5.840.788,50	\$175.223.655,00
2006	1/04/2006	30/04/2006	30,00	58,7	88,05	1,50	\$ 3.893.859,00	\$5.840.788,50	\$175.223.655,00
2006	1/05/2006	31/05/2006	30,00	58,7	88,05	1,50	\$ 3.893.859,00	\$5.840.788,50	\$175.223.655,00
2006	1/06/2006	30/06/2006	24,00	58,7	88,05	1,50	\$ 3.893.859,00	\$5.840.788,50	\$140.178.924,00
2006	1/07/2006	31/07/2006	30,00	58,7	88,05	1,50	\$ 3.893.859,00	\$5.840.788,50	\$175.223.655,00
2006	1/08/2006	31/08/2006	30,00	58,7	88,05	1,50	\$ 3.894.000,00	\$5.841.000,00	\$175.230.000,00
2006	1/09/2006	30/09/2006	30,00	58,7	88,05	1,50	\$ 4.615.000,00	\$6.922.500,00	\$207.675.000,00
2006	1/10/2006	31/10/2006	30,00	58,7	88,05	1,50	\$ 3.894.000,00	\$5.841.000,00	\$175.230.000,00
2006	1/11/2006	30/11/2006	30,00	58,7	88,05	1,50	\$ 3.894.000,00	\$5.841.000,00	\$175.230.000,00
2006	1/12/2006	31/12/2006	30,00	58,7	88,05	1,50	\$ 3.894.000,00	\$5.841.000,00	\$175.230.000,00
2007	1/01/2007	31/01/2007	30,00	61,33	88,05	1,44	\$ 3.894.000,00	\$5.607.360,00	\$168.220.800,00
2007	1/02/2007	28/02/2007	30,00	61,33	88,05	1,44	\$ 3.894.000,00	\$5.607.360,00	\$168.220.800,00
2007	1/03/2007	31/03/2007	30,00	61,33	88,05	1,44	\$ 3.894.000,00	\$5.607.360,00	\$168.220.800,00
2007	1/04/2007	30/04/2007	30,00	61,33	88,05	1,44	\$ 3.894.000,00	\$5.607.360,00	\$168.220.800,00
2007	1/05/2007	31/05/2007	30,00	61,33	88,05	1,44	\$ 3.894.000,00	\$5.607.360,00	\$168.220.800,00
2007	1/06/2007	30/06/2007	30,00	61,33	88,05	1,44	\$ 3.894.000,00	\$5.607.360,00	\$168.220.800,00
2007	1/07/2007	31/07/2007	30,00	61,33	88,05	1,44	\$ 3.894.000,00	\$5.607.360,00	\$168.220.800,00
2007	1/08/2007	31/08/2007	30,00	61,33	88,05	1,44	\$ 3.894.000,00	\$5.607.360,00	\$168.220.800,00
2007	1/09/2007	30/09/2007	30,00	61,33	88,05	1,44	\$ 3.894.000,00	\$5.607.360,00	\$168.220.800,00

2007	1/10/2007	31/10/2007	30,00	61,33	88,05	1,44	\$ 3.894.000,00	\$5.607.360,00	\$168.220.800,00
2007	1/11/2007	30/11/2007	30,00	61,33	88,05	1,44	\$ 3.894.000,00	\$5.607.360,00	\$168.220.800,00
2007	1/12/2007	31/12/2007	30,00	61,33	88,05	1,44	\$ 3.894.000,00	\$5.607.360,00	\$168.220.800,00
2008	1/01/2008	31/01/2008	30,00	64,82	88,05	1,36	\$ 3.894.000,00	\$5.295.840,00	\$158.875.200,00
2008	1/02/2008	29/02/2008	30,00	64,82	88,05	1,36	\$ 4.153.000,00	\$5.648.080,00	\$169.442.400,00
2008	1/03/2008	31/03/2008	30,00	64,82	88,05	1,36	\$ 3.894.000,00	\$5.295.840,00	\$158.875.200,00
2008	1/04/2008	30/04/2008	30,00	64,82	88,05	1,36	\$ 4.419.000,00	\$6.009.840,00	\$180.295.200,00
2008	1/05/2008	31/05/2008	30,00	64,82	88,05	1,36	\$ 4.156.000,00	\$5.652.160,00	\$169.564.800,00
2008	1/06/2008	30/06/2008	30,00	64,82	88,05	1,36	\$ 3.894.000,00	\$5.295.840,00	\$158.875.200,00
2008	1/07/2008	31/07/2008	30,00	64,82	88,05	1,36	\$ 3.995.000,00	\$5.433.200,00	\$162.996.000,00
2008	1/08/2008	31/08/2008	30,00	64,82	88,05	1,36	\$ 4.127.000,00	\$5.612.720,00	\$168.381.600,00
2008	1/09/2008	30/09/2008	30,00	64,82	88,05	1,36	\$ 4.127.000,00	\$5.612.720,00	\$168.381.600,00
2008	1/10/2008	31/10/2008	30,00	64,82	88,05	1,36	\$ 4.127.000,00	\$5.612.720,00	\$168.381.600,00
2008	1/11/2008	30/11/2008	30,00	64,82	88,05	1,36	\$ 4.127.000,00	\$5.612.720,00	\$168.381.600,00
2008	1/12/2008	31/12/2008	30,00	64,82	88,05	1,36	\$ 4.127.000,00	\$5.612.720,00	\$168.381.600,00
2009	1/01/2009	31/01/2009	30,00	69,8	88,05	1,26	\$ 4.127.000,00	\$5.200.020,00	\$156.000.600,00
2009	1/02/2009	28/02/2009	30,00	69,8	88,05	1,26	\$ 4.127.000,00	\$5.200.020,00	\$156.000.600,00
2009	1/03/2009	31/03/2009	30,00	69,8	88,05	1,26	\$ 4.127.000,00	\$5.200.020,00	\$156.000.600,00
2009	1/04/2009	30/04/2009	30,00	69,8	88,05	1,26	\$ 4.406.000,00	\$5.551.560,00	\$166.546.800,00
2009	1/05/2009	31/05/2009	30,00	69,8	88,05	1,26	\$ 4.127.000,00	\$5.200.020,00	\$156.000.600,00
2009	1/06/2009	30/06/2009	30,00	69,8	88,05	1,26	\$ 4.127.000,00	\$5.200.020,00	\$156.000.600,00
2009	1/07/2009	31/07/2009	30,00	69,8	88,05	1,26	\$ 4.127.000,00	\$5.200.020,00	\$156.000.600,00
2009	1/08/2009	31/08/2009	30,00	69,8	88,05	1,26	\$ 4.127.000,00	\$5.200.020,00	\$156.000.600,00
2009	1/09/2009	30/09/2009	30,00	69,8	88,05	1,26	\$ 4.615.000,00	\$5.814.900,00	\$174.447.000,00
2009	1/10/2009	31/10/2009	30,00	69,8	88,05	1,26	\$ 4.290.000,00	\$5.405.400,00	\$162.162.000,00
2009	1/11/2009	30/11/2009	30,00	69,8	88,05	1,26	\$ 4.290.000,00	\$5.405.400,00	\$162.162.000,00
2009	1/12/2009	31/12/2009	30,00	69,8	88,05	1,26	\$ 4.290.000,00	\$5.405.400,00	\$162.162.000,00
2010	1/01/2010	31/01/2010	30,00	71,2	88,05	1,24	\$ 4.290.000,00	\$5.319.600,00	\$159.588.000,00
2010	1/02/2010	28/02/2010	30,00	71,2	88,05	1,24	\$ 4.290.000,00	\$5.319.600,00	\$159.588.000,00
2010	1/03/2010	31/03/2010	30,00	71,2	88,05	1,24	\$ 4.290.000,00	\$5.319.600,00	\$159.588.000,00
2010	1/04/2010	30/04/2010	30,00	71,2	88,05	1,24	\$ 4.290.000,00	\$5.319.600,00	\$159.588.000,00
2010	1/05/2010	31/05/2010	30,00	71,2	88,05	1,24	\$ 4.290.000,00	\$5.319.600,00	\$159.588.000,00
2010	1/06/2010	30/06/2010	30,00	71,2	88,05	1,24	\$ 4.290.000,00	\$5.319.600,00	\$159.588.000,00
2010	1/07/2010	31/07/2010	30,00	71,2	88,05	1,24	\$ 4.400.000,00	\$5.456.000,00	\$163.680.000,00
2010	1/08/2010	31/08/2010	30,00	71,2	88,05	1,24	\$ 4.400.000,00	\$5.456.000,00	\$163.680.000,00
2010	1/09/2010	30/09/2010	30,00	71,2	88,05	1,24	\$ 4.400.000,00	\$5.456.000,00	\$163.680.000,00
2010	1/10/2010	31/10/2010	30,00	71,2	88,05	1,24	\$ 4.400.000,00	\$5.456.000,00	\$163.680.000,00
2010	1/11/2010	30/11/2010	30,00	71,2	88,05	1,24	\$ 4.400.000,00	\$5.456.000,00	\$163.680.000,00
2010	1/12/2010	31/12/2010	30,00	71,2	88,05	1,24	\$ 6.784.000,00	\$8.412.160,00	\$252.364.800,00
2011	1/01/2011	31/01/2011	30,00	73,45	88,05	1,20	\$ 4.400.000,00	\$5.280.000,00	\$158.400.000,00
2011	1/02/2011	28/02/2011	30,00	73,45	88,05	1,20	\$ 4.400.000,00	\$5.280.000,00	\$158.400.000,00
2011	1/03/2011	31/03/2011	30,00	73,45	88,05	1,20	\$ 4.400.000,00	\$5.280.000,00	\$158.400.000,00
2011	1/04/2011	30/04/2011	30,00	73,45	88,05	1,20	\$ 4.400.000,00	\$5.280.000,00	\$158.400.000,00
2011	1/05/2011	31/05/2011	30,00	73,45	88,05	1,20	\$ 4.400.000,00	\$5.280.000,00	\$158.400.000,00
2011	1/06/2011	30/06/2011	30,00	73,45	88,05	1,20	\$ 4.400.000,00	\$5.280.000,00	\$158.400.000,00
2011	1/07/2011	31/07/2011	30,00	73,45	88,05	1,20	\$ 4.570.000,00	\$5.484.000,00	\$164.520.000,00
2011	1/08/2011	31/08/2011	30,00	73,45	88,05	1,20	\$ 4.570.000,00	\$5.484.000,00	\$164.520.000,00
2011	1/09/2011	30/09/2011	30,00	73,45	88,05	1,20	\$ 4.570.000,00	\$5.484.000,00	\$164.520.000,00
2011	1/10/2011	31/10/2011	30,00	73,45	88,05	1,20	\$ 4.570.000,00	\$5.484.000,00	\$164.520.000,00
2011	1/11/2011	30/11/2011	30,00	73,45	88,05	1,20	\$ 4.570.000,00	\$5.484.000,00	\$164.520.000,00
2011	1/12/2011	31/12/2011	30,00	73,45	88,05	1,20	\$ 7.038.000,00	\$8.445.600,00	\$253.368.000,00
2012	1/01/2012	31/01/2012	30,00	76,19	88,05	1,16	\$ 4.570.000,00	\$5.301.200,00	\$159.036.000,00
2012	1/02/2012	29/02/2012	30,00	76,19	88,05	1,16	\$ 4.570.000,00	\$5.301.200,00	\$159.036.000,00
2012	1/03/2012	31/03/2012	30,00	76,19	88,05	1,16	\$ 4.570.000,00	\$5.301.200,00	\$159.036.000,00
2012	1/04/2012	30/04/2012	30,00	76,19	88,05	1,16	\$ 4.570.000,00	\$5.301.200,00	\$159.036.000,00
2012	1/05/2012	31/05/2012	30,00	76,19	88,05	1,16	\$ 4.570.000,00	\$5.301.200,00	\$159.036.000,00
2012	1/06/2012	30/06/2012	30,00	76,19	88,05	1,16	\$ 4.661.000,00	\$5.406.760,00	\$162.202.800,00
2012	1/07/2012	31/07/2012	30,00	76,19	88,05	1,16	\$ 4.762.000,00	\$5.523.920,00	\$165.717.600,00
2012	1/08/2012	31/08/2012	30,00	76,19	88,05	1,16	\$ 4.762.000,00	\$5.523.920,00	\$165.717.600,00
2012	1/09/2012	30/09/2012	30,00	76,19	88,05	1,16	\$ 4.762.000,00	\$5.523.920,00	\$165.717.600,00
2012	1/10/2012	31/10/2012	30,00	76,19	88,05	1,16	\$ 4.762.000,00	\$5.523.920,00	\$165.717.600,00
2012	1/11/2012	30/11/2012	30,00	76,19	88,05	1,16	\$ 4.762.000,00	\$5.523.920,00	\$165.717.600,00
2012	1/12/2012	31/12/2012	30,00	76,19	88,05	1,16	\$ 8.280.000,00	\$9.604.800,00	\$288.144.000,00
2013	1/01/2013	31/01/2013	30,00	78,05	88,05	1,13	\$ 4.762.000,00	\$5.381.060,00	\$161.431.800,00
2013	1/02/2013	28/02/2013	30,00	78,05	88,05	1,13	\$ 4.762.000,00	\$5.381.060,00	\$161.431.800,00
2013	1/03/2013	31/03/2013	30,00	78,05	88,05	1,13	\$ 4.762.000,00	\$5.381.060,00	\$161.431.800,00
2013	1/04/2013	19/04/2013	19,00	78,05	88,05	1,13	\$ 9.334.000,00	\$10.547.420,00	\$200.400.980,00
2013	18/12/2013	31/12/2013	14,00	78,05	88,05	1,13	\$ 2.100.000,00	\$2.373.000,00	\$33.222.000,00
2014	1/01/2014	31/01/2014	30,00	79,56	88,05	1,11	\$ 4.500.000,00	\$4.995.000,00	\$149.850.000,00
2014	1/02/2014	28/02/2014	30,00	79,56	88,05	1,11	\$ 4.500.000,00	\$4.995.000,00	\$149.850.000,00
2014	1/03/2014	31/03/2014	30,00	79,56	88,05	1,11	\$ 4.500.000,00	\$4.995.000,00	\$149.850.000,00
2014	1/04/2014	30/04/2014	30,00	79,56	88,05	1,11	\$ 4.500.000,00	\$4.995.000,00	\$149.850.000,00
2014	1/05/2014	31/05/2014	30,00	79,56	88,05	1,11	\$ 4.500.000,00	\$4.995.000,00	\$149.850.000,00
2014	1/06/2014	30/06/2014	30,00	79,56	88,05	1,11	\$ 4.500.000,00	\$4.995.000,00	\$149.850.000,00
2014	1/07/2014	31/07/2014	30,00	79,56	88,05	1,11	\$ 4.500.000,00	\$4.995.000,00	\$149.850.000,00

2014	1/08/2014	31/08/2014	30,00	79,56	88,05	1,11	\$ 4.500.000,00	\$4.995.000,00	\$149.850.000,00
2014	1/09/2014	30/09/2014	30,00	79,56	88,05	1,11	\$ 4.500.000,00	\$4.995.000,00	\$149.850.000,00
2014	1/10/2014	31/10/2014	30,00	79,56	88,05	1,11	\$ 4.500.000,00	\$4.995.000,00	\$149.850.000,00
2014	1/11/2014	30/11/2014	30,00	79,56	88,05	1,11	\$ 4.500.000,00	\$4.995.000,00	\$149.850.000,00
2014	1/12/2014	31/12/2014	30,00	79,56	88,05	1,11	\$ 4.500.000,00	\$4.995.000,00	\$149.850.000,00
2015	1/01/2015	31/01/2015	30,00	82,47	88,05	1,07	\$ 5.355.000,00	\$5.729.850,00	\$171.895.500,00
2015	1/02/2015	28/02/2015	30,00	82,47	88,05	1,07	\$ 5.355.000,00	\$5.729.850,00	\$171.895.500,00
2015	1/03/2015	31/03/2015	30,00	82,47	88,05	1,07	\$ 5.355.000,00	\$5.729.850,00	\$171.895.500,00
2015	1/04/2015	30/04/2015	30,00	82,47	88,05	1,07	\$ 5.355.000,00	\$5.729.850,00	\$171.895.500,00
2015	1/05/2015	31/05/2015	30,00	82,47	88,05	1,07	\$ 5.355.000,00	\$5.729.850,00	\$171.895.500,00
2015	1/06/2015	30/06/2015	30,00	82,47	88,05	1,07	\$ 5.355.000,00	\$5.729.850,00	\$171.895.500,00
2015	1/07/2015	5/07/2015	5,00	82,47	88,05	1,07	\$ 892.000,00	\$954.440,00	\$4.772.200,00
Días cotizados			11.205,00	Salarios por días cotizados					\$56.335.590.651,21
Semanas cotizadas			1.600,71	Valor del Ibl Toda la Vida					\$ 5.027.718,93
				Valor del IBL 10 últimos años					5.605.734,31
				Vaor de la tasa de reemplazo					70,42%
				Valor de la mesada pensional					\$ 3.947.558,10

SMML Vigente

\$689.455,00

Semanas cotizadas toda la Vida			
Desde	Hasta	Días	Semanas
1/09/1975	8/05/1976	251,00	35,86
10/05/1976	9/09/1978	853,00	121,86
25/11/1986	31/10/1987	341,00	48,71
1/11/1987	31/12/1994	2.618,00	374,00
1/01/1995	19/04/2013	6.584,00	940,57
18/12/2013	5/07/2015	558,00	79,71
Semanas cotizadas toda la Vida			1600,71

Semanas cotizadas al 31/03/1994			
Desde	Hasta	Días	Semanas
1/09/1975	8/05/1976	251,00	35,86
10/05/1976	9/09/1978	853,00	121,86
25/11/1986	31/10/1987	341,00	48,71
1/11/1987	31/03/1994	2.343,00	334,71
Semanas cotizadas a 31/03/1994			541,14
			10,5219

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – RAINER CAÑON GUALTEROS -
contra –ALFONSO URIBE S & CIA S.A.-.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende el señor **RAINER CAÑON GUALTEROS**, se **declare** la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 22 de agosto de 2008, asimismo se **declare** que sufrió un accidente de trabajo el cual le produjo pérdida de capacidad laboral física y psicológica y que a la demandada le asistía la obligación de capacitar al demandante en todo lo concerniente en la manipulación de máquinas industriales. Como consecuencia de lo anterior, solicitó se **condene** a la demandada al pago correspondiente al tratamiento y rehabilitación integral, al pago por subsidio de incapacidad y al mayor valor del porcentaje de pérdida de capacidad laboral, así como al pago a la indemnización por incapacidad permanente parcial o pensión de invalidez, asimismo se **condene** al pago de perjuicios materiales, perjuicios morales, perjuicios morales familiares, perjuicios de vida en relación y que se **condene** al pago de costas procesales (fl. 3 a 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 5 a 7), señaló que ingresó a laborar para la entidad demandada el 23 de agosto de 2008

mediante contrato de trabajo a término indefinido, desempeñando el cargo de auxiliar de perforación, prestando sus servicios personales en el municipio de Santa Rosa de Cabal y devengando como salario la suma de \$960.000; acotó que para el 8 de abril de 2014 estando desempeñando las labores de perforación sufrió un accidente laboral, que le provocó traumatismo aplaste en la mano izquierda, generando la pérdida de la falange en el dedo meñique y parte del dedo anular de esa misma mano, por lo que para el 16 de abril de 2015, la ARL Seguros Bolívar, diagnosticó lesión de TRAUMATISMO APLASTE DEDOS ANULAR Y MEÑIQUE MSI, AMPUTACIÓN EN IFD DEDO MEÑIQUE Y AMPUTACIÓN DEDO ANULAR, realizándose la cirugía el 19 de enero de 2015 de la mano, indicó que la ARL Seguros Bolívar para el 16 de abril de 2015 le notificó el dictamen de calificación de la disminución de la capacidad laboral en un 5% como consecuencia del accidente de trabajo apelando la decisión el 17 de julio de 2015, por lo que para el 19 de enero de 2016 la Junta Regional de Calificación de Invalidez notificó al demandante el porcentaje de pérdida de capacidad laboral en un 736%.

Manifestó que la ARL y la Junta Regional de Calificación no tuvieron en cuenta al momento de realizar el examen, los daños psíquicos y psicológicos sufridos por el demandante como consecuencia de la pérdida sufrida en su mano u órganos de aprehensión, quien ha tenido fuertes crisis depresivas producto del dolor, sin que desde la pérdida haya podido desarrollar sus labores personales y familiares, que hace 17 años convive con su compañera permanente con la que tiene 3 hijas y que a la fecha el demandado no ha cancelado el valor correspondiente al porcentaje superior de la pérdida de capacidad laboral establecida por la ARL.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

ALFONSO URIBE & CIA- contestó el introductorio (fls. 61 a 71), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, aceptó el contenido en el numeral 6, no ser ciertos los numerales 1 a 5, 7 y 19 y no constarles los restantes, propuso como excepciones de fondo las denominadas inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, culpa exclusiva de la víctima en el accidente y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 27 de noviembre de 2018 (CD – fl. 265), **declaró** probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción; **declaró** que entre el señor RAINER CAÑON GUALTEROS y ALFONSO URBE & CIA, existe una relación laboral desde el 23 de agosto de 2008 y absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra y **condenó** en costas al demandante en la suma de \$300.000.

Fundamentó su decisión, indicando que respecto de la relación laboral, conforme a contrato de trabajo, comprobantes de nómina, y certificación laboral, se probaba de manera clara que la relación laboral había dado inicio el 23 de agosto de 2008, como auxiliar de perforación y con remuneración promedio de \$1.000.000, encontrándose actualmente la relación laboral vigente.

Acotó que conforme estaba expuesto en la demanda, el demandante aducía que el accidente de trabajo se había presentado ante la omisión del empleador de capacitarlo legalmente en la manipulación de máquinas industriales, sin que se indicara ninguna otra fuente de responsabilidad, centrando su análisis en ese contexto.

Precisado lo anterior, indicó que el accidente de trabajo había sido aceptado desde el momento de la contestación, así como las respectivas consecuencias que este había generado y que se ratificaba con la documental que obraba en el expediente, esto es, informe e investigación del accidente, así como las secuelas y pérdida de capacidad laboral expedidas por la ARL y el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez donde se calificó la pérdida de capacidad laboral en 7.36%, con fecha de estructuración 8 de abril de 2014, y cuyo origen era el accidente laboral. Acotó adicionalmente, que conforme al certificado de existencia y representación legal de la demandada, su objeto mercantil, correspondiente a la perforación del estudio de suelos, era claro que el hecho en el que resultó afectado el trabajador e incluso su calificación por accidente de trabajo, se encontraba debidamente establecido.

Acotó adicionalmente que el empleador en su defensa atribuyó el accidente de trabajo a culpa exclusiva de la víctima, al haber realizado una maniobra al estar en funcionamiento la máquina e indicó no proceder al estudio de las pretensiones que no estaban a cargo del empleador, sino de las entidades de salud encargadas de reconocer dichos rubros. Por lo que procedió a interpretar la demanda, en el sentido de establecer que la responsabilidad reclamada por el actor era de carácter subjetivo, por acción u omisión del empleador en el hecho dañoso, en el que debía establecerse si no había adoptado lo concerniente a las medidas de seguridad industrial o en su defecto haber omitido deberes legales y contractuales, y que en este último era que se fundaba su demanda, cuando afirmó no haber recibido capacitación en el manejo de máquinas industriales.

Indicó entonces, que la carga de la prueba, estaba a cargo del trabajador, de demostrar la responsabilidad del empleador en el accidente de trabajo, por lo que conforme a las pruebas, y del testimonio del señor Robín Daza junto con las declaraciones extra juicio que obraban en el infolio, en las que se relataron las labores, las situaciones de modo, tiempo y lugar del día del accidente de trabajo, pues ellos, Robín Daza y Alfonso Cortes, eran las personas que adelantaban labores junto con el demandante, así como los procedimientos que se operaban con esta máquina, los grupos de operarios, entre otros; concluyó entonces, que conforme a los medio de prueba, lograba establecerse que para probar la afirmación del demandante para concluir que el hecho que desencadenó el accidente de trabajo fue culpa del empleador y de no haber recibido capacitación, dicha situación se había desvirtuado, cuando se advirtió en el interrogatorio de parte que el demandante llevaba 6 años realizando la misma labor, conociendo el manejo de la máquina y que de los testimonios allegados al plenario, no respaldan la versión del trabajador, con relación a que el hecho dañoso del accidente fue por una omisión por parte del empleador, acotó que es posible que en el hecho haya tenido algún tipo de participación el operario de la maquina Alfonso Reyes, sin embargo, esta situación no se había planteado en la demanda.

Para efectos de establecer lo correspondiente a la capacitación en las maquinas industriales, el mismo demandante en el interrogatorio de parte,

indicó adicionalmente que la capacitación se adquiriría con el tiempo de permanencia en el cargo y finalmente al haber querido plantear un nuevo hecho en la demanda, con relación a que la maquina “hechiza”, cuando así no se había planteado en el libelo introductorio y tampoco había ningún elemento de prueba que así permitiera realizar su estudio, razón por la que no se demostró la culpa del empleador en el accidente de trabajo que padeció el trabajador, concluyendo que el accidente se había desencadenado entre la falta de comunicación entre el operario de la máquina y el actor, así como que en el hecho que se presentó, tuvo incidencia una maniobra del trabajador, ante el incumplimiento de una norma básica, al haber adelantado un procedimiento mientras el equipo estaba en funcionamiento, tal y como se plasmó en el documento de investigación y análisis del accidente.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que consideraba la sentencia incongruente con los hechos y pretensiones y precisó que el reparo se orientaba con relación a que los trabajadores manipulaban maquinas “hechizas” y a eso obedeció el accidente de trabajo del demandante; por lo que procedería ampliar los argumentos de su recurso ante el superior.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, es importante precisar que si bien el apelante indicó que se ampliaría el recurso de apelación en esta instancia, lo cierto es que dicha manifestación se torna improcedente, pues a las voces del artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, no existe duda de que la única oportunidad que se tiene para apelar la sentencia de primera instancia, es justamente en la audiencia en la que se dicta la sentencia, es decir, en ese mismo acto; sin que resulte admisible, ni procedente, ampliación de recurso alguno en esta instancia.

Por lo anterior, debe destacarse, que aunque el alcance de la apelación resulte confuso, se puede entender que ante la manifestación realizada de

“ser incongruente el estudio realizado a los hechos y pretensiones contenidos en la demanda en la decisión dictada por el juez”, procederá a determinar la Sala, si resulta demostrada la culpa de la demandada ALFONSO URIBE & CIA S.A. en el accidente de trabajo sufrido por el demandante o si en su defecto fue culpa exclusiva de la víctima en la ocurrencia del mismo.

También se deberá determinar, si hay lugar al pago de perjuicios materiales.

RELACIÓN LABORAL

Frente a la relación laboral entre el demandante y la empresa demandada, no existe controversia y en este orden, se tiene que el demandante está vinculado con ALFONSO URIBE & CIA S.A. mediante contrato de trabajo a término indefinido, **desde el 23 de agosto de 2008.**

RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR

El sustento normativo lo constituye el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual exige que **la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo, debe estar suficientemente comprobada**, así también lo tiene expuesto **la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL 2799 del 5 de marzo de 2014.**

El apelante indica que hay culpa del empleador en el accidente de trabajo sufrido por el actor, al tener para la labor que este desarrollaba, maquinas “hechizas”. No obstante, de la demanda se extrae que no fue materia de debate dicha situación, por el contrario, lo único consignado en las pretensiones, es la declaratoria de la obligación que tenía el empleador de capacitarlo en el manejo y/o manipulación de las maquinas industriales.

En ese orden de ideas y acogiendo los argumentos esbozados por el *a quo*, se procederá a realizar el estudio, esto es, si conforme a la situación fáctica planteada en la demanda fue la que desencadenó el accidente de trabajo del actor.

DAÑO

En primer lugar, debe indicarse que no es objeto de controversia para esta instancia, que el demandante sufrió un accidente de trabajo el **8 de abril de 2014**, que le generó traumatismo aplastante dedos anular y meñique MSI, amputación en IFD dedo meñique y amputación dedo anular; **es decir que el daño en el trabajador está acreditado.**

CULPA DEL EMPLEADOR

En segundo lugar, se debe **verificar** si en la ocurrencia de dicho accidente de trabajo, media **la culpa suficientemente comprobada del empleador.**

El *a quo* consideró en el presente asunto, que el actor mediante interrogatorio de parte había acreditado lo correspondiente a la capacitación, pues este indicó que llevaba seis años desempeñando la misma labor, asimismo, que la capacitación se adquiría en la medida que se iban adelantando las labores propias del cargo, aunado a ello que lo presentado en el día del accidente obedecía a una maniobra que había adelantó el actor, desconociendo una norma básica, mientras el equipo o maquina estaba en funcionamiento.

Respecto de la culpa exclusiva de la víctima, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL14420-2014, reiterada en sentencia SL1570-2018, Radicación N° 51.243 del 09 de mayo de 2018, señaló:

“Sobre la culpa exclusiva de la víctima tiene adoctrinado la Sala de Casación Laboral, que la causalidad, es decir, la relación de causa-efecto que debe existir entre la culpa patronal y el daño, además de ser un elemento sine qua non de la responsabilidad plena y ordinaria de perjuicios del empleador, es una pauta de justicia, en la medida que, nadie está obligado a resarcir un daño sino cuando ha dado causa o contribuido a él. De allí que la culpa exclusiva de la víctima o de un

tercero, y el caso fortuito y la fuerza mayor (denominados por la doctrina causas ajenas), sean considerados en el derecho común como eximentes de responsabilidad, en tanto que, con su establecimiento, el nexo causal se rompe o quiebra, ante la imposibilidad de imputar el resultado dañino a quien se afirma lo cometió por acción u omisión culposa”

Respecto a la concurrencia de culpas del empleador y el trabajador en el accidente de trabajo, adoctrinó la Corte en sentencia CSJ SL 5463- 2015, reiterada en sentencia SL1570-2018, Radicación N° 51.243 del 09 de mayo de 2018:

“La responsabilidad de la empresa en el accidente laboral no desaparece en el evento de que este ocurra también por la concurrencia de un comportamiento descuidado o imprudente del trabajador, toda vez que, conforme al tenor del artículo 216 del CST, en la indemnización plena de perjuicios a consecuencia de un siniestro profesional con culpa del empleador no se admite la compensación de culpas.

*En aras de la función unificadora de la jurisprudencia que tiene asignada esta Corte, no obstante que el presente es un cargo por la vía indirecta, cumple rememorar lo que tiene asentado esta Corporación **de que la responsabilidad por culpa comprobada del empleador en la ocurrencia del siniestro profesional no desaparece porque el trabajador también haya actuado con culpa.***

(..)

*Como lo pone de presente el propio recurrente, esta Corporación desde la sentencia del 15 de noviembre de 2001 radicado 15755, en relación a esta precisa temática adoctrinó que la indemnización plena y ordinaria de perjuicios consagrada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, **es una regulación autónoma de la responsabilidad patronal, por la cual no resulta operante el concurso de culpas previsto en el citado artículo 2357 del Código Civil,***

pronunciamiento que fue reiterado en sentencia del 4 de febrero de 2003 radicación 19357.

(..)

Y en sentencia del 10 de marzo de 2004 radicado 21498, la Corte precisó el anterior criterio, **para señalar que no hay responsabilidad del empleador de conformidad con lo regulado en el artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo, cuando el accidente de trabajo haya ocurrido por culpa atribuible exclusivamente al trabajador accidentado, pero no cuando en tal infortunio concurra la culpa de los dos sujetos de la relación de trabajo, dado que no es posible que la responsabilidad laboral del empleador desaparezca por la compensación de las faltas cometidas por las partes, (..)**

Pero lo cierto es que a la luz del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, que contiene una regulación especial de la responsabilidad laboral, **para determinar la obligación del empleador al reconocimiento y pago de la indemnización total y ordinaria de los perjuicios le basta al juzgador establecer la culpa “suficientemente comprobada”, en la ocurrencia del accidente de trabajo o en la enfermedad profesional,** de suerte que, en este caso, una vez determinada esa conducta culposa no se hacía necesario analizar la responsabilidad que en el infortunio pudiera haber correspondido al trabajador, salvo que se hubiese alegado por las demandadas que el accidente laboral se produjo por un acto deliberado de aquél, lo que no aconteció. Y se afirma lo anterior, por cuanto, como lo ha explicado esta Sala de la Corte, no es posible que la responsabilidad laboral del empleador desaparezca por la compensación de las faltas cometidas por las partes. (..)”

Así entonces, descendiendo al caso en concreto, tenemos que a folios 84 a 105 se allegó (i) investigación sobre el accidente de trabajo sufrido por el demandante y allí se indicó que el actor estaba realizando una tarea habitual en su trabajo, la cual era realizada de manera frecuente desde hace 5 años y 8 meses y, en la descripción del mismo se anotó , “(..) se encontraba en la

parte delantera de la máquina, donde se está golpeando la tubería de la máquina para sacarla, porque ya se había terminado la perforación, al sentir golpeteo el trabajador trato de roscar la pieza de golpeteo sin percatarse de que el otro operario el señor Alfonso Cortes no había dejado de tensionar la manila, proceso necesario para el funcionamiento de la máquina, por ello ocurrió el machucón de la mano izquierda (...).

De la versión del accidentado, esto es, del demandante, del mismo informe de investigación de accidente de trabajo se extrae *“(..) estábamos extrayendo una tubería y se le adapta una pieza y un tubo con otro martillo para golpear para arriba, y al golpear se va desenroscando, entonces yo trato de roscarla y el compañero no se percató y tensionó la manila y ahí sufrí el accidente (...)*”

Con relación a la versión del operario de la máquina, esto es, del señor Alfonso Cortés, quien estaba con el demandante para el día del accidente, también se consignó en el informe de investigación del accidente lo siguiente *“(..) el operario está en la maquina ubicado en la parte delantera, donde se está golpeando la tubería para sacarla porque ya se había terminado la perforación, después de esto queda un golpeteo (movimiento residual) en ese momento él trató de roscar la pieza de golpeo sin darse cuenta de que yo no había terminado de jalar la manila, fue cuando sucedió el machucón de la mano izquierda (...)*”

Del análisis de las causas se consignó en el referido informe lo siguiente: *“(...) (i) el trabajador realizó un manejo inadecuado de la maquina al tratar de roscar una pieza cuando estaba en movimiento la maquina; (ii) tenía experiencia en el manejo de la máquina, lo ha utilizado durante años en su trabajo, pero al momento de la práctica, ejecutó incorrectamente los movimientos; (iii) no hubo comunicación previa, durante la ejecución de la tarea; (iv) la maquina no se le realiza mantenimientos preventivos solo correctivos; (v) no se cumplieron las medidas de seguridad; (vi) por exceso de confianza en tareas repetitivas y (vii) no tiene capacitación específica de manejo seguro de máquinas(...)*”

En cuanto a las causas básicas, se consignó en dicho informe de investigación lo siguiente *“(..) el trabajador no informó al supervisor de la*

maquina sobre el procedimiento de roscar una pieza durante la ejecución de la tarea (...). También se observó que el trabajador incumplió una norma básica de seguridad al realizar la maniobra al equipo mientras esta se encontraba en funcionamiento (...)

Finalmente se consignó con relación a las causas inmediatas o condiciones inseguras para la fecha del accidente, que *“(..) 1030 Resbaloso- El terreno donde estaba el equipo presentaba desniveles, adicionalmente se observó la presencia de remanente de barro (...)*”

De conformidad con el documento que obra a folio 77 a 78 del expediente; las funciones del demandante en el cargo de auxiliar de perforación, consistían entre otra en:

- Al empezar las perforaciones estar pendiente de la extracción del barreno y de veletrar en las brocas y en las maquinas, de encender la motobomba, mantener agua, ayudar con la llave y soltar y apretar la tubería.

-

Por otro lado, obra en el expediente, capacitación realizada por Seguros Bolívar, con relación al autocuidado uso de máquina y equipos, dirigida al demandante (fl. 99) con fecha 23 de mayo de 2014 así como al señor Alfonso Cortés quien era el operario de la máquina para el día del accidente de trabajo, y en el que se decisiones y compromisos adquiridos se consignó lo siguiente: *“(..) Se realiza capacitación a dos empleados que sufrieron lesión en manos por imprudencia en la manipulación de una máquina de perforación. (...) Se acuerda que la empresa tiene que: (i) Elaboración de procedimiento de seg.; (ii) análisis de riesgo mecánico cc c/ maquinaria; (iii) elaboración prog. De Mtto preventivo a maquinaria y (iv) realizar plan de capacitación en riesgo mecánico (...)*” (fl. 100).

Asimismo, se allegaron planillas de capacitaciones realizadas por la demandada a sus trabajadores para las siguientes fechas 17 de noviembre de 2107, 18 de noviembre de 2016, 15 de diciembre de 2016 y del que de las planillas de asistencia obra el nombre y la firma del aquí demandante (fls. 156 a 161, 170 a 174).

Conforme a lo anterior, si bien para que se desencadenará el accidente de trabajo, hubo falencias en el procedimiento que realizaba el actor, lo cierto es que no se puede pasar por alto la Sala, que también es evidente que el accidente de trabajo confluyó ante la falta de capacitación en el manejo de máquinas, pues de la documentación allegada al expediente, no se logra extraer un curso de formación de orden técnico con relación a la labor que desarrollaría el demandante al momento en que se celebró el contrato de trabajo y solo después de que ocurre el evento, es que se observa que inician las capacitaciones previo compromiso realizado con la ARL Seguros Bolívar tal y como quedó relacionado en precedencia.

Aunado a ello, tampoco puede obviar la Sala que de la investigación, en el acápite *-análisis de las causas-* se consignó de manera puntual que el trabajador no tenía capacitación específica de manejo seguro de máquinas y aunado a ello se consigna que no se previó el mismo, debido a su experiencia.

Así las cosas, como en materia laboral no hay concurrencia de culpas como lo señala la máxima corporación laboral, se tiene por demostrada la responsabilidad laboral del empleador en el accidente de trabajo del actor, pues ésta no puede desaparecer por la compensación de las faltas cometidas por las partes. Aunado a ello, sus obligaciones como empleador van más allá, al punto que se convierte en un imperativo suyo exigir el cumplimiento de las normas de seguridad en el desarrollo de la labor y, de ser el caso, prohibir o suspender la ejecución de los trabajos hasta tanto no se adopten las medidas correctivas, o como lo señala el Convenio 167 de la Organización Internacional del Trabajo “(..) *interrumpir las actividades (..)*” cuando se comprometa la seguridad de sus trabajadores, en el entendido que en el ámbito laboral debe prevalecer la vida y la seguridad de estos, sobre cualquier otra consideración.

Por lo anterior, no se comparten los argumentos realizados por el Juez de Primera Instancia, el haber tenido como confesión en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante, que llevaba 6 años desarrollando la labor y que la capacitación se tenía en la ejecución de las labores propias del cargo, pues del Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial (fls. 178 a 180) en su

artículo 6° establece “(..) *un proceso de inducción del trabajador a las actividades que debe desempeñar, capacitándolo respecto a las medidas de prevención y seguridad que exija el medio ambiente laboral y el trabajo específico que vaya a realizar (..)*, sin que claramente se haya acreditado la capacitación técnica o de ello no se allegó prueba al infolio, pues al unísono tanto el demandante como el testigo Robín Daza indicaron que la capacitación se realizaba en la marcha y con los compañeros de trabajo que llevaban más tiempo en la empresa desarrollando la misma labor.

Aunado a ello, también se extrae del informe de investigación y análisis de accidente grave (fls. 84 a 96), que el demandante contó con condiciones de trabajo inseguras, pues se anotó en el mencionado documento que el terreno estaba resbaloso y presentaba desniveles, sin que pueda pasarse por alto, la observación adicional realizada, con relación a la falta de mantenimiento preventivo que no se le realizaba a la máquina de trabajo.

Ahora, si bien para la época del accidente el demandante contaba con botas, overol, casco y guantes tal y como lo describió en su interrogatorio de parte y lo ratificó el testigo Robín Daza, situación que constata la entrega de **elementos de protección, para la Sala no es suficiente para que la demandada se exonere de una culpa en el accidente de trabajo del actor**, pues no fue la omisión de los elementos de protección lo que generó el accidente de trabajo, sino que la demandada no demostró haber capacitado a su trabajador en el manejo de las máquinas industriales, esto es, omitió el deber legal y contractual de capacitarlo, por lo que en esta oportunidad la empresa no tomó las medidas de previsión necesarias para evitar esta clase de accidentes, y por el contrario, toleró y permitió que se adelantaran este tipo de labores, sin seguir un procedimiento de trabajo seguro, en las labores de perforación en el estudio de suelo, más exactamente, la que adelantaban los operarios de perforación para el día del accidente, que en el momento en que se encontraba la maquina en funcionamiento, con la manila tensa no podía introducirse la mano, prohibición que jamás se socializó conforme lo indicó el testigo Robín Daza.

Así entonces, **se acredita la culpa de la empresa demandada en el accidente de trabajo del demandante en la medida que incumplió la obligación de brindar protección y seguridad integral en la salud del trabajador demandante, como lo manda el art. 56 C.S.T.;** es decir, no actuó como un buen padre de familia como lo ha considerado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en la sentencia **SL 2799 del 5 de marzo de 2014**, al indicar que se exonera al empleador de la indemnización de perjuicios contenida en el artículo 216 del C.S.T., cuando actúa como buen padre de familia, o como administrador de un negocio propio y que se espera de él, de ordinario, un obrar diligente, cuidadoso y responsable, lo cual, valga agregar, no fue acreditado en el plenario, por cuanto el empleador demandado, no aportó medio probatorio pertinente y útil para acreditar *que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de su trabajador aquí demandante*, lo que se traduce en la inversión de la carga de la prueba, ante la existencia de una negación indefinida, en los términos del artículo 167 del CGP y de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL248-2018, Rad. N° 57.029 del 06 de febrero de 2018.

Así mismo, en la sentencia CSL rad. 39631, 30 de oct. de 2012, se adoctrinó al respecto de los supuestos de hecho de la culpa:

*“De suerte que la prueba **del incumplimiento en la ‘diligencia o cuidado ordinario o mediano’**, que debe desplegar el empleador en la administración de sus negocios, para estos casos, en la observancia de los deberes de protección y seguridad que debe a sus trabajadores, **es prueba suficiente de su culpa en el infortunio laboral** y, por ende, de la responsabilidad de que aquí se habla. En consecuencia, será responsable de la obligación de indemnizar total y ordinariamente los perjuicios irrogados al trabajador, siempre que exista la relación de causalidad entre el trabajo y el hecho generador del siniestro.*

La abstención en el cumplimiento de la ‘diligencia y cuidado’ debidos en la administración de los negocios propios, en este caso las relaciones subordinadas de trabajo, constituye la conducta culposa que exige el artículo 216 del Código Sustantivo

del Trabajo para infligir al empleador responsable la indemnización ordinaria y total de perjuicios.”

NEXO DE CAUSALIDAD

Y, en tercer lugar; el nexo causal entre el comportamiento culposo y el perjuicio. Quedo demostrado que el demandante estaba ejecutando su labor y que para el momento del accidente de trabajo se encontraba ejerciendo esta labor y en virtud de esta labor, fue que ocurrió traumatismo aplastante en el dedo anular y meñique con la respectiva amputación, debido a la omisión de la empresa en el cuidado de medidas de prevención, por lo que este tercer punto queda acreditado.

En consecuencia, está demostrada la culpa del empleador en el accidente de trabajo sufrido por el actor y al estar probada la culpa o negligencia del empleador en el accidente de trabajo del demandante, se da paso a la indemnización plena de perjuicios pretendida.

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Debe señalarse, que ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la manera de resolver esta situación, entendiendo que no le es dable al empleador declarado culpable, descontar del pago a su cargo de la indemnización plena y ordinaria de perjuicios el valor correspondiente a las prestaciones que han sido reconocidas por la ARL.

Perjuicios materiales

Respecto de los perjuicios materiales se ha indicado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que corresponde a:

*“La indemnización plena de perjuicios incluye los perjuicios patrimoniales donde está contemplado **el daño emergente y el lucro***

cesante, siendo el primero los recursos que salen del patrimonio del trabajador o su familia para atender las consecuencias del daño-accidente de trabajo o enfermedad profesional, y el segundo, que es cuando una persona sufre un accidente de trabajo o enfermedad profesional y por causa de estos no pueda recibir dinero, es decir, no puede generar ingresos para su sostenimiento ni el de sus familiares..”

Descendiendo al caso, tenemos que verificada la demanda no se enuncia ningún perjuicio que se enfoque dentro de lo que se ha denominado daño emergente, **solo se deduce respecto del lucro cesante**, pues aparece que se le produjo al demandante una pérdida de su capacidad laboral del 7,36%, como consecuencia del accidente de trabajo ocasionado por culpa del empleador. Por lo tanto, se debe proceder a su cálculo aplicando la fórmula que ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y que para el caso en concreto se establece en los términos establecidos en la liquidación que se anexa a la presente sentencia y que forma parte integral; teniendo en cuenta el IBC reflejado en el Certificado de aportes en línea que milita a folios 113 a 128 del expediente, que demuestra el salario que el actor devengaba por esa época.

Por lo tanto, el demandante tiene derecho a la suma de **\$22.091.596**, por perjuicios materiales.

Perjuicios de vida en relación

En la sentencia del CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN C, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO del 11 de julio de 2013, Radicación número: 19001-23-31-000-2001-00757-01(31252), se señaló:

“3.2. Daño a la vida de relación

“(.) Como bien resulta del aparte transcrito, la procedencia del reconocimiento en tales casos está determinada por la prueba del daño a la vida de relación, sin que sea aceptable entender que en

todos los casos y de manera mecánica el juez haya de presumir la ocurrencia de este tipo de daño. En el caso presente no existe prueba de la ocurrencia del daño a la vida de relación, pues los testimonios (..), no alcanzan a ser demostrativos de dicha circunstancia y se contraen a señalar el daño moral derivado de la muerte de (...) por lo que se denegará el pedimento de la demanda en tal sentido.”

LA CORTE S.J., EN SALA DE CASACIÓN CIVIL, sentencia del 15 de junio de 2016, Radicación: 11001 31 03 029 2006 00272 01, M.P.: MARGARITA CABELLO BLANCO, señaló:

“Y, si, en gracia de discusión, la Corte aceptara que en el escrito incoativo fueron pedidos de manera autónoma e independiente los daños morales y de **vida de relación**, habría que concluir, prontamente, que **el impugnante no señaló, puntualmente, de qué forma se le generó el daño a la vida de relación, pues, como atrás se indicó, no hubo señalamiento concreto de la repercusión en el círculo o frente a los vínculos de la actora. Es más, no se apreció o describió, en particular, qué nexos o relaciones se vieron afectadas, sus características o la magnitud de tal incidencia. Resulta incontrovertible que toda limitación en la salud física o mental de un individuo impacta negativamente su entorno; sin embargo, ante una reclamación judicial, no puede la víctima dejar al juez conjeturar las repercusiones concretas de esa situación perjudicial y, en el presente asunto, la afectada se despreocupó de indicar las particularidades del detrimento denunciado, luego, no es dable aseverar su existencia real, determinada y concreta.**”

Así entonces, descendiendo al caso en concreto, el demandante no señaló puntualmente, de qué forma se le generó el daño a la vida de relación, pues si bien la testigo Blanca Tilcia Gualteros, en calidad de compañera permanente, indicó que convivían hace 19 años. Lo cierto es que lo único que manifestó en su declaración es que previo al accidente de trabajo sufrido por el demandante salían al parque y jugaban junto con sus hijas, luego de que este acaeció, dejaron de hacerlo, esto es, concluye la Sala que no existió un señalamiento concreto de su repercusión, en los términos referidos en

jurisprudencia en cita. **Por lo tanto, no hay lugar a ordenar el pago de perjuicios de vida en relación.**

Perjuicios morales

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha señalado en la sentencia SL248-2018, Rad. N° 57.029 del 06 de febrero de 2018, lo siguiente:

*“Por otro lado, el daño moral ha sido analizado por la jurisprudencia de esta Corporación en dos escenarios: **el daño moral objetivado y el daño moral subjetivado**. El primero, como «aquellos daños resultantes de las repercusiones económicas de las angustias o trastornos síquicos que se sufren a consecuencia de un hecho dañoso» y los segundos, como «los que exclusivamente lesionan aspectos sentimentales, afectivos, y emocionales que originan angustias, dolores internos, síquicos, que lógicamente no son fáciles de describir o de definir» (CSJ SL, 30 oct. 2012, rad. 39631).*

También ha dicho la Sala que para su liquidación es menester aplicar las reglas de la experiencia, pues su tasación se hace al «arbitrium judicis».”

En la sentencia citada del CONSEJO DE ESTADO, frente al daño moral señaló:

*“3.1. En relación con el **perjuicio moral**, la Sala de manera reiterada ha señalado que este tipo de daño se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. De allí que, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con los daños irrogados a uno de sus miembros, lo cual es constitutivo de un perjuicio moral.*

De otro lado, según lo precisado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, se ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio

moral, y ha considerado que la valoración del mismo debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y con apoyo en el arbitrio juris, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado.

De manera que, la Subsección aprovecha esta oportunidad para reiterar la jurisprudencia –acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de la Sala Plena de la Sección Tercera y la posición mayoritaria de la Subsección – sobre la materia, según la cual el daño moral al hacer referencia a la órbita interna del sujeto, no puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto, razón por la que para su liquidación se ha optado por la aplicación del arbitrio juris, postulado que se integra a la nomoárquica jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encuentra fundamento en la sana crítica y en la reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía compensación una afectación a un bien tan personalísimo como las lesiones a la esfera u órbita interna y afectiva de la persona”

Por lo anterior, es evidente que si existió el daño en la salud del demandante con el infortunio laboral como se acredita con el documento de folio 34, por lo que **se deduce que si proceden los perjuicios morales**, puesto que de ellos no se requiere prueba exacta, tal como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, en tratándose de perjuicios morales subjetivados que hacen relación a los dolores internos que no son lógicamente fáciles de describir, como ocurre en este caso, pues aplicando las reglas de la experiencia y la sana crítica (art. 61 CPT y SS), es evidente que el demandante sufrió un daño moral subjetivado con la amputación del dedo meñique y anular ocasionadas con el accidente de trabajo, pues de acuerdo con la documental de folio 34, perdió el 7.36% de su capacidad laboral y fue catalogada como una incapacidad permanente parcial. Además, si se presumen los perjuicios morales cuando quien demanda son los familiares de la víctima, con mayor razón cuando se trata de la víctima.

Por lo anterior, el demandante tiene derecho a que la demandada **le pague la suma de \$4.000.000 de pesos, como resarcimiento por los perjuicios morales.**

PRESCRIPCIÓN

De conformidad con los arts. 151 del CPT y SS y 488 del CST, el actor cuenta con el término de 3 años desde la fecha que se hizo exigible el derecho.

La Corte Suprema de Justicia en la sentencia de casación SL, 30 oct. 2012, rad. 39631, referida a un accidente laboral, indicó que “la jurisprudencia laboral de esta Sala de la Corte ha establecido que el término prescriptivo de acciones como la aquí impetrada **debe empezar a computarse a partir de la fecha en la que se establezcan, por los mecanismos previstos en la ley, las secuelas que el accidente de trabajo haya dejado al trabajador, (...)**”

Por lo tanto, como la Junta Regional de Calificación de Invalidez comunicó al demandado el 19 de enero de 2016, el dictamen estableciendo la pérdida de la capacidad laboral como accidente laboral (fl. 74), la Sala considera que es a partir de esta fecha que el actor contó con el termino de 3 años para demandar, lo cual ocurrió el 05 de abril de 2017, como se verifica a folio 1 del expediente. Por lo tanto, la excepción de prescripción no está llamada a prosperar, contrario a lo afirmado por el *a quo*, que en la parte resolutive declaró probado el medio exceptivo propuesto.

En este orden de ideas, y al no existir más elementos por decidir, la Sala **REVOCARÁ** la decisión impartida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 27 de noviembre de 2018 y en su lugar condenará a la demandada.

C O S T A S:

En aplicación del artículo 365 del C.G.P., se condenará en costas de ambas instancias a la parte demandada, por haber resultado vencida en juicio.

D E C I S I Ó N

EN MERITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C. -SALA LABORAL- ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

R E S U E L V E

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 17° Laboral del Circuito de Bogotá, de fecha 27 de noviembre de 2018 y en su lugar, declarar que la demandada es culpable en el accidente de trabajo sufrido por el demandante, el 8 de abril de 2014, de conformidad con lo aquí expuesto.

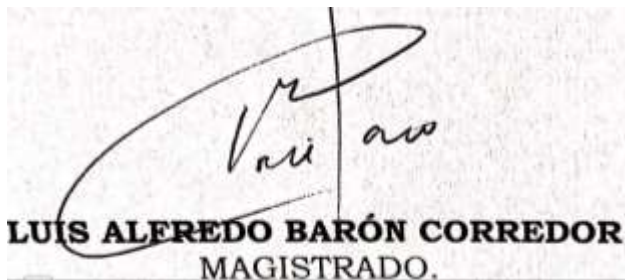
SEGUNDO: Consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la demandada a pagar al demandante la suma de \$22.091.596 como resarcimiento por los perjuicios materiales y \$4.000.000, como resarcimiento por los perjuicios morales, conforme la parte motiva.

TERCERO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, conforme a la parte considerativa de este fallo.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de los perjuicios de vida en relación, de conformidad con la parte considerativa.

QUINTO: LAS COSTAS de ambas instancias estarán a cargo de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

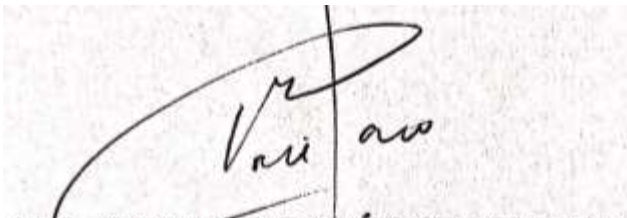


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: Se fijan como agencias en derecho la suma de \$900.000 pesos a cargo de la parte demandada ALFONSO URIBE S & CIA S.A.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Fecha de cálculo = 30-abr-21

Datos del causante

Género	=	Masculino
Fecha de nacimiento	=	22-sep-74
Fecha de estructuración	=	8-abr-14
Último salario (promedio 2 últimos meses)	=	\$ 1.060.500
Salario actualizado 2021	=	\$ 1.406.002
Gastos Personales 25%		\$ 351.501
Valor del salario neto		\$ 1.054.502
Porcentaje de pérdida capacidad L		7,36%
Lucro cesante Mensual	=	\$ 77.611

1.- Lucro Cesante Consolidado = \$ 8.115.453

Lucro cesante Mensual	\$ 77.611
No. de meses a la fecha de fallo	84,73
Intereses mensual	0,5%

Fórmula

$$\text{LCC} = \text{LCM} \times \frac{\text{Sn}}{(1+i)^n - 1}$$

$$\text{Sn} = \frac{\text{LCM} \times ((1+i)^n - 1)}{i}$$

2.- Lucro Cesante Futuro = \$ 13.976.143

Lucro Cesante Mensual	=	\$ 77.611,32
Edad (Actual teórica) Causante	=	46,60
Esperanza de vida - Años	=	35,90
Esperanza de vida - Meses	=	430,80
Intereses mensual	=	0,5%

Fórmula

$$\text{LCF} = \text{LCM} \times \frac{\text{an}}{(1+i)^n - 1}$$

$$\text{an} = \frac{\text{LCM} \times ((1+i)^n - 1)}{i(1+i)^n}$$

Lucro Cesante Consolidado	\$ 8.115.453
Lucro Cesante Futuro	\$ 13.976.143