

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 WINDY JULIETTE CABRA CARRETERO
contra MASIVO CAPITAL SAS EN REORGANIZACIÓN**

En Bogotá D. C. a los veinticinco (25) días del mes de marzo 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 **WINDY JULIETTE CABRA CARRETERO**, se **declare** que la terminación del contrato de trabajo fue ilegal e ineficaz ya que no medió autorización expresa de Ministerio de la Protección Social y que se encuentra cobijada por el fuero de estabilidad laboral reforzada en razón a su limitación física. Como consecuencia de lo anterior, solicita se ordene su reintegro a un cargo igual o de mejores condiciones, junto con el pago de los aportes a la seguridad social, salarios dejados de cancelar desde el momento del despido y hasta que se verifique el reintegro, indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, reparación integral de daños y perjuicios morales y materiales ocasionados desde la terminación del contrato de trabajo y hasta que se verifique el pago de lo adeudado, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 80 y 81).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 77 a 80), señaló que ingresó a laborar a la empresa el 11 de agosto de 2015, desempeñando el

cargo de auxiliar de PIR, con un salario promedio de \$1.200.000. Refiere que para el mes de octubre de 2015 ingresó al área de talento humano al cargo de asistente de operaciones, sin embargo, su contrato no fue modificado. Sostiene que al ingresar a la empresa no sufría de ninguna patología y el 3 de marzo de 2016 sufrió un accidente de trabajo, siendo diagnosticada con lumbago no especificado y otros trastornos especificados de los discos vertebrales. Sostiene que el 5 de julio y el 2 de noviembre de 2016, la ARL COLMENA expidió un acta de visita empresarial realizando recomendaciones médicas, al igual que ha asistido a terapias, como también ha presentado varias incapacidades. Aduce que en el mes de junio de 2017 también le otorgaron incapacidades las cuales no fueron radicadas debido a que fue víctima de hurto y toda la documentación fue extraviada. Menciona que el 14 de diciembre el señor JULIAN LOAIZA supervisor y jefe en su área, le solicitó un conductor con el fin de trasladar un vehículo, a lo que ella advirtió que quienes estaban a su cargo eran inoperables, sin embargo, él le manifestó que se hacía cargo, por lo que cumpliendo la orden, le fue asignado un conductor de los inoperables, quien desafortunadamente se estrelló con un poste en el sector de Toberín, motivo por el cual la empresa arremetió de inmediato en su contra, cuestionándola del porque había autorizado un conductor inoperable a lo que ella respondió que el señor JULIAN LOAIZA lo había solicitado. Afirma que el 15 de diciembre de 2016 fue llamada a descargos, junto con el conductor y el citado señor, siendo culminado su contrato ese mismo día. Finalmente, señala que la empresa sabe de la patología que padece, de las restricciones y del tratamiento que actualmente debe seguir, razón por la cual presentó acción de tutela, en la cual se ordenó su reintegro tanto en primera como en segunda instancia, de manera transitoria y que a la fecha de presentación de la demanda se encuentra en estado de embarazo y en tratamiento debido a las patologías que presenta.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

MASIVO CAPITAL SAS contestó la demanda (fls. 113 a 124), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 2, 7, 8, 11 parcial, 13 parcial, 16 parcial, 18 parcial, 19, 21 parcial, 26 parcial, 28 a 31 y 32 parcial y niega y no le

constan los demás. Propuso como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido, inexistencia de fuero de estabilidad laboral reforzada, buena fe, causal objetiva de terminación del contrato diferente a la condición de salud del trabajador, cumplimiento del debido proceso, no pago de costas e intereses y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 9 de octubre de 2018 (CD – fl. 227), **declaró** que el despido de la demandante efectuado el 4 de enero de 2017 obedeció a una justa causa, **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda, **declaró** probadas las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de fuero de estabilidad laboral reforzada y causal objetiva de terminación del contrato diferente a la condición de salud del trabajador y **condenó** en costas a la demandante fijando como agencias en derecho al suma de \$300.000.

Fundamentó su decisión, indicando que la demandante en la diligencia de descargos, manifestó que tenía conocimiento que los conductores inoperables no pueden conducir vehículos mientras se encuentran en dicha situación, al igual que reconoció que el permiso que otorgó al trabajador correspondió a una extralimitación de sus funciones y que es consiente que el accidente ocurrido puede acarrear una multa para la empresa, como también expuso que el día de los hechos fue el inspector JULIAN LOAIZA quien le solicitó un conductor inoperable y que ella fue quien lo asignó, sin embargo, indico que su jefe inmediato era MARÍA FERNANDA CALIXTO y que en ausencia de esta, son los supervisores ANDREA ZÚÑIGA y VÍCTOR CONTRERAS. Aduce que al absolver el interrogatorio de parte el representante legal de la demandada, expone que el señor Loaiza era el coordinador del área de mantenimiento y e área para la cual labora la accionante era completamente diferente, en tanto era la de operaciones la cual tiene unos coordinadores diferentes y que la actora podía rehusarse a cumplir cualquier orden de otras áreas pues no era sus jefes inmediatos. Sostiene que el señor JULIAN LOAIZA señaló que no era el jefe inmediato de la accionante y que el 14 de diciembre de 2016 le pidió

a la actora un conductor, a lo que ella accedió porque este se ofreció y luego charló con ella y se lo asignaron para llevar un vehículo hasta Toberín. Sostiene que de lo expuesto se extrae que ningún jefe inmediato le dio la orden directa a la demandante para enviar a un conductor inoperable a llevar el vehículo a Toberín y el hecho irrefutable de que efectivamente asignó un conductor en esas condiciones para conducir un vehículo. En cuanto a las inasistencias y llegadas tarde, la accionante en la diligencia de descargos manifestó que para esos días se encontraba incapacitada pero que estas le fueron hurtadas y que la llegada tarde se debía a que con ocasión al accidente de trabajo, a veces de le dormía la pierna izquierda lo cual le impedía caminar rápido y por ello tardaba más en llegar, a lo que la empresa le dio tres días para que presentara prueba de las incapacidades, sin embargo, no las aportó.

Menciona que de la documental aportada se evidencia que la demandada, cumplió con la obligación de realizar la diligencia de descargos a la accionante, garantizando el derecho al debido proceso y de defensa de la misma, al igual que se encuentran fundadas las razones por las cuales procedió en un principio a la suspensión de la trabajadora y con posterioridad a la finalización del contrato de trabajo, máxime si la demandante ni siquiera con la presente acción, allegara pruebas documentales que justificara su inasistencia al puesto de trabajo por los días señalados en el mes de junio de 2016, sino por el contrario, se limitó a decir que durante el vínculo labora nunca tuvo anotaciones en su hoja de vida o llamados de atención, lo cual queda desvirtuado con lo expuesto.

Señala que las razones expuestas por la demandada en la carta de terminación de se encuentran justificadas, sin que su determinación lo fuera con ocasión a alguna limitación física de la trabajadora.

Sobre la estabilidad laboral alegada, refiere que al haberse demostrado en el proceso una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, no se requería de la autorización previa del Ministerio de Trabajo, a más, porque ninguna de las pruebas demuestra la existencia de una limitación física, por el contrario, las pruebas allegadas solo denotan la existencia de un accidente de trabajo ocurrido en marzo de 2016, que fue reportado

oportunamente a la ARL quien se encargó de la atención y rehabilitación de la accionante y si bien se dieron algunas incapacidades y recomendaciones, estas últimas no significan que el trabajador se encuentre limitado para el desempeño de sus labores; luego no existe una prueba fehaciente de la cual se establezca que la trabajadora gozaba de la estabilidad alegada, a más que no toda discapacidad goza de tal estabilidad, pues se requiere que esta además de ser conocida por el empleador, este calificada sobre el 15%, circunstancias estas que no se dan en el presente asunto, en tanto la empresa no tenía conocimiento que la trabajadora estuviera calificada en la forma indicada.

Finalmente, aduce que la demandada a la fecha ha cancelado las prestaciones a que tiene derecho la accionante dado el reintegro ordenado por fallo de tutela, de lo cual se demostró que la trabajadora fue despedida con justa causa.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que no se tuvo en cuenta que desde el 3 de marzo de 2016 empieza a tener terapias físicas y asistir al médico, tomar medicamentos y presentar incapacidades, además en septiembre de 2016 acudió a medicina especializada, sumado a que con el acta de visita empresarial de noviembre de 2016, se denota un seguimiento a su estado de salud y en diciembre de 2016 se emiten unas recomendaciones y al momento del despido se encontraba pendiente de una cita médica y de valoración por terapia física, sin que la estabilidad laboral reforzada se circunscriba únicamente a la Ley 361 de 1997, como tampoco es exclusiva de quienes posean una calificación de la pérdida de la capacidad laboral, como lo dice la jurisprudencia constitucional y a la fecha continua con restricciones médicas, en virtud de las secuelas derivadas del accidente de trabajo. Expone que el despido no devino por unas inasistencias que ocurrieron en julio de 2016, sino por un evento que sucedió el 14 de diciembre de 2016, de lo cual en el interrogatorio de parte señaló que no había enviado un conductor inoperable, simplemente adujo que ese trabajador presentaba esa condición, sumado a que no fue quien dio la orden, pues esta devino de JULIAN LOAIZA y si bien este no era

su jefe, él dijo que se acercó a ella, quien le indicó que todos los conductores eran inoperables y un conductor se ofreció y él supuso que este le había dicho a ella que iba a operar el móvil; por lo que bajo esas afirmaciones es claro que gozaba de estabilidad laboral y que fue el citado señor quien supuso que el conductor tenía permiso, sumado a que no obra autorización firmada por ella donde diga que autoriza a un conductor inoperable a manejar un vehículo; de ahí que se deba confirmar la sentencia de tutela que ordenó su reintegro.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si la demandante al momento de la terminación del contrato de trabajo con la demandada, gozaba de estabilidad laboral reforzada y en caso afirmativo, establecer si hay lugar reintegrarla al mismo cargo que desempeñaba al momento de la culminación del vínculo o a otro igual o de superior categoría, junto con el pago de los salarios y aportes a la seguridad social integral, causados desde la fecha de culminación del vínculo y hasta que se produzca el reintegro, además de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

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 179 y 180, de donde se colige que la señora WINDY JULIETTE CABRA CARRETERO desde el 11 de agosto de 2015 hasta el 5 de enero de 2017, desempeñando el cargo de auxiliar PIR.

Así mismo, de la documental de folios 62 a 71, se evidencia que en virtud del fallo de tutela proferido por el Juzgado 35 Penal Municipal con función de conocimiento el 1° de marzo de 2017, modificado por el Juzgado 38 penal del circuito con función de conocimiento, se ordenó su reintegro como mecanismo transitorio, encontrándose el contrato de trabajo vigente a la fecha.

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, lo primero que debe resaltar la Sala es que no era necesario como lo refiere el a quo, que la demandante acreditara un grado de discapacidad entre grave, severa y profunda al momento del despido, pues de la jurisprudencia en comento, es claro al trabajador únicamente le corresponde demostrar que al momento de la culminación del vínculo se encontraba en una situación de salud que le impedía o dificultaba el cabal desempeño de sus funciones, para que se configure la estabilidad laboral reforzada y por ende, al empleador acreditar las justas causas alegadas; de manera que, no se requiere la existencia de una calificación previa que acredite una pérdida de la capacidad laboral superior al 15%; argumento que además, coincide con

lo señalado por la Corte Constitucional en las sentencias anteriormente referidas.

Argumentos estos que se acompasan al caso bajo estudio en el entendido que no se requiere que el trabajador este previamente calificado para gozar de la estabilidad laboral reforzada, cuya presunción se desvirtúa solo en el evento que el empleador alegue una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo y que la misma se compruebe, pues de no ser así, debió solicitar ante el Ministerio de trabajo el respectivo permiso y en caso no hacerlo, deberá asumir las consecuencias que su omisión acarrea.

En ese orden de ideas, se tiene que de la documental aportada por la demandante, se evidencia que el 3 de marzo de 2016, sufrió un accidente de trabajo del cual se derivó la patología denominada “*otros especificados de los discos intervertebrales – lumbago no especificado*”, que conllevaron a que le generaran una serie de incapacidades, tratamientos consistentes en fisioterapias, citas de control y recomendaciones que persistían a la fecha de culminación del vínculo que data del 4 de enero de 2017, tan así que presentaron visitas al puesto de trabajo de parte de la ARL COLMENA en julio y noviembre de 2016, además de recomendaciones laborales el 29 de diciembre de 2016 y cita de control por medicina laboral, al punto que con posterioridad a su despido, le siguieron generando incapacidades al igual que siguió en tratamiento (fls. 16 a 61).

Circunstancias estas que eran de pleno conocimiento de la accionada, al punto que en misiva del 8 de noviembre de 2016 (fl. 192), le recuerda a la actora que el incumplimiento en las terapias de rehabilitación genera un retraso en su proceso de recuperación; luego es claro que la empresa al momento de dar por terminado el contrato de trabajo, tenía pleno conocimiento del estado de salud de la accionante.

De suerte que, se encuentra plenamente acreditado que la demandante al momento del despido, gozaba de estabilidad laboral reforzada, dado su estado de salud en virtud del a patología que presenta como consecuencia del accidente de trabajo acaecido el 3 de marzo de 2016, encontrándose

incluso con posterioridad a la terminación de la relación laboral, en tratamiento.

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 176 a 178 aparece comunicación del 4 de enero de 2017, mediante la cual MASIVO CAPITAL SAS le informa a la señora Cabra Carretero, la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, bajo el argumento que el 14 de diciembre de 2016 en horas de la mañana y sin autorización previa, de ningún superior de operaciones, hizo desplazar al operador 202793 inoperable de manera indefinida por capacitación con el vehículo Z222000 hacía Toberín para reparación de dicho vehículo, quien lo choca contra en la parte trasera contra un poste, sin que la accionante reportara al novedad, pues según la funcionaria iban a arreglar de manera interna la novedad con el operador, lo cual, afirma va en contravía del manual de operaciones y del reglamento interno de trabajo.

Adicional a ello, refiere que la trabajadora ha incurrido en varios incumplimientos tales como inasistencias, llegadas tarde e incumplimiento en las terapias de rehabilitación. Aspectos estos que sea de paso advertir, conllevaron a una suspensión por 3 y 5 días (fls. 188 y 192), de ahí que no sea dable que la accionada refuerce su

decisión con hechos que ya fueron objeto de sanción y que sea de paso advertir, ocurrieron en julio, agosto y octubre de 2016, es decir, mucho antes de las circunstancias alegadas en precedencia y que en virtud del principio de inmediatez entre la comisión de la falta y la sanción, debieron como se hizo, efectuarse las sanciones a que hubiere lugar y que nada tiene que ver con las circunstancias expuestas en precedencia y sobre las cuales, la accionada fundamenta la justeza del despido.

Hechas las anteriores precisiones, revisada la diligencia de descargos rendida por la trabajadora (fls. 172 a 175), manifestó que JULIAN LOAIZA supervisor de mantenimiento le solicitó un operador para el arreglo de un vehículo, a lo que ella le indicó que los que tenía en ese momento estaban inoperables y que no manejaba más personal, él le insistió y en ese momento estaba un operador sentado el frente de ella quien también le indicó que estaba inoperable, pero Julián respondió que él se hacía cargo de cualquier novedad, que no se preocupara que no iba a pasar nada y en caso tal, él respondía. Adujo que Julián le asignó la tarea al operador y ella salió a la puerta y le recordó que era inoperable, a lo que él le reiteró que no se preocupara. Señala que después sobre las 11 am, el operador la llama diciéndole que había tenido una novedad con un poste, por lo que salió a buscar a Julián y este le dijo que no se preocupara que el solucionaba el tema y llamó a alguien de Toberín para que se hiciera cargo del choque, ella le dijo eso al operador y Julián le mando decir que se fuera para allá, pero a los 20 minutos le dice que devuelva al operador a Toberín pero aquel ya estaba llegando a colina pero ella lo remitió a Toberín y no sabe a qué acuerdo llegaron. Finalmente, sostuvo que falló al no reportar la novedad inmediatamente, sin embargo, Julián le dijo que estaba enviando un e mail reportando la novedad con la solución y que el operador fue prestado en pro de mejorar la operación y no de generar incomodidades.

De otro lado, la actora en su **interrogatorio de parte**, afirmó que no le asignó un móvil a un trabajador inoperable, aduce que el vehículo estaba en mantenimiento y no está dentro de sus funciones asignar rutas o saber si los

móviles están en dicha situación. Sostiene que el señor Loaiza pidió un operador a lo cual se le dijo que los que estaban se encontraban en estado de inoperabilidad, se dirigió donde Víctor Contreras supervisor de operaciones y le dijo que mantenimiento solicitaba un operador para el arreglo de un vehículo y no para salir a ruta, pues lo que se necesitaba era el desplazamiento de un vehículo con una novedad para un taller, aclarando que no envió al operador a conducir ese móvil.

A su turno, **JULIAN LOAIZA** señaló que no era jefe inmediato de la accionante, a quien el 14 de diciembre de 2016 le solicitó un operador para realizar el traslado de un vehículo hacia el taller a lo que ella le dijo que en el momento no tenía y que solo se encontraban los que estaban en condición de inoperables. Expone que sabía que el operador se encontraba en estado inoperante, pero no tenía conocimiento frente a las políticas de cada operador, pues se trata de áreas diferentes y dentro de sus labores no está el conocer el estado de los operadores, pues eso solo lo sabe el personal de operaciones. Indica que cuando fue a solicitar el operador, había uno allí que le dijo que si quería lo ayudaba y ahí se habló con la actora y ella lo asignó. Finalmente, señala que debido a los hechos ocurridos con el operador, fue llamado a descargos y sancionado con un llamado de atención por tratar de solucionar el tema sin realizar el informe respectivo.

De lo anterior se colige, que se encuentra probado que el 14 de diciembre de 2016 un operador en estado de inoperable, condujo un vehículo por solicitud del área de mantenimiento, a Toberín y que el mismo, colisionó la parte trasera del móvil con un poste, como tampoco se discute que el supervisor JULIÁN LOAIZA le solicitó a la actora un operador y que esta le manifestó que no tenía disponibles, en tanto los que había se encontraban en estado de inoperable y que el operador que se encontraba allí, fue el que se ofreció a atender el requerimiento.

Conforme a ello es claro que la actora, contrario a lo señalado por la empresa y por el a quo, no incurrió en justa causa endilgada por la empresa para dar por terminado el contrato de trabajo, relacionada con la violación grave al manual de operaciones, específicamente en lo relativo a que no se admiten operadores en estado inoperable movilizandolos buses.

Conclusión esta a la que llega la Sala, teniendo en cuenta que no se probó que la actora hubiera asignado al operador en el estado en comento, por orden del señor Loaiza o por voluntad propia, son por el contrario, queda plenamente demostrado que fue el referido operador quien se ofreció a desplazar el vehículo, al punto que el señor Loaiza sabía de la situación de este, de lo cual la accionante le había informado con anterioridad, al punto que no es de recibo lo dicho por este en el sentido que no tenía conocimiento respecto de las políticas de los operadores, cuando se supone que el manual de operaciones es de conocimiento de todos los trabajadores y que en el mismo, se indica que un operador en ese estado no puede movilizar un bus.

Aunado a ello, se evidencia que el señor Julián pese a las advertencias dadas por la accionante, decidió ordenarle al operador la movilización del bus, pues no se acreditó que la accionante le haya dado tal la orden al operador y si bien ocurrió un siniestro, era responsabilidad del señor Loaiza reportar el hecho y no de la accionante, pese a que la misma indique que falló en eso, en tanto, se itera, la orden de movilización devino de él quien pese a tener conocimiento del estado del operador le impartió la referida orden.

Refuerza lo anterior el hecho que el señor Loaiza, afirmó que tuvo un llamado de atención por tratar de solucionar el suceso sin informarlo, luego él era consiente de la responsabilidad que acarreaba, la cual, no puede trasladarse a la accionante quien lo único que hizo fue negarse a suministrar un operador y exponer la situación del trabajador que se ofreció a ejecutar el traslado del bus y si bien tuvo conocimiento que este ejecutó tal actividad, lo cierto es que ello no lo fue por orden o asignación de ella.

De suerte, que los argumentos expuestos por la demandante tanto en la diligencia de descargos como en el interrogatorio, encuentran asidero en el sentido que la misma obró de buena fe al no oponerse a que el operador supliera la necesidad del área de mantenimiento, máxime si no existían operadores en estado de operabilidad disponibles para ello; luego si ocurrió un siniestro, la responsabilidad del mismo debe recaer no solo en el conductor sino en quien le dio la orden a este de conducir el vehículo y que, como se dijo, no fue la accionante.

Finalmente, llama la atención el hecho que al señor Loaiza solo se le hubiere efectuado un llamado de atención y a la actora se le diera por terminado el contrato de trabajo, cuando esta puso en conocimiento de aquel, el estado en el que se encontraba el operador a lo que Julián le restó importancia, al punto que como lo manifestó, trató de solucionar el impase por su cuenta, lo que denota su conocimiento sobre lo que podía acarrear el hecho que un operador en ese estado movilizara el vehículo; luego salta de bulto que la terminación del contrato de trabajo de la actora devino por su estado de salud y no por la falta que aduce la empresa, incurrió.

Así las cosas, al no encontrarse acreditada la justeza del despido y dada la estabilidad laboral reforzada que cobija a la demandante, es evidente que la accionada estaba obligada a pedir permiso al Ministerio de Trabajo para culminar el contrato de trabajo de la accionante, lo cual brilla por su ausencia, de ahí que haya lugar a declarar la ineficacia del despido de la accionante y por ende, ordenar su reintegro junto con el pago de salarios y aportes a la seguridad social, como en su momento lo ordenó el Juez de tutela.

En cuanto a la indemnización de que trata el inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, dadas las consideraciones antes expuestas, hay lugar a condenar a la demandada a su pago, por valor de **\$4.980.000 equivalentes a 180 días de salario**, en razón a 27.666 diarios, es decir \$830.000 mensuales, que corresponde al salario devengado por la actora al momento de la finalización del vínculo, según la documental de folios 143 y 179.

Suma esta que dada la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, deberá ser indexada al momento de pago, con base en la fórmula expuesta para ello por la Corte Suprema de Justicia, para lo cual deberá tomar como IPC inicial el de la anualidad anterior al despido y como final, el de la anualidad anterior al de la fecha en que se efectúe el pago.

Prescripción

De plano, observa la Sala que dicha excepción no está llamada a prosperar, toda vez que el vínculo finiquitó el 5 de enero de 2017 y la demanda se presentó el 4 de agosto de 2017 (fl. 1), sin que entre una fecha y otra haya transcurrido el término trienal de que trata el artículo 151 del CPL.

Por lo anterior, se **REVOCARÁ** la decisión de primer grado y en su lugar, se accederá a las pretensiones de la demanda en la forma antes indicada.

COSTAS

Costas en ambas instancias a cargo de MASIVO CAPITAL 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, **DECLARAR** la ineficacia del despido de la demandante, acaecido el 4 de enero de 2017, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a **MASIVO CAPITAL SAS** a **REINTEGRAR** a la señora la señora WINDY JULIETTE CABRA CARRETERO al mismo cargo que venía desempeñando al momento de la culminación del vínculo o a otro de igual o superior categoría, atendiendo para ello las recomendaciones dadas por los médicos tratantes.

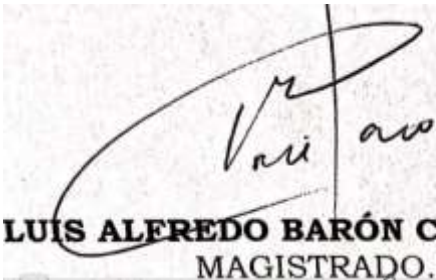
TERCERO: CONDENAR a la demandada a pagar a la accionante, los salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social integral, causados desde la fecha de su desvinculación y hasta que se haga efectivo el reintegro.

CUARTO: CONDENAR a la accionada al pago de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en cuantía de **\$4.980.000**, la cual

deberá indexarse al momento de su cancelación, en la forma indicada en a parte motiva de este proveído.

QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de MASIVO CAPITAL SAS

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

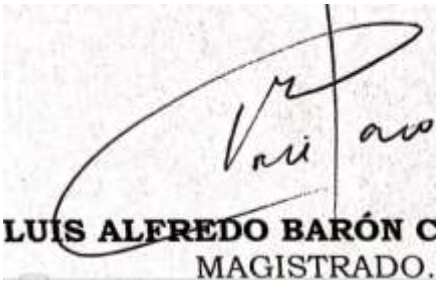


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de MASIVO CAPITAL SAS, 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 GLORIA MAGDALENA DIAGO CASASBUENAS contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los veinticinco (25) días del mes de marzo 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 **GLORIA MAGDALENA DIAGO CASASBUENAS**, se **declare** la nulidad de la afiliación efectuada con COLFONDOS. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a COLPENSIONES a recibirla y afiliarla nuevamente en el régimen de prima media y COLFONDOS a trasladar a aquella, todas las cotizaciones realizadas, junto con sus rendimientos financieros, además de los intereses generados por la mora injustificada en la no autorización del traslado, la indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas incluidas agencias en derecho (fls. 4 y 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 a 4), señaló que el 1° de enero de 1996, lo asesores de COLFONDOS motivaron su traslado de régimen bajo un acoso sistemático ofreciéndole beneficios superiores a los

que podría obtener en el régimen de prima media, sobre el cual le dijeron que se iba a acabar, que el fondo ofrecía una buena tasa de rentabilidad por encima del promedio de la tasa ofrecida por el régimen de prima media. Expone que también se le dijo que tenía la posibilidad de pensionarse a cualquier edad y que podía cambiar de régimen en cualquier momento, como también que podía retirar el dinero en cualquier época. Sostiene que no le realizaron una proyección de la mesada pensional ni una comparación con lo que le pudiera corresponder en el régimen de prima media y del mismo modo, no se le informó sobre el pago de los gastos de administración. Menciona que COLFONDOS le realizó una simulación pensional en la cual proyectó el valor de la mesada pensional la cual solo alcanzaría a la edad de 60 años, arrojando la suma de \$1.891.781 en caso de que dejara de cotizar y de no hacerlo sería de \$1.925.847, mientras que en el régimen de prima media a los 57 años y con base en la Ley 797 de 2003, su mesada pensional sería de \$3.620.151,28. Indica que ha efectuado los aportes a pensión sobre un ingreso base de \$5.700.000. Finalmente, adujo que radicó ante el ISS varias peticiones donde se reclama la aceptación de la afiliación y su retorno automático, como consecuencia de la afiliación.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 115 a 127), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, los niega y los niega en su totalidad. Propuso como excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación y prescripción.

A su turno, **COLFONDOS** se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 152 a 167). Respecto a los hechos, los niega y no el constan en su totalidad. Como excepciones de mérito, presentó las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado buena fe, compensación, pago y ausencia de vicios en el consentimiento.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 5 de febrero de 2019 (CD – fl. 233), **declaró** no probadas las excepciones propuestas, **declaró** la nulidad del traslado efectuada por la demandante del régimen de prima media al de ahorro individual, efectuado el 29 de diciembre de 1995, **condenó** a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros obrantes en la cuanta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y frutos, **condenó** a COLPENSIONES a tener a la actora como afiliada, actualizándola historia laboral conforme a las cotizaciones efectuadas en la AFP y **condenó** en costas a COLFONDOS, fijando como agencias en derecho a suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Fundamentó su decisión, indicando que la demandante a la erada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía 35 años de edad y por ende era beneficiaria del régimen de transición y se encontraba afiliada al régimen de prima media. Expone que en este tipo de casos se invierte la carga de la prueba y por ende, corresponde al fondo de pensiones demostrar que si se le dio una debida asesoría al afiliado al momento de efectuar el traslado de régimen, lo cual en este asunto brilla por su ausencia, tan así, que del interrogatorio de parte y los testimonios se evidencia que no se le suministró la información necesaria en cuanto a las características de uno y otro régimen, las condiciones para pensionarse, como tampoco se le hizo un comparativo de la pensión que hubiera podido tener en los dos regímenes, máxime si aquellos afirmaron que siempre les dijeron que la pensión sería superior en el régimen de ahorro individual. Aduce que la escogencia de régimen depende de las condiciones particulares de cada persona y para ello, se requiere tener la información pertinente. Menciona que como lo ha dicho la Corte Suprema, al no existir la debida asesoría debe declararse la nulidad de la afiliación de la accionante al RAIS y por ende, COLFONDOS debe trasladar a COLPENSIONES todos los dineros que obran en la cuenta de ahorro individual de la actora, con sus rendimientos y frutos.

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 COLFONDOS en diciembre de 1995 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 tercero del proveído objeto de consulta, en el sentido de ordenar a COLFONDOS 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 del 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,

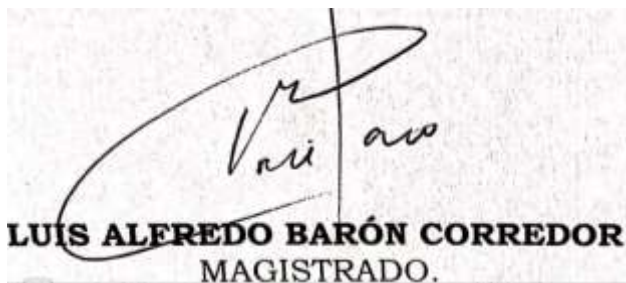
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia consultada, en el sentido de **ORDENAR** a COLFONDOS 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 – JORGE ELIECER PARRA SALINAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D. C. a los veinticinco (25) días del mes de marzo 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 **JORGE ELIECER PARRA SALINAS**, se **declare** la nulidad de la afiliación realizada en agosto de 1994 a ING – COLMENA hoy PROTECCIÓN y posteriormente en septiembre de 2007 a COLFONDOS. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a COLPENSIONES a inscribir sin solución de continuidad su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, a COLFONDOS a trasladar a aquella la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, y demás dineros aportados durante todo el tiempo que ha permanecido en el RAIS, 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 (fls. 4 y 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 5 a 7), señaló que nació el 8 de febrero de 1963 y se afilió al ISS el 16 de agosto de 1981.

Refiere que en agosto de 1994 por no recibir información técnica y adecuada, aceptó el formulario de vinculación a ING – COLMENA hoy PROTECCIÓN. Sostiene que los asesores no le advirtieron sobre los riesgos que existía por trasladarse a dicho régimen, como tampoco que a pensión de vejez resultaría inferior a la que le correspondería en el régimen de prima media. Expone que no le dijeron que eventualmente no se podría pensionar por cuanto el capital sería insuficiente o que el capital ahorrado no le permitiría obtener una pensión similar a la que tendría en el régimen de prima media con prestación definida, al igual, que el valor de la prestación y tiempo de pago, dependerían de la modalidad que escogiera, al punto que no le dijeron cuáles eran esas modalidades. Menciona que no le indicaron que es un bono pensional y su funcionamiento y por el contrario, le manifestaron que el fondo era más ventajoso y que el régimen de prima media se iba a acabar. Finalmente, señala que radicó ante las accionadas solicitudes de nulidad del traslado, las cuales le fueron negadas por estas.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó el libelo (fls. 60 a 63), en la que se opuso a las pretensiones de este. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 2 y 20 y no le constan los demás. Propuso las excepciones de fondo denominadas, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos y buena fe.

A su turno, **PROTECCIÓN** contestó el introductorio (fls. 138 a 144), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 19 y 22 y no le constan los demás. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la nulidad alegada por no haber un vicio en el consentimiento, saneamiento por ratificación de la nulidad alegada y prescripción.

Por su parte, **COLFONDOS** se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 151 a 166). Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 3 parcial, 19 y 21 y no le constan los demás. Formuló las excepciones

de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 6 de febrero de 2019 (CD – fl. 185), **declaró** probada la excepción de inexistencia de la obligación y en consecuencia **absolvió** a las demandadas de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas al demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$100.000 para cada una de las demandadas.

Fundamentó su decisión, indicando que sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que los fondos de pensiones están obligados a suministrar la suficiente información en torno al traslado de régimen, tales como las diferencias entre uno y otro régimen y la forma en que se estructura la pensión en cada uno de ellos, entre otros aspectos y de no cumplirse, señala que puede afectarse el derecho a la seguridad social de los afiliados y por ende, podría el administrado verse engañado cuando se falta a ese deber de información y por ello, creo la inmersión de la carga de la prueba que corresponde a las AFP, a lo que el despacho entiende que tales situaciones fueron analizadas por la Corte en casos especiales, pues se trataban de personas que contaban con el beneficio del régimen de transición a incluso, algunas de ellas tenían consolidado el derecho pensional, de ahí que considere que no sea aplicable a todos los casos. Sostiene que en el caso particular del demandante este no es beneficiario del régimen de transición ya que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con la edad de 31 años y 244.86 semanas cotizadas, luego no puede decirse que contaba con una expectativa legítima, se ahí que al no existir identidad fáctica respecto de los casos analizados por la Corte, corresponde la carga de la prueba al accionante sin desconocer la

obligación de información que tenían los fondos de pensiones. Refiere que del material probatorio y los criterios que existían para la época, considera que se cumple con la presentación del formulario de afiliación pues la ubica exigencia legal que existía para aquel entonces, sumado que el accionante al plasmar su firma en dicho documento, dejó constancia que la decisión la tomaba de manera libre y espontánea, lo cual fue ratificado por este en la diligencia de interrogatorio de parte, tan así que afirmó que recibió asesoría por parte de dos asesoras lo que conllevó a que decidiera trasladarse, lo que evidencia que si existió asesoría pues se le informó sobre las características del régimen y si bien no estaba obligado a conocer del tema, si debió por lo menos preocuparse en el tiempo por su futuro pensional, al punto que hizo un traslado horizontal a otro fondo, de ahí que no haya lugar a declarar la nulidad solicitada, máxime si no se demostró la existencia de un vicio en el consentimiento y de presentarse un nulidad, esta sería relativa y se saneó con los actos posteriores a la afiliación.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que se debe dar aplicación al precedente en lo relacionado con la carga dinámica de la prueba, teniendo en cuenta que se hace una afirmación indefinida de no haberse recibido la asesoría correspondiente y por tal motivo era totalmente imposible que probara que no recibió las asesorías, pues no podían traerse dos proyecciones de pensiones que no se hicieron y documentos que hablaran de los beneficios y contras del traslado cuando no se presentaron y bajo ese entendido no era posible un traslado pensional en tanto las asesorías no se dieron; luego son las AFP quienes deben tener esas pruebas en virtud de la carga de la prueba.

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 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 el actor en su cuenta de ahorro individual, al igual que se analizará la excepción de prescripción propuesta por los demandados.

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 es nulo.

Al respecto, se tiene que según la historia laboral del demandante (fls. 57 y 58), se evidencia que efectuó aportes al ISS hoy COLPENSIONES del 16 de agosto de 1981 al 30 de abril de 1984 y posteriormente el 29 de julio de 1994 se afilió a la AFP ING – COLMENA hoy PROTECCIÓN (fl. 148), sin que se denote, que entre la última cotización efectuada al instituto y su afiliación a la AFP, haya efectuado aportes a aquella o a cualquier caja de previsión.

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 el 1° de abril de 1994 con sus dos regímenes, no puede decirse que el señor JORGE ELIECER PARRA SALINAS había seleccionado uno de ellos, habida cuenta que en ese momento no se encontraba activo en el sistema en la medida que desde abril de 1986 no efectuaba cotizaciones al

ISS (fl. 57), de ahí que cuando surgió la oportunidad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 de seleccionar entre uno u otro régimen, él optó por el RAIS, pues así se desprende del formulario de afiliación a ING – COLMENA hoy PROTECCIÓN (fl. 148), por lo que a ser esta su primera y única vinculación al sistema a la vigencia del mismo, no resulta dable hablar de traslado de régimen, en tanto hasta ese momento (29 de julio de 1994), 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 se 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.

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

COSTAS

En esta instancia estarán a cargo del demandante.

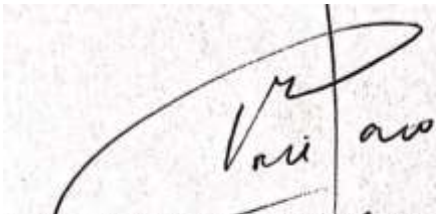
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

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.

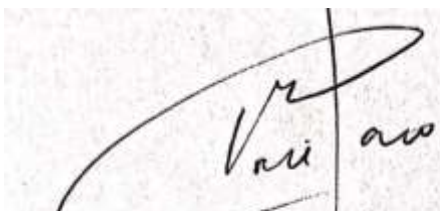


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del DEMANDANTE, la suma de \$300.000 pesos, en razón de \$100.000 para cada demandada.



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 - MYRIAM NELLY BORDA TORRES contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los veinticinco (25) días del mes de marzo 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 **MYRIAM NELLY BORDA TORRES**, se **declare** la nulidad o ineficacia del traslado que hizo del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual a través de la AFP PORVENIR. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a PORVENIR la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos y rendimientos y a esta, a reactivar la afiliación y a corregir y actualizar la historia laboral, al igual que se condene a PORVENIR al pago de los perjuicios morales los cuales estima en 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, más las costas del proceso. Como pretensión subsidiaria de la primera, pide se **declare** inexistente el acto por medio del cual se trasladó de régimen. (fls. 4 y 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 6 a 10), señaló que nació el 11 de septiembre de 1962 y se afilió al ISS el 18 de agosto de 1985. Refiere que en septiembre de 1996 por no recibir información técnica y adecuada, suscribió formulario de afiliación a PORVENIR, trasladándose al RAIS, por considerar que este era más beneficioso que el de prima media con prestación definida, sin embargo, este es más desfavorable, por la edad para pensionarse y el monto de la prestación, por lo que su consentimiento estuvo viciado a la hora de la afiliación. Sostiene que la demandada no le hizo las advertencias de los riesgos que existían o trasladarse a ese régimen, como tampoco le advirtieron que la pensión podría ser inferior a la del régimen de prima media y que dependía de la modalidad que escogiera, de lo cual, tampoco le explicaron las diferentes modalidades. Expone que lo asesores de la AFP no le informaron que si no tenía suficiente dinero en su cuenta no podría pensionarse, ni le dijeron en que consistía el bono pensional, como tampoco que tenía derecho a retractarse. Aduce que por el contrario, le manifestaron que el fondo era más ventajoso y que el régimen de oprima media se iba a acabar. Finalmente, señala que radicó ante las accionadas solicitudes de nulidad del traslado, las cuales le fue negada por estas.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó el libelo (fls. 81 a 92), en la que se opuso a las pretensiones de este. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 2.1, 2.3 y 2.25 y no le constan los demás. Propuso las excepciones de carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, validez del negocio jurídico y compensación.

A su turno, **PORVENIR** contestó el introductorio (fls. 104 a 130), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 2.6, 2.10, 2.22 y 2.23 y niega y no le constan los demás. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y de la acción adjetiva que pretende atacar la validez de la afiliación y ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 8 de febrero de 2019 (CD – fl. 209), **declaró** la nulidad de la afiliación o traslado de la demandante al RAIS administrado por PORVENIR, **condenó** a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta, sumas adicionales de la aseguradora, con sus frutos e intereses, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, **declaró** que la accionante para todos los efectos legales se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, **declaró** no probadas las excepciones propuestas y **condenó** en costas a PORVENIR.

Fundamentó su decisión, indicando que en tratándose de la afiliación al sistema pensional, lo afiliados cuentan con el derecho de escoger libremente a que régimen se afilian, tal y como lo indica el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y para esa libertad de escogencia es fundamental el consentimiento libre e informado que debe asistir al usuario de la seguridad social en caso que se vea truncado ya sea por la existencia de un vicio en su producción o por la inexistencia de la información o ausencia de ella y en ese evento, será nula tal escogencia. Expone que el deber de información está a cargo de las administradoras de pensiones de quienes emanada la responsabilidad de carácter profesional. Refiere que sobre la información que deben brindar las administradoras de pensiones, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que es deber de estas, brindar la información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría el dejar el anterior régimen, junto con sus posibles consecuencias futuras. Sostiene que se debió brindar una debida información clara y suficiente sobre las implicaciones a favor o en contra que conllevaba el cambio de régimen, al igual que debió efectuarse una proyección sobre el posible monto de la pensión bajos sus diferentes modalidades y que se le podía ofrecer, para que tuviera la oportunidad de determinar si se afiliaba o no al RAIS, sumado a que también se le debió advertir sobre el derecho de retracto. Menciona que la nulidad del traslado

es posible declararse así la persona no se encuentra cobijada bajo el régimen de transición como lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia. Aduce que la AFP demandada no allego ningún elemento probatorio con el propósito de acreditar que le suministró en su momento a la actora la información necesaria relevante que llevó consigo la migración del régimen pensional, en tanto era esta quien tenía la carga de la prueba, pues los únicos documentos allegados por el fondo son los que dan cuenta de la afiliación al RAIS, lo cual no resulta suficiente para demostrar la debida asesoría, por lo que considera, se debe declarar la nulidad del traslado de régimen.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, respecto a la no condena en costas a COLPENSIONES, manifestando que de conformidad con el artículo 365 del CGP, la parte vencida en juicio debe ser condenada en costas y por tanto se debió impartir condena, sumado a que en forma activa se opuso a las pretensiones de la demanda, al punto que procede el grado jurisdiccional en consulta a su favor, siendo claro que si fue vencida en el proceso.

De otro lado, **COLPENSIONES apeló la decisión**, señalando que la afiliación de la demandante a PORVENIR es válida, en tanto existe el soporte como lo es la afiliación, cotizaciones y su voluntad de acogerse a este de manera libre y espontánea, por lo que al suscribir un formulario entre las partes se presenta un negocio jurídico en el cual se originaron obligaciones recíprocas, estando en cabeza de la accionante, informarse sobre las consecuencias del traslado lo cual es de público conocimiento, presentándose un error de derecho que en términos del artículo 1509 del C.C. no vicia el consentimiento, de ahí que no haya lugar a la nulidad solicitada en tanto no se evidencia que haya existido vicio en el consentimiento alguno. Finalmente, aduce que debe tenerse en cuenta la sentencia SU 130 de 2013, sin que la demandante acreditara la densidad de semanas allí exigida para poderse trasladar, máxime si solo cotizó una semana al ISS y contaba con 32 años, debiéndose acoger a los mandatos del sistema general de pensiones

en el régimen al cual se encuentra afiliada en este caso el RAIS a través de PORVENIR.

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 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, al igual que se analizará la excepción de prescripción propuesta por el ente de seguridad social y la procedencia de condena en costas a cargo de este.

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 la nulidad de este, dada la falta de información, lo cual fue cuestionado por COLPENSIONES en el recurso de alzada.

Al respecto, se tiene que según la historia laboral de la demandante (fls 99 y 100), se evidencia que efectuó aportes al ISS hoy COLPENSIONES del 18 al 24 de agosto de 1985 y posteriormente el 5 de julio de 1996 se afilió a la AFP PORVENIR (fl. 134), momento para el cual, según dicho formulario de afiliación y el reporte de cotizaciones efectuadas a esta (fls. 136 a 164), venía con la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DEL DISTRITO, en tanto se encontraba prestando sus servicios a la SECRETARIA DE HACIENDA DISTRITAL.

Bajo ese entendido, al ser la SECRETARIA DE HACIENDA DEL DISTRITO una entidad del orden distrital 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 PORVENIR según el aludido formulario de afiliación.

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 los trabajadores del distrito capital el 1° de enero de 1996, la actora guardó silencio, pues solo hasta julio de 1996 decidió afiliarse a PORVENIR, luego es claro que al quedarse en la CAJA DE PREVISIÓN DEL DISTRITO 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 haya operado un traslado de régimen.

Ineficacia del traslado por falta de información

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.

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 MYRIAM NELLY BORDA TORRES el 5 de julio de 1996 (fl. 134), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR encontrándose en la actualidad afiliada a esta; efectuando cotizaciones en el RAIS desde julio de 1996 a la fecha (fls. 136 a 152).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien no se desconoce la existencia del formulario de afiliación a la AFP que obra a folio 134 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 PORVENIR 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, 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, como erradamente lo señala COLPENSIONES en el recurso de alzada.

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 168 a 170 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 y si bien a folio 171 obra comunicación del 20 de mayo de 2009 en la que PORVENIR le indica a la accionante que está a unos pocos días de cumplir la edad para no poder trasladarse y que la invita a que se acerque para efectuarle una asesoría, lo cierto es que dicho documentos no puede tenerse en cuenta, pues no obra constancia que la actora lo haya recibido, máxime si la dirección allí consignada, tal y como lo dijo el a quo, no coincide con la registrada en la demanda ni en el formulario de afiliación.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado en lo atinente a COLPENSIONES, es claro para la Sala en primer lugar, que es esta entidad la obligada a recibir a la actora, pues sabido es que a la fecha es la única administradora del régimen de prima media al igual, que la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DEL DISTRITO con la que venía la accionante al momento de su afiliación al RAIS, se encuentra liquidada.

Es así, que tal circunstancia implica que COLPENSIONES 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.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES, 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, 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 que se refiere a la condena en costas a cargo de COLPENSIONES, es claro que al oponerse a las pretensiones de la demanda y ser vencida en el proceso al punto que presentó recurso de apelación, en los términos del numeral 1° del artículo 365 del CGP, deba ser condenada en costas, por lo que sobre este aspecto se adicionará la sentencia de primer grado.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** el ordinal primero de la sentencia apelada, únicamente en el sentido de indicar que lo que se declara es la ineficacia del traslado de régimen y no la nulidad de este y se **ADICIONARÁ** el ordinal quinto, en el sentido de condenar en costas también a COLPENSIONES.

COSTAS

Costas en esta 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:

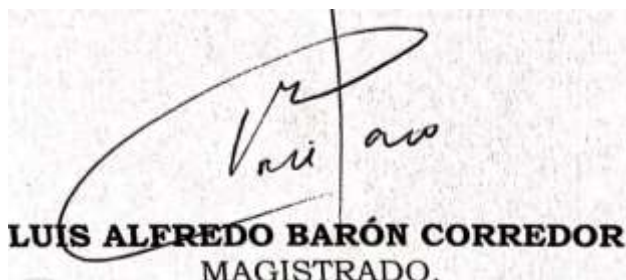
PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia apelada, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado que la demandante hizo al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR EL ORDINAL QUINTO de proveído impugnado, en el sentido de **CONDENAR** en costas de primera instancia también a COLPENSIONES.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del 8 de febrero de 2019.

CUARTO: 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 DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, 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 – JOSÉ ÁNGEL HERNANDEZ RAMÍREZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los veinticinco (25) días del mes de marzo 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 **JOSÉ ÁNGEL HERNANDEZ RAMÍREZ**, se **condene** a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de jubilación de acuerdo a lo contemplado en la Ley 33 de 1985, es decir, con el 75% del promedio de los factores salariales durante el último año de servicio, conforme el decreto 1045 de 1978 o al tenor de lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, a partir del momento en que adquirió el status de pensionado, indexando los respectivos factores, más los intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 78 a 80).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 80 a 82), señaló que nació el 2 de octubre de 1953 y laboró al servicio de la Gobernación de Casanare del 27 de marzo de 1980 al 30 de noviembre de 2002, desempeñando el cargo de cadenero adscrito a la secretaría de obras

públicas, con un salario de \$641.225 más el subsidio de alimentación y transporte, prima técnica, de navidad, bonificación y demás conceptos que integran el salario. Refiere que mediante Resolución 003785 del 8 de febrero de 2010, el ISS hoy COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez, en cuantía de \$647.048, sin tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios. Finalmente, sostiene que GNR 282597 del 15 de septiembre de 2015, COLPENSIONES le negó la reliquidación de la pensión, sin embargo, con la Resolución GNR 110272 del 20 de abril de 2016, reliquida la prestación en cuantía de \$785.725 a partir del 19 de febrero de 2013, la cual fue modificada con posterioridad en atención a los recursos interpuestos en contra del citado acto, empero, no se atendió a lo solicitado.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó el libelo (fls. 106 a 122), en la que se opuso a las pretensiones de este. En cuanto a los hechos, niega los contenidos en los numerales 4, 5 y 13 a 15 y acepta los demás. Propuso las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación reclamada, improcedencia para pagar intereses moratorios y de la indexación, prescripción, cobro de lo no debido, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 5 de febrero de 2019 (CD – fl. 145), **absolvió** a COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas al demandante, fijando como agencias en derecho la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

Fundamentó su decisión, indicando que el demandante es beneficiario del régimen de transición y en virtud a ello, COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez de conformidad con la Ley 33 de 1985. Expone que el régimen de transición conservó el monto de la ley anterior, esto es, el 75% y no el IBL y por ende, la prestación se liquidó conforme las reglas de los

artículos 21 y 36 de la ley 100 de 1993, de acuerdo a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C – 256 de 2013 en al que precisó que como factores de la pensión solo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos por el beneficiario y que tengan un carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hayan efectuado las cotizaciones respectivas al sistema de pensiones, como así también lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia. Menciona que sobre la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios, solo se puede tener en cuenta los previstos en el Decreto 1158 de 1994, sin que en este caso sea dable incluir emolumentos distintos a los contemplados en la norma en cita, de ahí que no haya lugar a la reliquidación solicitada. Finalmente, advierte que COLPENSIONES en la Resolución mediante la cual le otorgó la pensión, liquidó la prestación con base en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, con el promedio de lo percibido y cotizado durante los 10 últimos años, encontrándose esta ajustada a derecho.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que ha cotizado durante toda su vida laboral, sobre todos los factores salariales certificados por el empleador, sin que sea viable aplicar una norma que entró en vigencia con posterioridad, de ahí que al ser beneficiario del régimen de transición tenga derecho a que su pensión se liquide con todos los factores salariales, en atención al artículo 21 de la ley 100 de 1993 y dado que cuenta con más de 1250 semanas.

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 vejez que le fue reconocida por COLPENSIONES, teniendo en cuenta todos los factores devengados en los últimos 10 años, al tenor de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo, debe precisarse que no se estudiará lo relativo a la reliquidación de la prestación con todos los factores devengados en el último año de servicio, como quiera que ninguna de las partes presentó reparo alguno al respecto.

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 que es corroborado con la copia de la Resolución 003785 del 8 de febrero 2010 (fls. 4 a 8), de donde colige que COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez de conformidad con la Ley 33 de 1985 a partir del 2 de octubre de 2008 en cuantía de \$647.048.

Prestación que fue reliquidada con la Resolución VPB 37700 del 29 de septiembre de 2016 (fls. 56 a 64), a partir del 6 de junio de 2011, en cuantía de \$764.555.

Reliquidación de la pensión

Tampoco se discute que el actor es beneficiario del régimen de transición, pues así lo reconoció COLPENSIONES al otorgarle la prestación con base en la Ley 33 de 1985.

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 1° señala:

“ARTICULO 1o. *El artículo 6° 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 COLPENSIONES (fls. 62 y 63), se observa que este liquidó la pensión con base en los artículos 36 y 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los últimos 10 años, para lo cual tuvo en cuenta, en tratándose del tiempo servido y no cotizado, los factores aludido Decreto el cual, sea de paso advertir, se expidió con anterioridad al otorgamiento de la pensión del actor (2 de octubre de 2008), de ahí que carezca de fundamento lo señalado por el recurrente en el sentido que no se puede dar aplicación a una norma que se expidió con posterioridad, diferente, que las altas cortes hayan interpretado y definido los parámetros de su aplicación en las sentencias antes citadas.

En cuanto al tiempo servido y cotizado al ISS hoy COLPENSIONES, es claro que la entidad en los términos de los artículos 20 a 22 de la Ley 100 de 1993, haya tomado para efectos de la liquidación, el IBC reportado por el empleador en las cotizaciones efectuadas por este; sin que sea dable modificar el mismo; luego si el actor se encuentra inconforme con ese ingreso así debió expresárselo a su empleador y no al ente de seguridad social, pues este no tiene injerencia en ello.

De suerte, que el IBL calculado por COLPENSIONES se encuentra ajustado a derecho, pues tomó los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994 y el IBC reportado por el empleador; sin que haya lugar a incluir factores adicionales a los señalados en las normas expuestas en precedencia.

Finalmente, si bien del recurso de alzada se desprende que el actor pretende que la prestación se reliquide también con el promedio de toda la vida laboral dado que cuenta con más de 1250, lo cierto es que tal circunstancia no fue objeto de debate, de ahí que no sea esta la etapa procesal para reformar o adicionar la demanda, tan así que en la demanda no hizo alusión a ello, al punto que el Juez no se pronunció al respecto, pues el libelo se centró en la reliquidación con el promedio del último año o de los últimos 10, sumado al hecho que no debe olvidarse que COLPENSIONES para el reconocimiento de la pensión dado que esta lo fue con base en la Ley 33 de 1985, tuvo en cuenta únicamente los aportes efectuados como servidor público, con los cuales, no supera las 1250 semanas, de ahí que en ese sentido, tampoco se hubiera podido acceder a la reliquidación de la pensión.

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

COSTAS

En esta instancia estarán a cargo del demandante.

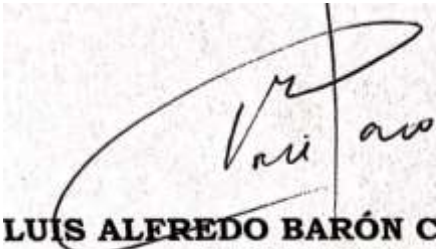
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

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.

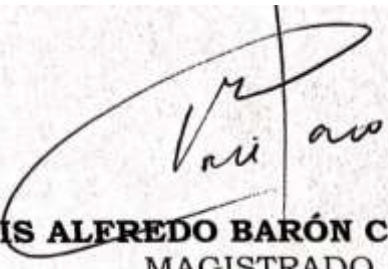


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del 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 – MARCO ANTONIO RODRÍGUEZ MORENO contra HALLIBURTON LATIN AMERICA SRL SUCURSAL COLOMBIA

En Bogotá D. C. a los veinticinco (25) días del mes de marzo 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 **MARCO ANTONIO RODRÍGUEZ MORENO**, se **declare** que existieron contratos de trabajo con **GEOSOURCE EXPLORATION COMPANY hoy HALLIBURTON LATIN AMERICA SRL SUCURSAL COLOMBIA** entre el 22 de mayo de 1980 y el 15 de marzo de 1983 y del 5 de julio de 1983 al 14 de junio de 1990. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a la demandada al pago de las semanas dejadas de cotizar durante la vigencia de la relación laboral y a la consignación de la suma que arroje la liquidación certificada por COLPENSIONES, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 246 y 247).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 247 a 256), señaló que celebró contrato de trabajo con **GEOSOURCE EXPLORATION COMPANY** del 22 de mayo de 1980 al 15 de marzo de 1983 y del 5 de julio de 1983 al 14 de junio de 1990, devengando como último salario la suma

de \$500.000 y ocupando el cargo de jefe de grupo. Expone que durante la vigencia de la relación laboral, ninguno de los empleadores realizó las cotizaciones al sistema pensional. Sostiene que ha acudido en varias oportunidades ante su patrono con el fin de reclamar los aportes a pensión, la cuales nunca han sido atendidas adecuadamente por la accionada aduciendo que están buscando en sus archivos los comprobantes de pago de los aportes. Finalmente, aduce que de los certificados de existencia y representación legal como de las escrituras públicas allí relacionadas, se evidencia que dada una serie de operaciones comerciales, la empresa GEOSOURCE EXPLORATION COMPANY hoy día se denomina HALLIBURTON LATIN AMERICA SRL SUCURSAL COLOMBIA.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

HALLIBURTON LATIN AMERICA SRL SUCURSAL COLOMBIA contestó la demanda (fls. 309 a 332), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, lo niega y no el constan en su totalidad. Propuso las excepciones de fondo de inexistencia de las obligaciones reclamadas, prescripción, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, buena fe, enriquecimiento sin causa y mala fe, falta de causa y título en el demandante, falta de legitimación en la causa, pago y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 7 de noviembre de 2018 (CD – fl. 371), **condenó** a la demandada a solicitar con fundamento en la sentencia, la elaboración del cálculo actuarial a COLPENSIONES a favor del demandante, por los periodos comprendidos entre el 22 de mayo de 1980 y el 15 de marzo de 1983 y del 5 de julio de 1983 al 14 de junio de 1990, confirme a los montos de salarios finales de cada uno de los vínculos, esto es, \$20.500 y \$216.667 respectivamente, **condenó** a la accionada al pago del valor que resulte del cálculo actuarial y la **condenó** en costas, incluyendo como agencias en derecho el cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Fundamentó su decisión, indicando que del análisis de los certificados de existencia y representación legal allegados con la demanda, junto con las escrituras públicas, los contratos de trabajo y demás documentos allegados, se evidencia que existió una sustitución patronal entre GEOSOURCE INC y GEOPHYSICAL SERVICE INC, esta última sobre la cual recayó la absorción o fusión por parte de la aquí demandada, luego de varios cambios de nombre, absorciones y fusiones, de ahí que se encuentre probada la sustitución patronal alegada. Sostiene que también se encuentran probadas dos relaciones laborales que se dieron del 22 de mayo de 1980 al 15 de marzo de 1983 y del 5 de julio de 1983 al 14 de junio de 1990. En cuanto a la obligación de la demandada de sufragar los aportes a pensión, refiere que con la Resolución 4250 del 28 de septiembre de 1993, el ISS llamó a inscripción al régimen de los seguros sociales a los empleadores y trabajadores de las actividades extractivas de la industria del petróleo y sus derivados y demás labores propias de las actividades de este, fijando el 1° de octubre de 1993, como fecha de iniciación para la citada inscripción. Afirma que la Corte Suprema de Justicia de vieja data sostuvo en su momento que no era de recibo ese tipo de condenas, en tanto esas empresas no estaban obligadas a efectuar los aportes por haber sido llamados a inscripción solo hasta el año 1993, sin embargo, esa postura jurisprudencial fue variada por dicha Corporación y a la fecha, sostiene que le asiste la obligación a esos empleadores de efectuar el pago de los bonos o cálculos por esas omisiones en la afiliación, así no se hubiere llamado a inscripción o el instituto no asumiera el riesgo donde geográficamente prestaba el servicio el trabajador, de donde se colige, que en el presente acaso el empleador del demandante debió encargarse de sufragar los aportes pensionales del demandante en razón que para la época de los vínculos contractuales que unieron a las partes, era su obligación garantizar el pago de los aportes a pensión de sus trabajadores, cuya obligación fue asumida con posterioridad por el ISS hoy COLPENSIONES y si bien no había sido llamado a inscripción, de acuerdo a lo dicho por la Corte, debe responder por el respectivo cálculo actuarial al fondo de pensiones donde se encuentra afiliado el trabajador. Señala que conforme a ello, la demandada debe cancelar dichos aportes sobre el valor del cálculo que para el efecto, realice COLPENSIONES a quien el actor indica se encuentra afiliado, para lo cual se debe tener en cuenta el

salario base indicado por la empresa en las liquidaciones finales de cada contrato, esto es \$20.500 en el caso del primer contrato y \$216.667 para el segundo. Finalmente, en lo relativo a la excepción de prescripción, alude que la misma no está llamada a prosperar, debido a que los aportes con destino a pensión son imprescriptibles.

APELACIÓN

La parte demandada interpuso recurso de apelación, manifestando que el despacho tiene a la empresa como si fuera la misma compañía HALLIBURTON PANAMA, la cual es diferente, sumado a que de la lectura del certificado de existencia y representación legal, se desprende que en el año 1993 se fusionó aquella en calidad de matriz con HLS INTERNACIONAL, lo que habla de dicha compañía como matriz mientras que la aquí demandada es un sucursal, de ahí que de acuerdo a las normas comerciales, las matrices no tienen ninguna responsabilidad laboral respecto de las sucursales, pues se la aquí accionada data de una empresa independiente y legalmente constituida, luego las obligaciones que haya podido contraer HALLIBURTON PANAMA como sociedad matriz no pueden extenderse a las sucursales, pues ello aplica en caso contrario, es decir, la matriz responde por las obligaciones de la sucursal. Aduce que la compañía tampoco adquirió alguna empresa de las cuales el actor fue empleado, como tampoco se denominó de tal manera. Menciona que debe tenerse en cuenta el documento de fecha 15 de junio de 1990, en el que el accionante declara a paz y salvo por todo concepto a su empleador de ese entonces, pues reitera, no se encuentra probado que haya su empleador o que operara una sustitución patronal.

Indica que si en gracia de discusión se tuviera como empleadora, advierte que no estaba obligada a realizar los aportes a seguridad social en pensiones para los periodos alegados, en tanto no existía obligación ya que para esa época las empresas que prestaban servicios petroleros no habían sido llamadas a inscripción y por ende, no puede hablarse de omisión en la afiliación tan así, que en ese entonces no existía el sistema general de pensiones como tampoco el régimen de prima media con prestación definida, a más que las normas sobre las cuales el a quo basa su decisión

más las señaladas por la Corte en sus sentencias, con posteriores a la prestación del servicio del demandante, sin que sea dable aplicar normas de manera retroactiva. Menciona que el artículo 72 de la Ley 90 de 1946 dispuso que los empleadores debían efectuar un aprovisionamiento de aportes y no quedar a cargo de una cuota pensional como se indica en la sentencia, por lo que bajo ese entendido no debe ordenarse el pago de un cálculo sino de los aportes para los periodos objeto de condena.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si existió una sustitución patronal entre GEOSOURCE EXPLORATION COMPANY y HALLIBURTON LATIN AMERICA SRL SUCURSAL COLOMBIA y en caso afirmativo, establecer si esta está obligada a pagar a COLPENSIONES el cálculo actuarial que el ente de seguridad social elabore por la no afiliación del demandante a los riesgos de IVM en los periodos comprendidos del 22 de mayo de 1980 al 15 de marzo de 1983 y del 5 de julio de 1983 al 14 de junio de 1990, teniendo en cuenta que solo hasta el 1° de octubre de 1993, se efectuó el llamado a inscripción al ISS de las empresas del sector petrolero.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que existió entre el demandante y GEOSOURCE EXPLORATION COMPANY conforme se infiere de la copia de los contratos de trabajo y liquidaciones finales de prestaciones sociales (fls. 72, 79, 82 y 216); de donde se colige que el actor prestó sus servicios a dicha empresa del 22 de mayo de 1980 al 15 de marzo de 1983 y del 5 de julio de 1983 al 14 de junio de 1990.

Sustitución patronal, absorción o fusión entre GEOSOURCE EXPLORATION COMPANY y HALLIBURTON LATIN AMERICA SRL SUCURSAL COLOMBIA

Al respecto y como se dijo en precedencia, el actor laboró al servicio de GEOSOURCE EXPLORATION COMPANY, quien desde el año 1985 se

empezó a llamar GEOSOURCE INC, según los comprobantes de nómina y certificados de ingreso de folios 105 a 205 del plenario, además del certificado de existencia y representación legal de folio 1.

Posteriormente, según misiva del 31 de enero de 1990 (fl. 206), GEOSOURCE INC le informa al accionante que a partir del 1° de febrero de 1990 operará una sustitución patronal con la sociedad GEOPHYSICAL SERVICE INCORPORATED, quien desde la data en comento será su nueva empleadora.

Empresa esta que pasó a llamarse HGS INCORPORATED según escritura pública 944 del 6 de abril de 1994 (fl. 39) y quien a su vez, se fusionó con HALLIBURTON COMPANY (escritura 3287 del 26 de octubre de 1993 - fls. 41 a 42).

Compañía esta última que realizó una escisión con HALLIBURTON COMPANY PANAMA INC (escritura pública 3603 del 24 de noviembre de 1993 - fls. 44 y 45) y esta a su vez, se fusionó con HLS INTERNATIONAL S.A. (escritura pública 3800 del 10 de diciembre de 1993 - fls. 46 a 47), empresa esta que cambió su nombre por el de HALLIBURTON LATIN AMERICA S.A. (escritura pública 1515 del 7 de junio de 1994 - fl. 49), luego al de HALLIBURTON LATIN AMERICA S.A. LLC (escritura pública 3523 del 7 de octubre de 2010 - fls. 51 a 53), para finalmente cambiar su denominación a HALLIBURTON LATIN AMERICA S.A. SRL SUCURSAL COLOMBIA, como da cuenta la escritura pública 1732 de 2014 (fls. 67 a 69).

De lo anterior se colige que contrario a lo señalado por la recurrente, la aquí demandada dadas las figuras comerciales enunciadas con anterioridad y que se corroboran con las escrituras públicas cuyos folios se indicaron en precedencia, es quien debe dado el caso, conforme se analizará a continuación, responder por los eventuales aportes a pensión que en su momento no canceló GEOSOURCE EXPLORATION COMPANY hoy, dado el recuento antes expuesto, HALLIBURTON LATIN AMERICA S.A. SRL SUCURSAL COLOMBIA.

Argumentos estos que encuentran sustento con la misiva de folio 225, en la que HALLIBURTON LATIN AMERICA S.A. el 9 de septiembre de 2010, da respuesta a la petición elevada por el actor en el sentido de indicarle que se encuentra buscando en sus archivos los comprobantes de pago de aportes a pensión durante la vigencia del contrato suscrito con GEOSOURCE INC y GEOPHYSICAL SERVICE INCORPORATED y que, como la información reclamada tiene más de 10 años, solicita le otorgue un plazo razonable para suministrarle la información requerida; luego es claro, que la sociedad accionada sabía que tenía a su cargo las obligaciones derivadas de la relación laboral que existió entre el accionante y las referidas empresas, al punto que pidió un plazo para atender la petición; sin hacer alusión alguna a que ello correspondía a otra compañía.

Así las cosas, concluye la Sala que la aquí demandada HALLIBURTON LATIN AMERICA S.A. SRL SUCURSAL COLOMBIA, es quien tiene a su cargo las obligaciones laborales derivadas de los vínculos laborales que existieron entre el demandante y GEOSOURCE EXPLORATION COMPANY.

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.

Ahora en tratándose de empresas petroleras como la demandada, con la expedición del Acuerdo 264 del 13 de diciembre de 1967 aprobado mediante Decreto 64 del 22 de enero de 1968, se ordenó la inscripción al seguro social obligatorio de dichas empresas sin embargo, de conformidad con el artículo 5° del Acuerdo 257, la fecha de llamado a inscripción se

haría atendiendo las circunstancias operativas del Instituto que viabilizaran la aplicación de la cobertura.

Por lo anterior, se fijó como fecha para tal inscripción el 1° de septiembre de 1982 empero, dicha data se aplazó mediante Resolución 4454 de 1982 al 1° de noviembre de 1982 y luego al 1° de enero de 1983 de conformidad con la Resolución 4659 de 1982. Posteriormente, el Director del Instituto de Seguros Sociales expidió la Resolución 5043 del 15 de noviembre de 1982, a través de la cual dejó sin efectos indefinidamente la Resolución 3540 del 6 de agosto de 1982, bajo el entendido que por recomendación de la Junta Administradora del ISS, no debía hacerse uso de la facultad conferida por el mencionado artículo 5° para fijar la fecha de llamamiento a inscripción de las empresas petroleras, hasta tanto no se cumpliera una etapa de concertación entre el gobierno, los patronos y los trabajadores.

Es así, como el Instituto fue reestructurado a través del Decreto 2148 de 1992 y en uso de las facultades conferidas en dicho Decreto, el presidente de la entidad emitió la Resolución 4250 del 28 de septiembre de 1993 fijando el 1° de octubre de 1993 como fecha de iniciación de inscripción de las empresas petroleras 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 1° de octubre de 1993 en virtud de la Resolución 4250 del 28 de octubre de 1993, 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 que, si bien la afiliación de los trabajadores de las empresas dedicadas a la actividad del petróleo fue obligatoria desde el 1° de octubre de 1993, contrario a lo señalado por el recurrente, 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, al laborar el demandante para GEOSOURCE EXPLORATION COMPANY hoy HALLIBURTON LATIN AMERICA SRL SUCURSAL COLOMBIA del 22 de mayo de 1980 al 15 de marzo de 1983 y del 5 de julio de 1983 al 14 de junio de 1990; periodos estos en los que la

empresa no efectuó cotización alguna en pensiones bajo el entendido que no estaba en la obligación de hacerlo, es claro, que de lo dicho en precedencia debe responder por esos lapsos en que la prestación por vejez estuvo a cargo del empleador, de ahí que deba como lo indicó el operador de primer grado transferir al ente de seguridad social en este caso a COLPENSIONES, bajo la modalidad del cálculo actuarial, los valores que el ente de seguridad social indique por los lapsos en comento.

Aportes que la pasiva deberá sufragar como se indicó, a través del **cálculo actuarial independientemente que la relación laboral haya culminado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, sin que pueda considerarse una aplicación retroactiva de dicha norma**, pues así lo señaló la Corte Suprema de Justicia en reciente jurisprudencia al analizar un caso de similares características al presente, esto es, en sentencia SL 509 de 2021 en la que hace alusión a la SL 2584 de 2020, en la que señaló:

“Acorde con todo lo anterior, se itera, que en la actualidad existe un criterio sólido y reiterado en punto a que el trabajador tiene derecho a obtener el reconocimiento del tiempo laborado a través del pago de un cálculo actuarial a favor de la administradora de pensiones, al margen de las razones que hubieran originado la falta de afiliación, esto es, si fue por omisión del empleador, por falta de cobertura del sistema, porque el empleador aún no había sido llamado a inscribirse o por razones de fuerza mayor que lo impidieron, esto es, aún en los eventos en que la ausencia de afiliación no obedezca a su culpa o negligencia.

Tal línea de pensamiento responde a una solución adecuada y suficiente, por lo cual no se estima necesaria su rectificación. De ahí que no le asiste razón a la recurrente al perseguir la absolución de la condena impartida en su contra, ni tampoco que esta se sustituya únicamente por el valor de los aportes indexados correspondientes al empleador, como se solicita en el alcance subsidiario de la impugnación y lo sostiene al final del cargo.

Así se afirma, en tanto la causa eficiente por la cual el empleador es quien debe asumir íntegramente la mencionada erogación, radica en que durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura, fue el único responsable del riesgo pensional, en la medida que durante tal interregno la obligación estuvo totalmente a su cargo (CSJ SL SL2584-2020). De ahí que no resulta procedente que el valor del título pensional sea distribuido entre la sociedad demandada y el demandante, en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales, tal como lo pretende la parte recurrente.

De otro lado, tampoco se equivocó el sentenciador de alzada al condenar a ExxonMobil de Colombia S.A., a «trasladar a través de un

título pensional» la suma correspondiente a los aportes por el tiempo laborado por el actor, lo cual deberá efectuarse «previo cálculo actuarial realizado por [...] Colpensiones», toda vez que, como lo tiene enseñado la jurisprudencia, la obligación de tal pago no depende del elemento subjetivo de culpa o negligencia que trata de incluir el censor como condicionante, sino que está ligada a la prestación efectiva de los servicios para un empleador privado, elemento que está fuera de discusión en esta causa, sin que tal gravamen pueda ser considerado como una aplicación retroactiva de la Ley 100 de 1993 y menos como una sanción.

En efecto, en la decisión CSJ SL 2584-2020, sobre el particular se fijó las siguientes reglas: (i) el pago del título pensional a la entidad de seguridad social, tiene por finalidad cubrir los periodos no cotizados por el empleador e integrar el capital que se requiere para el reconocimiento de la prestación de vejez; ii) lo precedente no implica la imposición de una obligación por fuera de la ley, por cuanto se garantiza la preponderancia de la satisfacción de los derechos fundamentales del trabajador para la construcción de su derecho pensional, derivado de los periodos en que trabajó; (iii) la responsabilidad financiera del empleador, persiste aún ante la falta de cobertura del ISS; y (iv) en relación con la obligación antes mencionada, es irrelevante que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, el contrato de trabajo no se encontrara vigente, pues la carga que se asume se deriva de los servicios prestados.

Aunado a lo anterior, es importante señalar, que el parágrafo 1.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece que el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la dicha ley tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión debe tenerse en cuenta para efectos de la misma, para lo cual «el empleador» deberá trasladar con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente, representado a través de un título pensional, sin que en modo alguno la norma establezca que el pago del último debe estar sujeto a la negligencia u omisión de dicho empleador.”

Finamente, la Sala no se pronunciará sobre los salarios base del cálculo actuarial ni de la excepción de prescripción, como quiera que tales aspectos no fueron materia de apelación.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** el proveído de primera instancia.

COSTAS

En esta instancia estarán a cargo de HALLIBURTON LATIN AMERICA SRL SUCURSAL COLOMBIA.

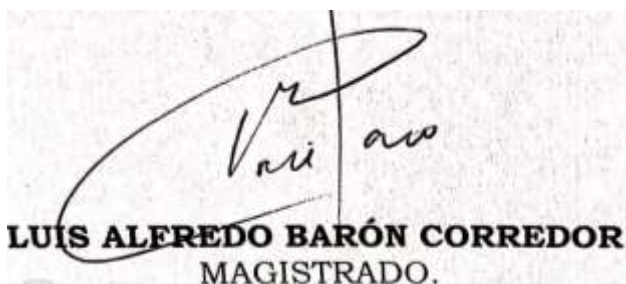
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR de la sentencia apelada, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de HALLIBURTON LATIN AMERICA SRL SUCURSAL COLOMBIA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

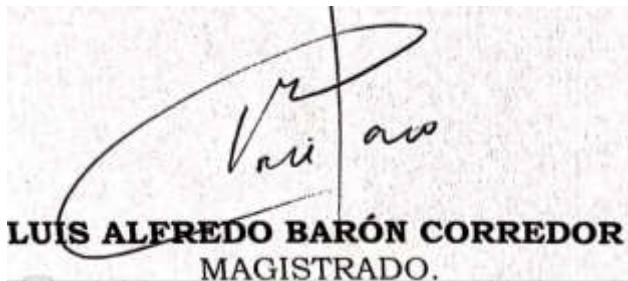


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de HALLIBURTON LATIN AMERICA SRL 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 CLAUDIA ROCÍO PERALTA ESTUPIÑAN
contra TEMPORIZAR SERVICIOS TEMPORALES SAS, LIBERTY SEGUROS DE
VIDA S.A. Y CORPORACIÓN CLUB CAMPESTRE LOS ARRAYANES**

En Bogotá D. C. a los veinticinco (25) días del mes de marzo 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 **CLAUDIA ROCÍO PERALTA ESTUPIÑAN**, se **declare** que existió un contrato de trabajo con TEMPORIZAR SERVICIOS TEMPORALES SAS del 25 de junio de 2015 al 3 de mayo de 2016 y que terminó el vínculo sin mediar justa causa, sin pagar las prestaciones sociales y vacaciones causadas durante el año 2016, al igual que la parálisis bell que sufrió el 1° de mayo de 2016 fue con ocasión de un accidente o enfermedad laboral. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **deje sin valor y efecto** la terminación del contrato de trabajo, se **condene** a reintegrarla al cargo que desempeñaba como trabajadora en misión en el CLUB LOS ARRAYANES, junto con el pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad por todo el tiempo que ha estado desvinculada. En subsidio de lo anterior, pide se **condene** a la demandada y solidariamente al CLUB LOS ARRAYANES al pago de la indemnización por despido sin justa causa y la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, más el pago de las prestaciones

sociales y vacaciones causadas en el año 2016 y la indemnización moratoria. Se **condene** a la ARL LIBERTY al pago de la indemnización por no haberle atendido el tratamiento médico a que tenía derecho en razón a la parálisis que sufrió, consistente en el daño emergente, lucro cesante y perjuicios morales, además de suministrar los tratamientos médicos que requiera como consecuencia de su padecimiento, lo que resulte probado ultra y extra petita, la indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 5 a 8).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 8 a 13), señaló que el 25 de junio de 2015 suscribió un contrato con TEMPORIZAR SERVICIOS TEMPORALES SAS e ingresó a laborar como trabajadora en misión en el CLUB LOS ARRAYANES como coordinadora de lavandería, con un salario de \$827.000. Sostiene que el 1° de mayo de 2016 la señora NANCY CAMELO la llamó para que recogiera unos manteles y al recogerlos del área de planchado, al salir de esta se le torció la cara, lo cual fue informado inmediatamente a la enfermera del club y una vez se avisó a la ARL LIBERTY, se le indicó que se trasladará a la CLÍNICA PATERNON donde ingresó por urgencias y al ser atendida se le diagnosticó parálisis de bell y le dieron tres días de incapacidad, además de ordenársele terapias. Expone que el 4 de mayo de 2016 se presentó a laborar y fue llamada a la oficina de NANCY CAMELO, quien le entregó una comunicación de TEMPORIZAR donde le indican que la labor para la cual fue contratada en misión en el CLUB LOS ARRAYANES finalizaba el 3 de mayo de 2016, por lo que entregó los elementos a su cargo y salió del club. Afirma que el 16 de mayo de 2016, recibió una carta de TEMPORIZAR en la cual le solicitan explicaciones del porqué no había ido a trabajar desde el 4 de mayo de 2016 y presente soportes que justifiquen su inasistencia, so pena de dar por terminado el contrato con justa causa. Afirma que el 17 de mayo recibió otra comunicación en la que le reiteran la anterior, al igual que de manera incongruente aluden a 10 terapias ordenadas por la ARL, insinuando que el 4 de mayo telefónicamente le habían indicado sobre la no terminación del contrato. Aduce que no recibió la referida llamada telefónica y el 1° de junio de 2016, recibió otra comunicación donde le solicitan se presente a las instalaciones de la empresa, como también recibió comunicación de la ARL LIBERTY donde le decían que no seguirían

cubriendo el siniestro, por cuanto la parálisis que venía presentando no tenía relación de causalidad entre el hecho descrito y la lesión reportada y que por tanto siguiera en tratamiento con la EPS. Señala que a inicios del mes de junio de 2016, le fue entregada una carta por TEMPORIZAR donde nuevamente la despide por no asistir a trabajar el 4 de mayo de 2016. Menciona que en virtud de las terapias suministradas por la NUEVA EPS dado que LIBERTY se las negó, ha recuperado la movilidad de su rostro, lo cual le causó complejo depresión de ser visitada por otras personas. Finalmente, aduce que a la fecha no le han cancelado las prestaciones sociales causadas en el año 2016 ni las vacaciones por todo el tiempo laborado, además de los días laborados en el mes de mayo ni la liquidación final del contrato de trabajo.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A. contestó la demanda (fls. 90 a 100), en la que se opuso a las pretensiones de esta relacionadas con ella. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 18, 19, 21 parcial, 22, 38, 39 y 47 y niega y no le constan los demás. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional, cobro de lo no debido, buena fe de la ARL, carencia de derecho para demandar y firmeza de la calificación.

De otro lado, la **CORPORACION CLUB CAMPESTRO LOS ARRAYANES** contestó el libelo (fls. 106 a 112), oponiéndose a sus pretensiones. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 a 3, 10 y 11 y niega y no le constan los demás. Formuló la excepción de pago.

A su turno, **TEMPORIZAR SERVICIOS TEMPORALES SAS** se opuso a las pretensiones del introductorio (fls. 122 a 149). Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 3, 8, 10 y 11 y niega y no le constan los demás. Presentó las excepciones de pago de los derechos legalmente causados, inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada, falta de título y causa en la demandante y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 30 de octubre de 2018 (CD – fl. 278), **declaró** que entre la demandante y TEMPORIZAR SERVICIOS TEMPORALES SAS existió un contrato de trabajo desde el 25 de junio de 2015 hasta el 3 de mayo de 2016, **condenó** a la demandada al pago de \$4.962.000 de indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y de \$1.461.033 de indemnización por despido sin justa causa, **absolvió** a la accionada de las demás pretensiones de la demanda, **declaró** probada la excepción de compensación propuesta por TEMPORIZAR y la **autorizó** a descontar de las sumas impuestas el valor de \$315.657, **declaró** probada la excepción de cobro de lo no debido propuesta por ARL LIBERTY y de oficio la de inexistencia de la solidaridad respecto de la COPORACIÓN CLUB CAMPESTRE LOS ARRAYANES a quien **absolvió** de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas a TEMPORIZAR incluyendo como agencias en derecho la suma de \$200.000.

Fundamentó su decisión, indicando que sobre los extremos del contrato de trabajo, conforme a las pruebas aportas, es claro que en un primer momento a la actora le fue entregada carta de terminación del contrato de trabajo a partir del 3 de mayo de 2016, la cual, según lo dicho por ella y los testigos, le fue entregada el 4 de mayo de 2016 y si bien la empresa de servicios temporales con posterioridad a dicha data le informó la continuidad del vínculo contractual, ello fue puesto en conocimiento solo hasta el 17 de mayo de 2016 cuando el mensajero arrimó a la morada de la demandante a entregar las comunicaciones del 10 y 11 de mayo de esa anualidad, conforme lo corroboran los citados testigos, quienes si bien son familiares de la actora, sus versiones fueron libres y espontáneas y concuerdan con las demás declaraciones. Expone que la empresa TempORIZAR no allegó prueba en la que se evidencie la fecha en que le fueron entregadas las comunicaciones, de ahí que se tenga la señalada por la demandante que coincide con lo dicho por los testigos, por lo que 15 días después de haberse configurado el despido, le informaron a la señora Peralta Estupiñán que el contrato se encontraba activo, sin que medie en

el proceso, que se hubiere reintegrado a sus labores, como tampoco obra algún acuerdo contractual entre las partes que dé cuenta de un reintegro, de ahí que ese hecho no se haya materializado y en esa medida, como quiera que la demandante decidió no volver a trabajar conforme a la terminación del contrato del 3 de mayo de 2016, sin que existiera un nuevo acuerdo de voluntades para que se continuara con la relación laboral, es por lo que se tendrá como extremos de la relación laboral del 25 de junio de 2015 al 3 de mayo de 2016.

En cuanto a la estabilidad laboral reforzada, señala que de la documental allegada se evidencia que la actora el 1° de mayo de 2016 sufrió una enfermedad diagnosticada como parálisis de bell, la cual le afectó sus músculos faciales y como consecuencia de ello le fueron otorgados 3 días de incapacidad y terapias físicas a fin de mejorar su condición, luego es claro que durante el interregno que estaba incapacitada y duró el tratamiento no podía ser desvinculada, en tanto se encontraba bajo una debilidad manifiesta lo cual era de conocimiento de la empresa, tal y como lo manifestó la representante legal de la empresa quien señaló que el 2 de mayo de 2016 recibió una llamada del club notificando el suceso y si bien esta arguye que el 26 de abril se le había informado a la actora sobre la culminación del vínculo el 3 de mayo de 2016, aduce que el expediente no reposa prueba alguna que respalde su dicho y su bien reposa un correo del 20 de abril de 2016, en el que el club solicita la terminación del contrato de la accionante a partir del 1° de mayo de 2016, lo cierto es que no aparece que antes de esa data se le haya comunicado a la actora sobre su desvinculación y por el contrario, lo que se denota es que la empresa decidió hacerla efectiva a partir del 3 de mayo de 2016, evidenciándose que la desvinculación devino de su estado de salud encontrándose en su tercer día de incapacidad y pendiente de la realización de 10 terapias, sumado a que de las comunicaciones que le fueron enviadas con posterioridad, la demandada le indica que fue notificada de la culminación del vínculo a partir del 3 de mayo de 2016, luego se encuentra probada la afirmación efectuada por la accionante en el sentido que el 4 de mayo cuando regresó de la incapacidad, le fue entregada la carta a través de la cual se daba por terminado el contrato de trabajo, adicional a que como se dijo, pese a que la empresa el 2 de mayo se enteró del estado de salud de

la señora Peralta, aun así decidió entregarle la carta a través de la cual daba por terminada la relación laboral. Considera que hay lugar a declarar la ineficacia del despido y por ende, ordenar el reintegro de la demandante, sin embargo, menciona que una vez se efectuó el despido, la empresa mediante carta del 12 de mayo de 2016 tomó la decisión que el contrato continuaría activo hasta la finalización de las terapias y la culminación de la recuperación, a lo que la accionante confesó en su interrogatorio que llegaron a su domicilio muchas cartas después del 17 de mayo de 2016 en las que la accionada le decía que había cometido un error y la actora se rehusó a reintegrarse a sus labores, argumentando que le daba pena volver y que como la habían despedido pensaba que no tenía nada que hacer allá, sin que sean de recibo las exculpaciones dadas por ella, pues nadie puede aprovecharse de su propia culpa para obtener un beneficio a su favor más aun cuando la demandante reconoce que la empresa le envió comunicaciones indicándole que regresara a su puesto de trabajo negándose a ello, lo que denota su indiferencia a reincorporarse y su voluntad de no regresar cuando la demandada reconoció el error cometido y continuar con el contrato, por lo que una decisión de reintegro no sería compatible, máxime si tuvo la oportunidad de reintegrarse como aquí lo solicita, encontrándose demostrado su desinterés y que ella se rehusó a reintegrarse, tan así que en el interrogatorio confeso que acudió a las instalaciones de la empresa 20 días después donde le dijeron que se reintegrara y dijo que no lo haría y lo que hizo fue llamar a su abogado, de ahí que no haya lugar al reintegro solicitado.

Frente a las pretensiones subsidiarias, como quiera que se demostró que el despido de la accionante acaeció por su condición de discapacidad, se condenará a la demandada al pago de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Sobre el pago de las prestaciones sociales, se encuentra acreditado que la accionada canceló las causadas desde el 25 de junio de 2015 hasta el 28 de junio de 2016 en la suma de \$537.182, lo cual hizo mediante consignación al banco agrario el cual correspondió por reparto al juzgado 14 laboral del circuito de Bogotá y de la cual se le puso de presente a la accionante mediante carta enviada por la representante legal, con fecha de

recibido 11 de agosto de 2016 a la dirección reportada por aquella, por lo que al demostrarse el pago de dichos conceptos, se absolverá a la demandada de su pago.

En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa, como quiera que en la carta de folio 59 no se indicó ninguna causal y si bien la empresa usuaria en correo electrónico le pidió la culminación del vínculo, lo cierto es que no existe prueba de las razones de tal determinación, por el contrario, lo que da cuenta es que se termina el contrato sin indicarle ninguna razón o causal, de ahí que haya lugar al pago de la indemnización deprecada.

Sobre la indemnización moratoria, aduce que no hay lugar a su pago, como quiera que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, pues si bien las prestaciones de pagaron en agosto de 2016, ello lo fue por cuanto la accionada actuó bajo el convencimiento que la relación laboral estuvo vigente hasta el 28 de junio de 2016, dadas las comunicaciones enviadas a la actora en la que le pedía que se reintegrara.

Respecto de la solidaridad deprecada con el CLUB LOS ARRAYANES, manifiesta que por regla general la empresa temporal es el verdadero empleador de los trabajadores en misión y por tanto es la única llamada a responder por las acreencias que resulten del vínculo laboral y caso distinto sería si se configurara alguna trasgresión al artículo 77 de la Ley 50 de 1990, situación que no fue puesta de presente en la demanda como tampoco fue objeto de la litis, por lo que afirma, no hay solidaridad alguna.

Sobre el origen de la parálisis de bell acaecida a la demandante, expone que la demandante no aportó documental diferente a la allegada por la ARL para determinar el origen común de la enfermedad, al igual que tal y como lo puso de presente la accionada, la demandante no mostró reparo alguno frente a dicha calificación pese a que en la misma se le puso de presente que procedían los recursos de ante la junta regional de calificación de invalidez, lo cual fue aceptado por la demandante al absolver interrogatorio de parte, como tampoco se evidencia que la EPS tratante hubiera controvertido el dictamen, por lo que no existió ningún

reparo frente al origen de la enfermedad determinado por la ARL, como tampoco se pidió la declaratoria de nulidad del dictamen y si bien aparece la historia clínica y el reporte del accidente, de estos no se puede concluir de manera tajante el nexo causal que permita declarar el origen profesional de la enfermedad, pues las afirmaciones dadas en tales documentos vienen de terceros, sumado a que tampoco se solicitó una prueba pericial de la cual se infiera que el cambio de temperatura al que fue sometida la accionante el día de los hechos, le impactó de manera negativa su salud, sin que haya lugar a imponer condena alguna por concepto de tratamientos médicos pues estos ya los recibió por parte de la EPS y en dado caso, sería esta la llamada a recobrar lo que ya pagó, situación que no se presente en este asunto.

Finalmente, respecto de la excepción de compensación, como quiera que se demostró que la relación laboral culminó el 3 de mayo de 2016 y se efectuaron pagos hasta el 28 de junio de 2016, se autoriza el descuento de las sumas pagadas de más.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que no es acertado por parte del juzgado, el no haber ordenado el reintegro, ya que la empresa le envía varias comunicaciones diciéndole que haya la esperaba mientras culminaba las terapias, sin que sea serio que una empresa temporal le diga al empleado que vuelva a trabajar mientras le terminan las terapias y que después le terminan el contrato, lo cual es una falta de respeto, siendo ello lo que ocurrió en este caso, pues le enviaron sendas comunicaciones en tanto se dieron cuenta que habían cometido un error, luego es claro que no iba a ser ingenua en regresar para que la sacaran otra vez cuando ya la habían despedido, por lo que la actitud de la empresa no puede ser premiada y en ese sentido, lo pertinente es que ante esa ineficacia debe ser reintegrada y si no se reintegró es porque tenía el rostro torcido, sumado a que ese reintegro era mientras duraban las terapias. Finalmente, frente a la indemnización moratoria, expone que en agosto se efectúa la consignación, pero el despido fue en mayo y en este caso la empresa utilizó artimañas para no pagar valiéndose que la relación estaba

vigente cuando la había culminado en mayo, dilatando lo que más pudo el pago de las prestaciones.

A su turno, **TEMPORIZAR SERVICIOS TEMPORALES SAS** apeló la decisión, señalando que a la demandante se le vinculó bajo la modalidad de contrato de obra o labor determinada y en virtud de ello, fue remitida como trabajadora en misión al CLUB LOS ARRAYANES, quien dio aviso según correo electrónico que la labor temporal de la accionante había fenecido razón por la cual se elaboró al carta no de despido sino de simple aviso de terminación del contrato a partir del 3 de mayo de 2016, surge el evento de la parálisis facial de la actora reportado oportunamente a la ARL LIBERTY y la incapacidad que se le otorga del 1 al 3 de mayo. Indica que la juez le dio credibilidad a que el contrato culminó el 3 de mayo y no el 28 de junio de 2016 cuando después de las múltiples actuaciones de buena fe y de ser consiente que estaba incapacitada y tenía pendiente 10 terapias, la afilió al sistema de seguridad social, pagó los aportes y se le avisó que el contrato continuaba vigente y que tenía que hacer caso omiso a la comunicación que se le había entregado con anterioridad y si bien al actora aduce que tenía la cara torcida, lo cierto es que estaba en su deber de reintegrarse y no lo hizo simplemente porque no quiso, luego no puede decirse que el contrato terminó el 3 de mayo de 2016, cuando la accionante sabía que el contrato seguía vigente pero actuando de mala fe no se quiso reintegrar, pese a las múltiples comunicaciones que se le enviaron y al no presentarse y dada su conducta omisiva, no le quedaba otra opción que dar por terminado el contrato de trabajo el 28 de junio. Expone que de darse la terminación el 3 de mayo de 2016, la incapacidad de la actora fue un hecho sobreviniente que surgió después que se le había avisado que la relación culminaba el 3 de mayo de 2016 reintegrarse y si se toma que culminó el 28 de junio, ello fue con justa causa porque no se presentó a laborar, por lo que se deben analizar las circunstancias en cada caso y en ambas circunstancias, la actitud de la empresa no puede ser castigada con un reintegro y menos aún con la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1961. Finalmente, en cuanto a la indemnización por despido injusto, expone que la relación que unió a las partes fue a través de un contrato de obra o labor contratada el cual no se puede asemejar a uno a término fijo, tomando la juez como fecha de culminación del mismo al año dada la temporalidad, pero nunca las

partes pactaron la relación a un año, solo la duración de la obra o labor contratada que era la necesidad que tenía el usuario y que comunicó ya no existía y si en algún evento se tendría que fue un despido injusto la indemnización tendría que ser solo por 15 días.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el contrato de trabajo que existió entre a demandante y TEMPORIZAR SERVICIOS TEMPORALES SAS culminó el 3 de mayo o el 28 de junio de 2016 y según la fecha que se establezca, determinar si para la misma gozaba de estabilidad laboral reforzada y en caso afirmativo, estudiar si hay lugar al reintegro con el consecuente pago de salarios y prestaciones, o la indemnización por despido sin justa causa y la que trata el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que existió entre la demandante y TEMPORIZAR SERVICIOS TEMPORALES SAS, lo cual fue aceptado por esta en la contestación de la demanda y que es corroborado con la documental de folios 158, 159 y 207, de donde se colige que entre la señora CLAUDIA ROCÍO PERALTA ESTUPIÑÁN y la demandada existió un contrato de obra o labor determinada, desde el 25 de junio de 2015, en el que la actora desempeñó el cargo de coordinador de lavandería como trabajadora en misión en la CORPORACIÓN CLUB LOS ARRAYANES, devengando un salario de \$827.000.

En cuanto al extremo final, se tiene que mediante correo electrónico del 20 de abril de 2016 (fl. 198), el CLUB LOS ARRAYANES le solicita a TEMPORIZAR SERVICIOS TEMPORALES SAS la terminación del contrato de trabajo de la actora a partir del 1° de mayo de 2016, a lo que esta en misiva que no tiene fecha (fl. 59), el informó que la labor para la cual fue contrata en misión finaliza el 3 de mayo de 2016.

Posteriormente mediante comunicaciones el 10 de mayo de 2016 (fls. 60 y 61), la empresa le indica a la actora que como quiera que a la terminación del vínculo ella manifestó que la ARL le entregó un certificado donde le indican que debía realizarse 10 terapias por lo que le informaron telefónicamente sobre la no terminación del contrato hasta tanto no finalizara el tratamiento médico, es por ello que le solicitan justifique su ausencia desde el 4 de mayo de 2016, aclarando que a la fecha tiene un contrato activo con la empresa y que en caso de no justificar se daría por terminado el contrato con justa causa.

Comunicaciones estas que la demandante señala recibió el 17 de mayo de 2016, sin que exista guía de envío y recibido de las mismas por parte de la accionante.

Luego, el 12 de mayo de 2016 (fls. 199), la accionada le envía otra comunicación en la que manifiesta que teniendo en cuenta que con posterioridad a la notificación de la terminación del contrato el 3 de mayo de 2016, ella manifestó que la ARL le había asignado 10 terapias físicas, le informan la decisión de mantener el contrato activo hasta que realice las terapias y cierre el proceso de recuperación, por lo que le solicitan se presente a las instalaciones de la empresa el 13 de mayo de 2016 con el fin de darle las indicaciones pertinentes para que retome sus labores en la empresa usuaria. Documento en el que se dejó constancia que la actora se negó a firmar.

El 26 de mayo de 2016 (fl. 200), la accionada remite comunicación a la accionante la cual fue recibida por ella el 27 del mismo mes y año (fl. 201), en la que le recuerdan que tiene un contrato activo con la empresa y le solicitan justifique su ausencia desde el 4 de mayo de 2016.

Después, mediante comunicación del 1° de junio de 2016 (fl. 202), recibida el 3 del mismo mes y año (fl. 203), la demandada hace un recuento de las misivas que le envió con anterioridad a la demandante y le solicita se presente en temporizar con el fin de dar indicaciones para retornar a sus labores en la empresa usuaria donde labora en misión y les informe como han avanzado las terapias.

Finalmente, en comunicación del 28 de junio de 2016 (fls. 204 y 205), recibida el 29 de junio de 20156 (fl. 206), TempORIZAR le comunica la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa.

Así mismo, de la documental de folios 160 a 163 y 207, se evidencia que la accionada le canceló a la actora las prestaciones sociales y aportes a seguridad social integral, hasta el 28 de junio de 2016.

Al respecto, la demandante en el interrogatorio de parte que rindió ante el juez de primer grado, señaló que el contrato culminó el 3 de mayo de 2016 porque ella se presentó el 4 luego del accidente laboral y la señora Nancy del Club la llamó y le pasó la carta mediante la cual le daban por terminado el contrato. Refiere que TempORIZAR desde el 16 y 17 de mayo empezó a enviarle cartas con fecha del 10 de mayo y muchas más, al igual que la llamó el gerente del club para decirle que volviera que habían cometido un error y en alguna oportunidad cuando habían pasado como 20 días fue a la empresa y habló con la representante legal y les dijo que los tenía demandados y que acababa de hablar con su abogado, a lo que la representante le dijo que tenía que presentarse al otro día y ella le dijo que tenía la cara torcida y no quiso firmar la carta que le habían puesto de presente y que la representante le dijo que se atuviera a las consecuencias. Finalmente, afirma que después ese día le siguieron enviando más comunicaciones y que no se quiso reintegrar porque le daba pena llegar con la cara torcida y que todos supieran que la habían echado por eso, al igual que pensó que si la habían despedido no tenía nada más que hacer allá.

De lo anterior se colige, que si bien la demandada el 4 de mayo de 2016 a través de la empresa usuaria CLUB LOS ARRAYANES le comunicó a la accionante que había dado por terminado el contrato de trabajo el 3 de mayo de 2016, lo cierto es que de la documental antes referida se infiere que la accionada se retractó de su decisión dado el estado de salud de la demandante en virtud del suceso acaecido el 1° de mayo de 2016 y decidió continuar con el vínculo laboral hasta el 28 de junio de 2016, cuando le comunicó su decisión de darlo por terminado.

Ahora, si bien de lo dicho por la demandante tal determinación de continuar con el vínculo le fue comunicada con posterioridad al 17 de mayo de 2016 y que el reintegro no se materializó porque ella no quiso en tanto le daba pena por el estado de su rostro además porque pensó que dado el despido no tenía nada que hacer allá, lo cierto es que ello no es óbice para inferir que el contrato realmente culminó el 3 de mayo de 2016.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la demandada podía retractarse de su decisión en tanto no existe norma que se lo prohíba, así como el trabajador antes que le sea aceptada la renuncia puede retractarse de ella, por lo que bajo ese entendido, al seguir la relación vigente de lo cual la demandante tenía pleno conocimiento, pues así lo aceptó en el interrogatorio al señalar que conocía el contenido de las cartas, al punto que cuando fue a la empresa así se lo manifestaron; por lo que el hecho que no se haya querido reintegrar, no quiere decir que el vínculo haya culminado el 3 de mayo de 2016, máxime si no existe prueba que la actora le haya manifestado a la empresa su deseo de no seguir con la relación laboral o que esta, antes del 28 de junio de 2016, así se lo haya comunicado.

A más, que la accionada continuó pagando sin solución de continuidad los aportes a seguridad social y liquidó las prestaciones sociales hasta el 28 de junio de 2016, lo que indica que en efecto, la relación laboral culminó en dicha data, así la accionante no se haya querido reintegrar.

De suerte, que al seguir la relación laboral vigente con posterioridad al 3 de mayo de 2016, como lo señaló la demandada en sus misivas las cuales, se itera, eran de conocimiento de la accionante, es claro que el extremo final de la relación laboral que unió a las partes no es otro que el **28 de junio de 2016**; data esta de la cual la accionante, tuvo conocimiento según la constancia de recibido del 29 de junio de 2016 que milita a folio 206, de ahí que para todos los efectos se tenga aquella como el extremo final del contrato de obra o labor determinada.

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 sicológica, 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, revisada la documental que obra en el expediente, se evidencia que la demandante dada la parálisis de bell que le fue diagnosticada el 1° de mayo de 2016, le fueron otorgados 3 días de incapacidad los cuales culminaban el 3 de mayo de 2016 (fls. 68 a 72), al igual que le fueron ordenadas 10 terapias, las cuales según la documental de fecha 10 de junio de 2016 obrante a folio 73, culminaban el 11 de julio de 2016.

De suerte que, se encuentra plenamente acreditado que la demandante al momento del despido, gozaba de estabilidad laboral reforzada, dado su estado de salud en virtud de la patología que presentaba como consecuencia de la parálisis de bell acaecida el 1° de mayo de 2016 y de lo cual la demandada tenía pleno conocimiento, pues dadas la programación de esas terapias fue que decidió reversar su decisión de culminar el vínculo el 3 de

mayo de 2016, de ahí que proceda la Sala a analizar si el despido de la demandante lo fue con ocasión de su estado de salud o si por el contrario, existió una justa causa por parte de la accionada para culminar el mismo.

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 204 y 205 aparece comunicación recibida por la accionante el 29 de junio de 2016 (fl. 206), mediante la cual TEMPORIZAR SAS le informa a la señora Peralta Estupiñán, la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, bajo el argumento que pese a las múltiples comunicaciones que le fueron enviadas en donde se le informaba sobre la continuidad de la relación laboral y en las que además se le requirió para que comunicara la razón de la negativa al tratamiento médico y su ausencia, ha faltado al trabajo desde el 4 de mayo de 2016 y a la fecha no ha regresado al mismo, sin justificar explicando las razones que lo fundamentan, ya sea por escrito, verbal o telefónicamente, lo cual, afirma, constituye una violación grave de las prohibiciones que le incumben como trabajador, de acuerdo al CST y el reglamento interno de trabajo.

Hechas las anteriores precisiones, se encuentra plenamente demostrado que la demandante se negó a reintegrarse a sus labores pese a los requerimientos efectuados por la empresa de los cuales

tuvo pleno conocimiento y si bien afirmó que le daba pena que le vieran la cara torcida y que como la habían despedido pensaba que ya no tenía nada que hacer allá, lo cierto es que ello no la eximia de avisar a la empresa su decisión de no continuar con el vínculo, máxime si ella sabía que la relación continuaba vigente; de ahí que no sea dable alegar su propia culpa en beneficio más aún cuando sabía que la empresa la requirió en múltiples oportunidades para que se presentara; luego resulta ilógico que después de negarse a reintegrarse cuando tuvo la oportunidad de hacerlo, pretenda ahora un reintegro al cual se negó.

De otro lado, tampoco son de recibo las manifestaciones efectuadas en el recurso respecto a que no se reintegró porque este solo iba hasta la culminación de su tratamiento, cuando en el interrogatorio afirmó que su decisión se debió a las razones antes expuestas, evidenciándose una notable contradicción en su dicho y de tenerse por cierto lo indicado en la alzada, tal situación no sirve de excusa para que no se reintegrara.

Aunado a lo anterior, de la documental de folio 73 se denota que si bien le fueron programadas 10 terapias las cuales culminaban el hasta el 11 de julio de 2016, lo cierto es que solo asistió a la primera de ellas, esto es, a la programada para el 18 de junio de 2016, sin que se denote que haya ido a las demás; de ahí que le asista razón a la demandada al señalar que se negó a continuar con el tratamiento.

Circunstancias estas que evidencian una falta a sus obligaciones como trabajador, configurándose así una justa causa para que la accionada diera por terminado el contrato de trabajo al tenor de lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 62 del CST, en concordancia con el artículo 60 de dicho ordenamiento, junto con el artículo 81 del reglamento interno de trabajo (fls. 173 y 174), tal y como se indicó en la carta de despido.

Así las cosas, al probarse la justeza del despido no hay lugar al reintegro deprecado y menos aún, al pago de la indemnización por

despido sin justa causa, por lo que se revocará la condena impuesta sobre este último tópico.

En igual sentido se recovará la condena impuesta por concepto la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en la medida que se demostró que el contrato finiquitó por una justa causa y no por la condición de salud de la demandante.

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.

Hecha la anterior precisión, se tiene que el contrato culminó el 28 de junio de 2016, a lo que la demandada le indicó a la accionante en la carta de despido, que su liquidación estaría disponible hasta el 8 de julio de 2016, efectuando la consignación de la liquidación final de prestaciones sociales el 10 de agosto de 2016, mediante título de depósito judicial ante el banco agrario, el cual fue sometido a reparto ese mismo día, de lo cual puso en conocimiento a la actora en misiva del 8 de agosto de 2016, cuya constancia de recibido data del 11 de agosto de la misma anualidad; por lo que si bien la demandante no acudió a la empresa a reclamar sus prestaciones, no existe justificación para que la demandada tardara mas de un mes en consignar las mismas, pues debió hacerlo una vez se percató que la actora no las reclamó en la fecha que le había indicado.

Ahora, si bien la accionante refiere que tuvo conocimiento de la existencia del título en la audiencia que se llevó a cabo el 3 de mayo de 2018 y que desconoce la firma de la persona que acusó recibido de la comunicación mediante la cual la pasiva le informa de la consignación de las prestaciones; encuentra la Sala que tal afirmación no encuentra respaldo probatorio alguno, máxime si se tiene en cuenta que la firma de recibido que obra en la guía de folio 213, es la misma que aparece en la guía de folio 206 con la que se acuso

recibido de la carta de culminación del contrato de trabajo y que la demandante aceptó haber recibido; de ahí que se tenga plenamente demostrado que el 11 de agosto de 2016 recibió la comunicación emanada de la demandada en la que le informa sobre la consignación de sus prestaciones en el banco agrario y la constitución del respectivo título judicial.

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, lo cual solo devino hasta el 11 de agosto de 2016, cuando comunicó a la actora sobre la consignación de las misma, es por lo que se le condenará al pago de la indemnización moratoria, en razón a \$27.566 diarios (\$827.000 mensuales), que va del 29 de junio al 11 de agosto de 2016, en cuantía de **\$1.185.366** equivalente a 43 días de mora.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** el ordinal primero de la decisión de primer grado en lo que al extremo final de la relación laboral se refiere y se **REVOCARÁ** el ordinal segundo y en su lugar, se condenará a la demanda al pago de la indemnización moratoria en la forma antes anotada.

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 EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia apelada, en el sentido de indicar que el contrato de trabajo que existió entre la demandante y TEMPORIZAR SERVICIOS TEMPORALES SAS, data del 25 de

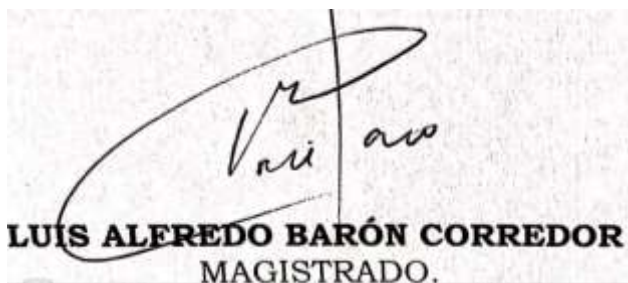
junio de 2015 al 28 de junio de 2016, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR EL ORDINAL SEGUNDO del proveído impugnado y en su lugar, **CONDENAR** a TEMPORIZAR SERVICIOS TEMPORALES SAS a pagar a la señora CLAUDIA ROCÍO PERALTA ESTUPIÑÁN la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, en cuantía única de **\$1.185.366.**

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la decisión del 30 de octubre 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 JOSÉ EDGAR TIBAQUIRA MAYORGA
contra INVERGRÁFICAS RYM SAS, IMPORFLECAS SAS Y ROBERTO
SANDOVAL ESLAVA**

En Bogotá D. C. a los veinticinco (25) días del mes de marzo 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 EDGAR TIBAQUIRÁ MAYORGA**, se **declare** que existió un contrato de trabajo con IMPORFLECAS SAS desde el 1° de febrero de 1996 hasta el hasta el 31 de marzo de 2016 y con INVERGRÁFICAS RYM SAS del 26 de marzo de 2008 al 31 de marzo de 2016. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a IMPORFLECAS SAS al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales causadas durante la vigencia de la relación laboral con base en los salarios realmente devengados y a INVERGRÁFICAS RYM SAS y ROBERTO SANDOVAL ESLAVA como empleadores solidarios al pago de los aportes a seguridad social integral causados desde el 26 de marzo de 2008 hasta el 31 de marzo de 2016 con base en los salarios realmente devengados, además de las vacaciones, cesantías, intereses corrientes y moratorios, indemnización por despido sin justa causa, reliquidación de los salarios y prestaciones sociales con base en los salarios realmente devengados, sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, indemnización

de perjuicios, lo que resulte probado ultra y extra petita, indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 20 a 22).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 36 a 39), señaló que ingresó a laborar a IMPORFLECAS SAS el 1° de febrero de 1996 mediante contrato de trabajo, en el que cumplía un horario de lunes a viernes de 8 am a 5 pm, desempeñando el cargo de asesor comercial con un salario de \$1.800.000. Refiere que el 3 de febrero de 2002, ingresaron como socios de IMPORFLECAS SAS, él junto con el señor ROBERTO SANDOVAL, sin embargo, continuó siendo asesor comercial. Aduce que la empresa el 31 de marzo de 2016 certifica como pago de nómina la suma de \$711.996, al cual no corresponde a la realidad y en esa data, presentó carta de renuncia irrevocable como trabajador y representante legal suplente, argumentando su decisión en el sentido que la sociedad no le cotizaba los aportes al sistema de seguridad social ni pagaba las cesantías con base en el salario realmente devengado, además, de estar desviando el producto de su trabajo a la compañía INVERGRAFICAS RYM SAS. Expone que la demandada efectuó la liquidación de prestaciones sociales para el cargo de representante legal suplente para un total de \$490.700 el cual no fue aceptado por él. Indica que el 26 de marzo de 2008, ROBERTO SANDOVAL ESLAVA constituyó la sociedad INVERGRÁFICAS RYM SAS con el objeto social igual al de IMPORFLECAS SAS. Afirma que existió un contrato realidad con INVERGRÁFICAS RYM SAS y el señor ROBERTO SANDOVAL ESLAVA del 26 de marzo de 2008 al 31 de marzo de 2016, pues de manera simultánea e ininterrumpida prestaba sus laborales allá como asesor comercial y prestador de servicios técnicos, recibiendo órdenes del representante legal de esta, además de cumplir un horario, sin que se le hubiesen cancelado las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad a que tenía derecho. Finalmente, aduce que IMPORFLECAS SAS le pagó pro concepto de salario la suma de \$1.800.000.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

INVERGRÁFICAS RYM SAS, IMPORFLECAS SAS Y ROBERTO SANDOVAL ESLAVA contestaron la demanda (fls. 507 a 538), en la que se

opusieron a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, aceptan parcialmente los contenidos en los numerales 1, 2, 6, 7, 9, 11 a 14, 19, 24 y 28 y niega los demás. Formularon la excepción de inexistencia de la obligación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 28 de septiembre de 2018 (CD – fl. 565), **declaró** que entre IMPORFLECAS SAS y el demandante existieron dos contratos de trabajo, el primero desde el 1° de febrero de 1996 hasta el 30 de abril de 2012 y el segundo, del 1° de marzo de 2013 al 31 de marzo de 2016, **condenó** a la demandada a pagar al accionante las siguientes sumas y conceptos generadas en el primer contrato: \$1.979.100 por concepto de cesantías, \$227.052 de intereses a las cesantías, \$1.979.100 de prima de servicios, \$989.550 de vacaciones y a trasladar a COLPENSIONES y a la EPS donde se encuentre afiliado el actor, la reserva actuarial respecto de los aportes a pensión y salud por el periodo comprendido entre el 1° de octubre de 1999 y el 30 de abril de 2002 y del 2 de febrero de 1996 al 30 de abril de 2002, respectivamente, **condenó** a IMPORFLECAS SAS a pagar a demandante por el segundo contrato, las siguientes sumas y conceptos: \$1.923.963,75 de cesantías, \$205.538 de intereses a las cesantías y \$961.981,88 de vacaciones, **absolvió** a IMPORFLECAS SAS de las demás pretensiones de la demanda y a INVERGRÁFICAS RYM SAS Y ROBERTO SANDOVAL ESLAVA de la totalidad de estas, **declaró** no probadas las excepciones propuestas y **condenó** en costas a las demandadas.

Fundamentó su decisión, indicando que no existe duda de la prestación del servicio del demandante a favor de IMPORFLECAS SAS, lo cual fue aceptado por la demandada tanto en la contestación de la demanda como en el interrogatorio de parte, aunque en este último precisó que la vinculación no lo fue durante todo el interregno a través de una relación laboral, sino mediante un contrato de prestación de servicios, por haberse convertido el demandante en accionista de la empresa, pero si admite que existió un contrato de trabajo desde el 1° de febrero de 1996 hasta el 30 de abril de 2002, fecha en la que ingresó como accionista de la sociedad,

volviéndose a vincular nuevamente a través de contrato de trabajo en marzo de 2013 hasta el 31 de marzo de 2016. Expone que tanto los testigos como el representante legal de la demandada, coinciden en indicar que el demandante estuvo vinculado en la compañía desde el año 1996 y hasta marzo de 2016, sin embargo, de las mismas no se infiere que durante todo el tiempo estuviere vinculado mediante contrato de trabajo.

Aduce que si bien el accionante inició una relación laboral con la accionada, el 1° de febrero de 1996, de las pruebas obrantes en el plenario se logra colegir que la misma finalizó el 30 de abril de 2002, cuando ingreso a la misma compañía como socio, tal y como lo corroboran los testigos y que se corrobora con la liquidación que le fue cancelada al momento de la culminación del vínculo, sumado a que no es coherente que el testigo Pedro Gocheneme haya establecido desde el interior de su establecimiento que el demandante era empleado de IMPORFLECAS y que recibía ordenes de Roberto Sandoval, por el hecho de verlo direccionando unas personas para bajar mercancías de un camión, siendo extraño que desde una distancia de media cuadra y encontrándose dentro de un establecimiento de comercio, una persona logre percibir las conversaciones de otro, máxime cuando se desarrollan en vía pública. Menciona que el testigo González Osorio tan solo pudo dar cuenta que le compraba materiales a la sociedad y que era el actor quien se los proveía y recaudaba el importe de las facturas, señalando enfáticamente que no le consta si tenía un jefe directo, cumplía horario o qué tipo de contrato tenía. Afirma que de la documental obrante en el plenario se puede colegir, concretamente del acta 022, que el accionante el 30 de abril de 2002, compró 3.132 cuotas sociales que hacían parte del capital social de la empresa, constituyendo ello el 7.8 de las acciones de la compañía y en igual sentido según el acta 023 del 1° de febrero de 2003, todos los socios incluido el actor, discutieron sobre la obligatoriedad de mantener en la empresa empleados por nómina, sin que tanga relación alguna con al estipulación posterior de comisiones que serían recibidas por el demandante junto con otro socio, de donde se colige es que se integraría un porcentaje dejado de cancelar al accionante en agosto de 200, así como del listado de clientes de la sociedad y si había una distribución de los mismos para realizar una gestión de ventas. Indica que de esa acta se

extrae que entre los socios se distribuyeron una serie de actividades por los cuales recibirían una remuneración por gestión de ventas, lo que indica que ello fue realizado no con ocasión de un vínculo laboral sino dada la calidad de socios que ostentaban y en pro de la misma con la finalidad de incrementar el patrimonio de la sociedad, prestando sus servicios a esta de manera autónoma e independiente, tan así que se dijo que los clientes serían distribuidos en dos socios y el otro se encargaría de las gestiones respectivas para las obras civiles, sin que pueda inferirse que la gestión comercial realizada por el demandante lo fue por órdenes o instrucciones del representante legal Roberto Sandoval. Menciona que el accionante en condición de socio estuvo de acuerdo con la posibilidad de no mantener empleados por nómina, así como el hecho de concertar con los socios la distribución de actividades para generarle ingresos a la compañía, por lo que mal hace en pedir ahora que se tenga en cuenta como trabajador desee el momento en que se hizo socio hasta la fecha en que se vinculó laboralmente en 2013. Expone que de lo anterior puede colegirse que la actividad realizada tanto por el señor Tibaquirá como por el señor Luis Alberto Castañeda, si no era iguales eran muy similares si se tiene en cuenta que entre estos dos se llevaba a cabo la comercialización de productos, debiendo señalar entonces, que el manejo de esta actividad comercial se desarrollaba en iguales condiciones para ambos, por lo que puede deducirse que el aquí actor no recibía ordenes ni instrucciones de alguno de los socios de la empresa, entre tanto que el señor Castañeda en testimonio que rindió, indicó que su labor no era supervisada por ninguno de los socios y que si bien cumplía un horario, lo hacía por iniciativa propia y no por instrucción que en tal sentido le impartieren. Dicho este que se compadece con los testimonios de Irma Edith Hernández, Augusto Sandoval Eslava y Álvaro Sandoval Eslava, así como el interrogatorio del representante legal de IMPORFLECAS, en el sentido que indicaron que el trato entre el demandante y Álvaro Sandoval, así como con los demás socios de la compañía, lo era en esta última calidad. Sostiene que si bien sobre el demandante recae la presunción de que trata el artículo 24 del CST, lo cierto es que de ningún medio de prueba se observa que la sociedad accionada a través de sus socios hubiese efectuado actos de subordinación respecto del accionante, pues las labores que este realizaba las ejecutaba por virtud del vínculo societario que lo unía con la compañía,

obrando bajo al convicción en el interregno de mayo de 2002 a febrero de 2013 que la prestación de sus servicios era independiente teniendo en cuenta que la distribución de sus actividades se concertaba entre todos los socios; de ahí que no pueda declararse la existencia del contrato de trabajo como se solicitó en la demanda, pues se demostró que prestó sus servicios en dos momentos distintos, esto es, del 1° de febrero de 1996 al 30 de abril de 2002 y del 1° de marzo de 2013 al 31 de marzo de 2016, sin que se haya demostrado la existencia de un contrato de trabajo entre el 1° de mayo de 2002 y febrero de 2013.

En cuanto a las prestaciones sociales causadas en las relaciones laborales antedichas, indica que no se demostró que el demandante devengara un salario diferente al que aparece en la historia laboral de COLPENSIONE, por lo que al no demostrarse que devengó salarios superiores no hay lugar a ordenar la reliquidación de los aportes a la seguridad social, empero, como no demostró el pago de las prestaciones sociales del primer contrato, señala que hay lugar a ordenar su pago, además de los aportes a pensión causados desde el 1° de octubre de 1999 hasta el 30 de abril de 2002 y a salud desde el 2 de febrero de 1996 hasta el 30 de abril de 2002, en tanto no se demostró su pago.

Respecto a las acreencias del segundo contrato, tampoco demostró que devengara un salario superior al mínimo legal mensual vigente, según se infiere de los comprobantes aportados al proceso, de los cuales tampoco se evidencia el pago de prestaciones sociales y vacaciones.

En canto a la sanción moratoria, sostiene que la Corte Suprema de Justicia en un caso de similares características, puntualizó que la doble condición de trabajador y socio resulta determinante a efectos de establecer a efectos de establecer si la conducta del ex empleador estuvo revestida de mala fe, al punto que el trabajador no puede ser acreedor de la empresa de la que es parte, por lo que al ostentar el demandante la calidad de directivo de IMPORFLECAS al ser representante legal suplente además de socio, sabía de la situación financiera de la empresa, pues así se encuentra consignado en las actas de asamblea en las cuales se discutió de manera recurrente el estado de la empresa y la posibilidad de

no tener personal a cargo. Concluyendo que no existió mala fe por parte IMPORFLECAS SAS, pues la omisión en el pago se debió también al silencio que guardó el actor en razón con las incongruencias en el pago de sus acreencias laborales, por lo que considera, no hay lugar al pago de la aludida indemnización como tampoco de la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo. Sobre la indemnización por despido injusto, indica que, no se demostró que devengara un salario superior al establecido en el proceso, de ahí que carezca de fundamento el hecho de alegar que no le efectuaron los aportes con base en el salario realmente devengado, cuando no demostró cual era este.

Respecto a la solidaridad de las obligaciones objeto de condena respecto a INVERGRÁFICAS y el señor ROBERTO SANDOVAL ESLAVA, fundamentó su petición en el hecho que también desarrollaba labores para estos, indicando el a quo que la misma no tiene vocación de prosperidad ya que como lo establece el artículo 1568 del C.C. la solidaridad debe ser declarada en los casos en que no lo establezca la ley, lo cual no acontece en este caso, pues no existe norma que establezca la solidaridad en al firma deprecada por el actor, es decir, respecto de dos sociedades en las que no se demostró que hubiese mediado relación contractual entre ellas como por ejemplo, para enviar al trabajador en misión, pues el hecho que en ambas el señor Sandoval Eslava tenga acciones, no tiene relevancia alguna y menos aún, que ambas empresas desarrollaran su objeto social en el mismo lugar. De otro lado, no pasa por alto el despacho que si hubiere existido una relación laboral con el señor Sandoval como persona natural, así como con la sociedad INVERGRÁFICAS, el aquí actor así lo hubiera expresado en su carta de renuncia, al contrario, nótese que tan solo la dirige a IMPORFLECAS y dentro de sus argumentos enuncia que su trabajo para esta beneficiaba a la otra sociedad, por demás que la concebía no como su empleadora si no como una persona jurídica con la que ningún vínculo ostentaba directamente, siendo así, al no hallarse demostrada solidaridad alguna respecto a los codemandados INVERGRAFICAS S.A.S y ROBERTO SANDOVAL ESLAVA, se debe absolver a estos de cualquier responsabilidad solidaria.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que de las pruebas allegadas se demuestre que existió una relación laboral con los demandados desde el 1° de febrero de 1996 hasta el 31 de marzo de 2016. Indica que asistió a desarrollar sus actividades como asesor comercial de lunes a viernes de 8 am a 5 pm en IMPORFLECAS, INVERGRÁFICAS y ROBERTO SANDOVAL en las instalaciones donde estas desarrollaban su objeto social, dirigiéndose las pretensiones en contra de estas de manera solidaria, por cuanto de manera simultánea, continua e ininterrumpida, se beneficiaron como empleadores de la actividad que realizó como subordinado del representante legal y que de manera desleal fueron desviados para el provecho del señor Sandoval, aprovechándose de su posición dominante. Expone que el acta número 23 del 1 de febrero de 2003 de la Sociedad IMPORFLECA S.A.S, numerales 5.3 y 5.4, da cuenta de la relación laboral que fundamenta las pretensiones de la demanda y contrario a lo afirmado por la demandada, la retribución allí mencionada no se refiere a un único pago y no lo condiciona a un término en el tiempo, al contrario, esta condición se mantuvo hasta el 31 de marzo del 2016 cuando presentó su carta de renuncia como trabajador, pero como se trata de una renuncia motivada y provocada por los demandados, dicha condición salarial se mantuvo y así debe ser declarada.

Sostiene que en la referida acta se fijó el salario en un mínimo legal vigente como base, más un 3% sobre recaudos mensuales, además se estableció que se pagaría por primas el 50% en junio y el 50% en diciembre proporcional a lo devengado en el año y de acuerdo con el código laboral colombiano, e indicando en el punto 5.3 que se aplicaría con retroactividad al 1 de enero de 2013, siendo diáfano el salario y la condición de trabajador como asesor comercial, aunado al contenido del 5.4 de esta misma acta, en el cual se dispone que el listado de clientes se distribuiría de común acuerdo con el señor Luis Alberto Castañeda, realizándose inmediatamente una gestión de venta, igualmente recalca que las comisiones recibidas en virtud de un contrato de trabajo, hacen parte del salario y forman parte de la base para el cálculo de los diferentes conceptos de nómina como seguridad social, aporte parafiscales y

prestaciones sociales, situación que no se refleja en la certificación de Colpensiones, pues los pocos pagos realizados por IMPORFLECAS S.A.S se realizaron sobre el salario mínimo y no sobre los ingresos reales. Refiere que se torna irreal que el contrato se haya convertido en prestación de servicios, por cuanto del certificado de Colpensiones se demuestra la realidad de la relación laboral desde el 1 de febrero de 1996, pues figura la demandada IMPORFLECAS S.A.S como empleador, realizando el pago de las prestaciones sociales y si bien se presenta solución de continuidad, ello se debió a que se encontraba en mora en el pago de las prestaciones sociales y aportes a la seguridad social.

Finalmente, menciona que la relación laboral perduró en el tiempo, sin que el hecho que la demanda incumpla con sus obligaciones, de por hecho que se trató de un contrato de prestación de servicios, encontrándose demostrada la relación laboral con los demandados.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, debe advertirse, que en la demanda no se solicitó la existencia de un contrato de trabajo desde el 1° de febrero de 1996 hasta el 31 de marzo de 2016, con las tres demandadas, pues en dicho escrito, solo hace alusión en dicho interregno a la accionada IMPORFLECAS SAS, mientras que respecto a INVERGRÁFICAS SAS y el señor ROBERTO SANDOVAL ESLAVA se pide además de la relación laboral, la solidaridad por el tiempo comprendido entre el 28 de marzo de 2008 y el 31 de marzo de 2016, por lo que bajo ese entendido, la Sala no se pronunciará respecto a un posible contrato de trabajo con los accionados INVERGRÁFICAS SAS y el señor ROBERTO SANDOVAL ESLAVA por el lapso del 1° de febrero de 1996 y el 27 de marzo de 2008, en la medida que ello no fue solicitado en la demanda ni discutido en el proceso, sin que sea dable a través del recurso de alzada, reformar o adicionar la demanda en ese aspecto.

De otro lado, tampoco se estudiará lo relativo a la absolución por concepto de indemnización moratoria, en la medida que tal aspecto no fue objeto de reparo por ninguna de las partes.

Es así, que corresponde a este Tribunal determinar, si entre el demandante e IMPORFLECAS SAS, existió un contrato de trabajo desde el 1° de febrero de 1996 hasta el 31 de marzo de 2016 y en caso afirmativo, se estudiará lo relativo al salario realmente devengado, junto con el pago de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad social con base en el mismo, además de la indemnización por despido indirecto. De otro lado, también se analizará la existencia de un contrato de trabajo con INVERGRÁFICAS SAS y el señor ROBERTO SANDOVAL ESLAVA del 28 de marzo de 2008 al 31 de marzo de 2016 y si estos, son solidarios de las condenas que se lleguen a imponer a IMPORFLECAS SAS.

Contrato de trabajo con IMPORFLECAS SAS

No es tema de controversia las relaciones laborales que existió entre el demandante e IMPORFLECAS SAS. en los periodos comprendidos entre el 1° de febrero de 1996 y el 30 de abril de 2012 y del 1° de marzo de 2013 al 31 de marzo de 2016, lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y en el interrogatorio de parte, además de haber sido declarada por el a quo, sin que la demandada presentara reparo alguno al respecto.

Ahora, alega el demandante que lo que existió entre las partes fue una sola relación laboral, por lo que entrará la Sala a estudiar si en el lapso del 1° de mayo de 2012 y febrero de 2013, existió una relación laboral a efectos de establecer si en efecto, esta lo fue por un solo periodo, teniendo en cuenta que tanto el a quo como la accionada, indicaron que en el aludido tiempo, lo que existió fue un contrato de prestación de servicios en el que la actividad del actor se desarrolló de manera independiente y en provecho de esta y de la empresa, dada su condición de socio de la misma; aspecto este último que no fue objeto de discusión.

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.”

Conforme a ello, se encuentra acreditada la prestación personal del servicio del demandante para con la accionada, pese a que se diga que en el lapso comprendido entre el 1° de mayo de 2005 y el 1° de marzo de 2013, esta lo fue por prestación de servicios, por lo que al demostrarse la actividad personal del accionante, se presume que esta estuvo regida por un contrato de trabajo, quedando a cargo de la accionada desvirtuar la misma.

Al efecto, el señor **ROBERTO SANDOVAL ESLAVA** en calidad de representante legal de IMPORFLECAS SAS e INVERGRÁFICAS SAS y como persona natural, señaló que llegó a IMPORFLECAS en el año 2002 y por ende, no sabe de la relación que haya podido tener el demandante con la empresa antes de esa fecha. Expone que al vinculación del demandante fue por prestación de servicios, ya que cuando él llegó la empresa estaba en una situación crítica y todos acordaron que iban a trabajar por prestación de servicios, al relación con el actor fue de índole comercial y trabajaba en sus tiempos por comisión, no recibía ordenes de él ni de nadie más, por cuanto era socio de la empresa y actuaba con liberalidad en sus cosas, pues llevaba su mercancía y efectuaba los cobros y recados y además de ser socio también era representante legal suplente, se le pagaban comisiones por lo que vendiera y recaudara. Expone que en el año 2008 creó INVERGRÁFICAS SAS dada la llegada del mercado chino, por lo que se acordó con el demandante y Luis Castañeda la creación de la empresa, a lo que el actor prestaba el servicio para las dos, vendía los mismos productos y también lo hacía para otras empresas. Aduce que el accionante disponía de su tiempo, no tenía horario, pues salía y entraba a la hora que quería. Finalmente, expone que cuando llegó a la empresa, el

demandante acordó con Luis Castañeda que con el dinero de la liquidación de prestaciones sociales ingresaría como socio en el año 2002.

LUIS ALBERTO CASTAÑEDA WALTEROS, indicó que era el dueño y representante de IMPORFLECAS y el accionante ingresó a laborar allí en el año 1996, como conductor y en ventas hasta el año 2002, cuando llegó Roberto Sandoval como representante y se hizo una restructuración, en la que él siguió como socio. Expone que el demandante desde el año 2002 fue socio de la empresa y a la vez ejecutaba actividades de conductor y ventas y para el 2002 se hizo la liquidación del contrato al accionante. Indica que el actor cumplía órdenes del señor Sandoval al igual que él, relacionadas con vender y cobrar, al igual que tenía que cumplir un horario de 8 am a 5 pm y supo que el salario después del 2002 era de \$1.800.000 y trabajaba exclusivamente para IMPORFLECAS. Finalmente, aduce que él cumplía horario porque quería y que no le daban órdenes.

En cuanto a este testigo, se advierte que en varias oportunidades fue evasivo con sus respuestas al igual que contradictorio, pues primero dijo que tanto él como el demandante recibían órdenes del señor Sandoval, para luego indicar que en su caso particular no las recibía, para finalmente inferir que como el señor Roberto Sandoval había ocupado la gerencia, se entendía que la labor de este era impartir órdenes y al igual que manifestó que junto con el demandante tenían que cumplir horario, para después indicar que él lo hacía porque quería y que sobre el actor había que preguntarle al señor Sandoval. Como también respecto al salario, pues primero dijo que después de 2002 el actor devengaba \$1800.000, después señaló que no sabía, para finalmente exponer que eso era algo que el correspondía responder al señor Sandoval. Afirmación esta última que hizo al contestar la mayoría de las preguntas que se le hicieron.

SIGIFREDO GOCHENEME, manifestó que conoció al demandante en el año 2000 porque tenía una droguería a media cuadra de la empresa y sabía que el demandante era vendedor de cuchillas para artes gráficas y sabe de la relación laboral del actor con IMPORFLECAS por lo que le contaba y hasta donde supo, era socio y empleado a la vez.

ÁNGEL ANDRÉS GONZALEZ OSORIO, afirmó que es cliente de IMPORFLECAS y el demandante era quien los visitaba y les vendía, no sabe que tipo de vinculación tenía el actor.

IRMA EDITH MARTÍNEZ CAMACHO, sostuvo que es contadora de las empresas demandadas e ingresó a IMPORFLECAS desde mayo de 2007 y conoció al actor como socio de la empresa y como tal, llevaba productos, hacia recaudo de cartera y le reconocían una comisión por ventas. Aduce que ella iba una vez por semana o dos veces al mes y esas oportunidades no evidenció que el demandante tuviera algún tipo de subordinación y que cumpliera horario y para la fecha de la realización de la audiencia, el accionante sigue fungiendo como representante legal de IMPORFLECAS. Expone que el actor en algunas oportunidades visitaba clientes de ambas empresas y les llevaba mercancías. Menciona que para el año 2013 de reunieron los socios y se acordó que el demandante se vincularía por contrato de trabajo, no sabe el motivo pero siguió ejecutando las mismas labores sin subordinación y sin el pago de comisiones, tenía autonomía de ir donde los clientes y efectuar los cobros. Finalmente, expone que a los tres socios se les pagaba.

ALVARO SANDOVAL ESLAVA, expuso que fue socio de IMPORFLECAS del 2002 al 2004, al igual que el demandante quien se dedicaba a la parte comercial y por las ventas se le pagaban honorarios, nunca hicieron contrato de trabajo y como estaban recuperando la empresa, se acordó que se pagarían honorarios por prestación de servicios. Indica que el demandante no cumplía horario, no recibía ordenes ya que era socio.

Finalmente, **JUSTO SANDOVAL ESLAVA** refirió que fue socio de IMPORFLECAS del 2002 al 2004, iba esporádicamente y no participaba y que se imagina que el actor recibía salario por las labores que ejercía por prestación de servicios.

En igual sentido, se allegó carta de renuncia (fl. 11), reporte de semanas cotizadas por el actor a COLPENSIONES (fl. 15), copia de las actas de reunión y asamblea de socios de la sociedad IMPORFLECAS SAS antes LTDA, N° 001 del 31 de agosto de 1989, 22 del 30 de abril de 2002, 23 del 1°

de febrero de 2003, 24 del 29 de marzo de 2003, 25 del 21 de febrero de 2004, 26 del 3 de abril de 2004, 27 del 24 de noviembre de 2004, 38 del 28 de junio de 2011, 40 del 28 de marzo de 2012, 41 del 2 de noviembre de 2012 y 42 del 23 de marzo de 2013 (fls. 54 a 90), relación de pagos efectuados por dicha sociedad al accionante en diciembre de 2006 (fl. 93), factura de pago de comisiones al accionante para los años 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012 y enero y febrero de 2013 (fls. 108 a 119, 138 a 150, 170 a 181, 200 a 202, 221 a 226, 245 a 253, 269 y 270), comprobantes de nómina de enero a diciembre de 2013, 2014, 2015 y 2016 de enero a marzo (fls. 271 a 280, 287 a 315) y liquidación final de prestaciones sociales de enero a marzo de 2016 (fl. 12).

Conforme a ello, si bien se demostró, pues así lo declaró el a quo y sobre ello no se presentó reparo alguno, que el actor laboró al servicio de IMPORFLECAS SAS mediante contrato de trabajo en los periodos comprendidos entre 1° de febrero de 2006 y 30 de abril de 2002 y del 1° de marzo de 2013 al 16 de marzo de 2016, lo cierto es que en el lapso del 1° de mayo de 2002 a febrero de 2013, pese a que se acredite la actividad personal, esta no lo fue en virtud de una relación laboral, logrando la demanda desvirtuar la presunción que en los términos del artículo 24 del CST, recaía sobre el actor.

Lo anterior teniendo en cuenta que según acta 22 del 30 de abril de 2002, el demandante fue nombrado socio de IMPORFLECAS SAS, cuyas acciones compró producto de lo que recibió por concepto de liquidación final de prestaciones sociales del contrato que tenía con la accionada desde febrero de 1996 y que culminó en dicha data, para lo cual, pese a que siguió ejecutando las mismas labores, estas lo fueron de manera independiente y autónoma, pues así se desprende de lo dicho por los testigos, excepto **LUIS ALBERTO CASTAÑEDA WALTEROS y SIGIFREDO GOCHENEME** cuyas declaraciones no ofrecen credibilidad como se pasa a exponer.

En el caso del señor Castañeda, el mismo fue evasivo y contradictorio en sus respuestas, pues como se indicó en apartes anteriores, cuando se le preguntó si el actor recibía ordenes del señor Roberto Sandoval dijo que los dos las recibían, luego, cuando el apoderado de la demandante le realizó la

misma pregunta, señaló que el no y después cuando la demandada lo interrogó nuevamente sobre ese punto, indicó que eso debían preguntárselo al señor Roberto porque él desde el 2002, no tenía nada que ver con la sociedad y que creía que dada su condición de gerente era lógico que tenía que dar órdenes. Algo similar ocurrió cuando se le preguntó por el salario, pues dijo que el accionante desde 2002 devengó \$1.800.000, después dijo que no sabía, para finalmente exponer nuevamente que eso era algo que le correspondía al señor Sandoval. En igual sentido cuando se le preguntó sobre el horario, manifestó que junto con el demandante tenían que cumplirlo, para luego señalar que él lo hacía porque quería y que sobre el actor había que preguntarle una vez más al señor Sandoval. Respuestas estas que evidentemente hacen que su dicho no sea creíble, máxime si la mayoría de las preguntas las contestó señalando que eso le correspondía al señor Roberto Sandoval. no ofrecen credibilidad a la Sala.

Ahora, en tratándose del señor Gocheneme, su dicho se basa en lo que le decía el actor cuando se reunía con él en el establecimiento de comercio de su propiedad y en las suposiciones que hacía según lo que le contaban, a más, que solo da cuenta de una vez que lo vio a una distancia de media cuadra bajando una mercancía, sin que de tal circunstancia se derive la existencia de un contrato de trabajo, más aún, si afirma que no conocía la empresa y que al accionado Roberto lo distinguía porque en algunas ocasiones fue a su establecimiento (droguería) a comprar unas cosas.

De suerte, que los demás testigos (Irma Martínez y Álvaro Sandoval) e incluso el representante legal y demandado ROBERTO SANDOVAL, fueron contundentes al indicar que el actor dada su calidad de socio actuaba bajo su cuenta, no cumplía horario ni recibía ordenes en la medida que él sabía lo que tenía que hacer conforme se acordó en asamblea en la cual también se pactó el pago para todos los socios de una suma fija más comisiones.

Acta esta, (23 del 1° de febrero de 2003 – fl. 62 a 65), en la que, contrario a lo señalado por el recurrente, nada se dijo respecto a que el actor estaba bajo un contrato de trabajo, por el contrario, se indicó que la empresa revisaría la obligatoriedad o no de mantener empleados por nómina, sin hacer alusión alguna a que el demandante se encontrara dentro de estos,

al igual que en la citada acta se pactó el pago para los socios Luis Castañeda y el demandante, de una suma fija \$500.000 y un salario mínimo legal mensual vigente respectivamente, más el 3% de lo que recaudaran, como también que entre ellos se haría una distribución de los clientes y en tratándose del señor Sandoval, este estaría a cargo de las obras civiles.

De otro lado, en acta 38 del 28 de junio de 2011 el actor fue designado como representante legal suplente, cargo que venía ostentando hasta la fecha en que se profirió la sentencia de primera instancia, inclusive.

Precisiones estas que llevan a la Sala a concluir, que las actividades ejecutadas por el accionante en IMPORFLECAS SAS antes LTDA desde el 1° de mayo de 2002 hasta febrero de 2013, lo fueron en calidad de socio de la empresa y no en virtud de un contrato de trabajo, en tanto no se mostró que su actividad estuviera subordinada por el señor Roberto Sandoval representante legal de la sociedad o de algún otro socio, a más que en las actas de asamblea que reposan a folios 58 a 90 y que datan de 2002 a 2013, no se vislumbra algún acto de subordinación para con el demandante, como tampoco aparece algún otro medio probatorio que dé cuenta de ello, por el contrario las pruebas allegadas y recaudadas, dejan ver que en ese interregno, el accionante actuaba por cuenta propia y si bien en marzo de 2013 además de fungir como representante legal suplente ingresó a la nómina de la empresa como trabajador, ello devino según lo manifestado por Irma Martínez, por una decisión de los socios, sin tal circunstancia de por hecho que con anterioridad también estaba vinculado bajo esa modalidad, pues al cambiarse las condiciones, dejó de devengar comisiones según se desprende de los comprobantes de nómina de folios 271 a 280, 287 a 315, lo que deja ver que en efecto, sus condiciones contractuales variaron incluso, con su consentimiento, pues no sobra recordar que era socio y representante legal suplente, luego es claro que estuvo presente y así se evidencia en las actas en comento, donde se tomaron las decisiones relacionadas con sus actividades y vinculación a la empresa las cuales estuvieron avaladas por él, de ahí que no sea dable, alegar su propia culpa en beneficio.

Así las cosas, le asiste razón al a quo al a ver declarado la existencia de dos relaciones laborales, que en efecto, fueron aceptadas por el extremo pasivo y que datan del 1° de febrero de 1996 al 30 de abril de 2002 y del 1° de marzo de 2013 al 31 de marzo de 2016.

Salario y reliquidación de aportes a la seguridad social

Afirma el demandante, según el acta 23 del 1° de febrero de 2003 – fl. 62 a 65, se pactó que su salario estaría conformado por un básico más comisiones.

Al respecto, conforme se dijo en precedencia, en dicha acta se pactó lo que el actor recibiría en calidad de socio sin vinculación laboral alguna, pues cuando ingresó a la nómina de la entidad dejó de recibir comisiones, en tanto no aparece documento alguno que así lo demuestre y en caso de haberlas causado, tampoco se vislumbra los periodos y sumas que recibió por tales conceptos, por el contrario, de los comprobantes de nómina se evidencia que de marzo de 2013 a marzo de 2016, su salario ascendió al mínimo legal mensual vigente.

Lo mismo sucede con el contrato vigente de febrero de 1996 a abril de 2002, en tanto no aparece que haya devengado un salario diferente al que el empleador reportó a COLPENSIONES según el reporte se semanas de folio 15.

De ahí, que al no demostrar que devengaba un salario superior al que la empresa le pagaba y sobre el cual realizó los aportes a la seguridad social, es por lo que tal y como lo estableció el juzgador de primer grado, no hay lugar a imponer condena alguna al respecto.

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 folio 11 aparece comunicación recibida por la empresa accionada 31 de marzo de 2016, mediante la cual el actor presenta su renuncia como representante legal suplente y como asesor comercial de la empresa, por considerar además de los aspectos relacionados por no haber convocado a la asamblea anual de accionistas, el hecho de no efectuar los aportes a la seguridad social y al fondo de cesantías con base en los ingresos realmente recibidos.

Sobre este punto, ha de reiterarse lo que se dijo en el acápite anterior, respecto a que el actor durante la vigencia de las relaciones laborales no demostró que devengara un salario superior al que aparece en los comprobantes de nómina y reporte de semanas de COLPENSIONES, correspondiéndole en virtud del artículo 167 del CGP, demostrar su dicho, pues afirmar no es probar y era a este a quien le concernía probar los supuestos de hecho de las normas cuyos efectos jurídicos persigue, en este caso, el salario que, según él, era superior al cancelado por la accionada y que ascendía a \$1.800.000.

Solidaridad

Sobre este punto, es del caso advertir, que la demanda se torna confusa, pues de una lectura e interpretación de la misma, se denota que la solidaridad que depreca el actor respecto de INVERGRÁFICAS RYM SAS y del señor ROBERTO SANDOVAL ESLAVA, se cimenta en la existencia de un contrato de trabajo con estos.

Hecha la anterior precisión, se tiene que el CST en sus artículos 32 a 36, establece las diferentes solidaridades que se pueden presentar en vigencia de una relación laboral, relacionadas con el simple intermediario, beneficiario de la obra frente al contratista y los socios de las sociedades de personas hasta el monto de sus aportes. Adicional a que la Ley 50 de 1990, reseña la solidaridad de la empresa temporal respecto de los trabajadores en misión en los términos de la aludida Ley, dada la existencia del contrato de trabajo con la empresa usuaria.

Situaciones estas en las que no se enmarcan los aquí accionados, pues en la demanda no se plantea alguna de ellas, por el contrario, su pedimento se basa únicamente en la existencia de un contrato que aduce, lo fue del 2008 al 2016 y que se dio al mismo tiempo que el que tenía con IMPORFLECAS SAS.

Bajo ese entendido, no es dable declarar la solidaridad alegada, pues no existe norma que contemple que por el hecho de haberse declarado la existencia de la relación laboral con una empresa, la otra que es una persona jurídica diferente, sea solidaria de las condenas impuestas a la primera, cuando entre ellas no medio una relación de índole comercial en la que se pudiera ver involucrado el demandante, como en el caso de las cooperativas, empresas temporales y contratistas.

Aunado a ello, tampoco se pidió en la demanda la concurrencia o coexistencia de contratos y menos aún, se trata de un consorcio como para inferir, la solidaridad de quienes lo integran.

Ahora en tratándose del señor ROBERTO SANDOVAL ESLAVA representante legal y socio IMPORFLECAS SAS e INVERGRÁFICAS RYM SAS, al tratarse de sociedades por acciones simplificadas – SAS, debe tenerse en cuenta lo normado en el artículo 1° de la Ley 1258 de 2008, en lo atinente a la responsabilidad de los accionistas, al señalar:

“CONSTITUCIÓN. *La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes.*

Salvo lo previsto en el artículo 42 de la presente ley, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad.”

Norma esta que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C – 090 de 2014, al considerar:

“La jurisprudencia de la Corte ha reconocido que el límite al monto de los aportes no constituye una vulneración por parte de la ley de los derechos laborales o sociales, por cuanto le está permitido al Legislador dentro de la libertad de configuración determinar las características de las formas de asociación, así como los eventos en los que existe una extensión de la responsabilidad solidaria o la intercomunicación del patrimonio de los socios con el de la sociedad derivado del fraude o abuso del derecho.

El legislador quiso dotar a la empresa y a la economía de una herramienta más ágil y flexible en cuanto a su constitución, composición y funcionamiento en comparación de las otras formas de asociación, con el fin de modernizar el derecho societario, hacer la industria más competente e incentivar el desarrollo del país.

La separación del patrimonio de la sociedad y de los accionistas obedece a un propósito constitucional consistente en permitir el flujo de capital, la inversión y la estimulación del desarrollo empresarial del país, de conformidad con el artículo 333 CP.

En ningún caso el modelo de limitación de la responsabilidad previsto para las sociedades por acciones simplificadas expone a los trabajadores al riesgo de hacer inexigibles sus derechos, en tanto que la legislación y la jurisprudencia ha dispuesto para el reclamo de sus acreencias diversos mecanismos legales y jurisprudenciales.

Finalmente, permitir el límite de responsabilidad no implica el desconocimiento de los derechos de los empleados, pues (i) en los artículos 42 y 43 de la Ley 1258 de 2008 se consagran dos excepciones a la responsabilidad del aportante, consistentes en la desestimación de la personalidad jurídica –levantamiento del velo societario– y el uso abusivo del voto que ocasionó perjuicios a la compañía, sus socios o terceros –nulidad absoluta e indemnización–, (ii) los trabajadores cuentan con herramientas legales –acción de nulidad, simulación, pauliana y otras– y jurisprudenciales –acción de tutela– en procura de la defensa de sus derechos.

El establecimiento del límite de la responsabilidad de los accionistas de una sociedad por acciones simplificadas al monto de los aportes, frente a las obligaciones laborales de la sociedad, no constituye una desprotección de los derechos del trabajador ni un incumplimiento de

las disposiciones constitucionales que amparan el trabajo y la dignidad del trabajador, cuando quiera que existen mecanismos jurídicos para la defensa de los mismos, al tiempo que la separación patrimonial cumple el propósito constitucional de incentivar la creación de empresa y el desarrollo económico del país.”

De donde se colige, que los accionistas de las sociedades por acciones simplificadas, no son responsables de obligaciones laborales entre otras, en que incurra la sociedad, salvo lo previsto en el artículo 42, de la referida ley, el cual dispone:

“DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. *Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.*

La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el procedimiento verbal sumario.

La acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios será de competencia, a prevención, de la Superintendencia de Sociedades o de los jueces civiles del circuito especializados, y a falta de estos, por los civiles del circuito del domicilio del demandante, mediante el trámite del proceso verbal sumario.”

Siendo ello así, es claro que los accionistas responden solidariamente por las obligaciones nacidas de actos defraudatorios y de los perjuicios causados con estos, siempre que hubieren realizado, facilitado o participado en ellos, siendo la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil, a través de la Superintendencia de Sociedades a prevención o de los Jueces Civiles del Circuito, la competente para conocer sobre la indemnización de los perjuicios derivados de los referidos actos.

De suerte que, en tratándose de acreencias laborales, se escapa de la órbita de la especialidad laboral, el determinar la existencia de los actos defraudatorios en que haya podido incurrir el accionado en calidad de accionista de IMPORFLECAS SAS, para el no pago de las acreencias laborales que se causaron en favor del actor, pues pese a que se trate de obligaciones emanadas de un contrato de trabajo, no es competente para

pronunciarse sobre ello, pues, se itera, la Corte Constitucional en la sentencia en cita, avaló la norma en el sentido que estas personas no son responsables de las obligaciones laborales en que haya incurrido la sociedad, salvo que hayan facilitado, participado o realizado actos fraudulentos y cuya existencia e indemnización derivada de estos, es competencia de la especialidad civil como lo plasmó el legislador en la norma en comento y de la cual, dicha Corporación hace alusión en el proveído al que se hizo referencia.

Finalmente y si en gracia de discusión esta especialidad tuviera competencia para establecer que el demandado realizó, facilitó o participó en actos fraudulentos que conllevaron al no pago de los derechos laborales del demandante, lo cierto es que no habría lugar a imponer condena alguna al respecto, toda vez que no aparece probado en el plenario cuales son los referidos actos fraudulentos, pues una cosa son las actuaciones de la sociedad y otra la de los accionistas, tan así, que en la demanda no se hizo alusión a ello.

Finalmente, la Sala no se pronunciará respecto de los conceptos y montos objeto de condena, toda vez que ninguna de las partes objetó las mismas.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primer grado.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo del demandante.

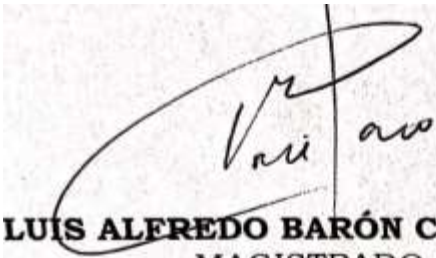
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

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

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

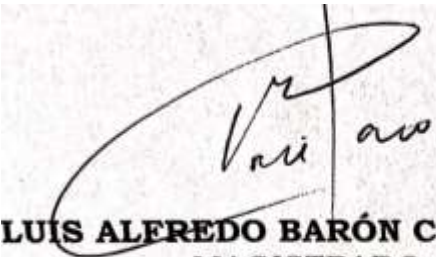


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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 MARIO RAMOS TRIANA contra
FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE
COLOMBIA**

En Bogotá D. C. a los veinticinco (25) días del mes de marzo 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 **MARIO TRIANA RAMOS**, se **condene** a la demandada a reconocer y pagar la reliquidación de la primera mesada pensional de la pensión restringida de jubilación que le fue otorgada, sobre la base salarial de la liquidación de las cesantías definitivas el cual fue de \$165.947,34, con efectividad a partir del 29 de abril de 2011, con los reajustes anuales, junto con el pago de las diferencias pensionales causadas como consecuencia de la reliquidación de la prestación, 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. 2 a 4), señaló que laboró al servicio de los extintos FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA del 23 de junio de 1980 hasta el 15 de octubre de 1991, mediante contrato de trabajo el cual culminó por decisión unilateral del

empleador, quien le canceló las cesantías definitivas sobre un promedio mensual de \$165.548,23 de lo devengado en el último año de servicios, las cuales, posteriormente fueron reliquidadas sobre un salario de \$165.947,34. Sostiene que la accionada le reconoció la pensión sanción a partir del 29 de abril de 2011 en cuantía de \$630.085, sobre un porcentaje del 42.06% del salario promedio que consideró había devengado durante los últimos 12 meses de servicio, sin tener en cuenta todos los factores salariales devengados y cancelados, tales como prima de servicios, reliquidación de primas, vacaciones y bonificación de vacaciones contemplados legal y convencionalmente. Afirma que la entidad tomó como base para liquidar la pensión la suma de \$1.321.478,96 a la que le aplicó los IPC anualmente, dando como resultado un promedio de \$1.497.973,31, para una mesada pensional de \$630.085 al 29 de abril de 2011. Sostiene que si se aplica correctamente la fórmula, daría una mesada pensional de 4714.894,29. Finalmente, aduce que elevó reclamación ante la entidad la cual le fue negada por esta.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

EL FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA contestó la demanda (fls. 49 a 54), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, niega y no le constan los contenidos en los numerales 6, 7, 9, 13 a 17 y 19 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 Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 4 de febrero de 2019 (CD – fl. 85), **negó** las pretensiones de la demanda y la **absolvió** de las mismas a la accionada, **condenó** en costas al demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$800.000 y **declaró** probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro

de lo no debido, ausencia de por la activa en obtener sentencia favorable a sus pretensiones en contra de la entidad.

Fundamentó su decisión, indicando que al momento de reconocerse la prestación al demandante, debió tenerse en cuenta para el cálculo del IBL más allá de si correspondía o no al mismo ingreso base para las cesantías, según la ley 62 de 1985 debió aplicarse el promedio de los salarios devengados por el trabajador en el último año de servicios, tomando únicamente los factores salariales previstos en dicha norma, tal y como lo ha reiterado en diversas ocasiones la Corte Suprema de Justicia y en lo que se refiere a la tasa de reemplazo, esta debió ser la contenida en el artículo 260 del CST. Expone que de esos factores, el accionante solo devengó sueldo básico, dominicales y festivos, prima de antigüedad y horas extras, según la certificación de folios 18 y 24 del plenario, por lo que el IBL calculado con esos factores debidamente indexados correspondía al 29 de abril de 2011 a la suma de \$1.057.422 al cual se le aplica el 42.06%, para una mesada pensional de \$444.751, la cual resulta inferior a la otorgada por el fondo, a lo que el despacho no puede disminuirla en tanto se trata de un derecho adquirido por el actor; de ahí que no haya lugar a la reliquidación solicitada.

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

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión restringida de jubilación que le fue otorgada por la demandada, teniendo en cuenta para ello los factores que sirvieron de base para la liquidación definitiva de cesantías, aplicando una tasa de reemplazo calculada sobre el 80% que correspondía a la percibida por los

pensionados ferroviarios a quienes se les otorgaba la pensión plena de jubilación.

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 1867 del 18 de julio de 2011 (fls. 12 a 17); de donde se colige que al señor MARIO RAMOS TRIANA le fue otorgada la pensión sanción por parte del FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA de conformidad con el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 y el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, en cuantía de \$630.085 a partir del 29 de abril de 2011.

Reliquidación de la pensión sanción

En cuanto a los factores a tener en cuenta para este tipo de pensiones, la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 1706 del 27 de enero de 2016 radicado 61023 y SL 3687 del 29 de agosto de 2018 radicado 56866, esta última, en la que hace alusión a la 38885 del 10 de agosto de 2010, SL 13192 de 2015 y SL 2427 de 2016, al indicar:

“Sin embargo, sobre este puntual aspecto la Sala debe recordar que en reiterada jurisprudencia se ha establecido que los conceptos que sirven de base para liquidar la pensión restringida de jubilación son aquellos que se utilizaron para efectuar los aportes a seguridad social, los cuales se encuentran enlistados en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de ese mismo año, a saber: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio, debidamente incluidos en la liquidación pensional de los actores. Así lo tiene adoctrinado la Corte, entre otras, sentencia CSJ SL, 10 ago. 2010, rad. 38885, en la que se dijo lo siguiente:

Siendo ello así, es evidente que incurrió en el cuarto error que se le enrostra, pues de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 8° la Ley 171 de 1961 y el numeral 4° del Decreto 1848 de 1969, en atención a que la pensión restringida de jubilación reconocida al demandante se causó el 15 de noviembre de 1991, ésta debe liquidarse con relación a la que le habría correspondido en el evento de reunir los requisitos exigidos para gozar de la pensión plena, que para ese momento es la consagrada en la Ley 33 de 1985, la cual dispone en su artículo

1°, que el salario a tener en cuenta es el promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, siendo los factores que lo integran los que se indican en el artículo 3° *ibidem*, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, esto es, la asignación básica; gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En similar sentido, en la providencia CSJ SL13192-2015, se señaló:

[...] Ahora bien, revisadas las pruebas tenidas en cuenta por la Colegiatura para determinar que el salario del demandante al momento de su retiro, fue de \$214.599,54, se observa que dicha suma aparece en el documento de folio 139 del cuaderno del juzgado, efectivamente corresponde a la liquidación final de cesantías, como lo advierte la censura, la cual se efectuó teniendo en cuenta el promedio de lo que devengó durante el último año de servicios, por concepto de salario, sobreremuneración, viáticos, primas de vacaciones, semestral y escolar, y auxilio de almuerzo.

*“Siendo ello así, es evidente que incurrió en el cuarto error que se le enrostra, pues de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 8° la Ley 171 de 1961 y el numeral 4° del Decreto 1848 de 1969, en atención a que la pensión restringida de jubilación reconocida al demandante se causó el 15 de noviembre de 1991, ésta debe liquidarse con relación a la que le habría correspondido en el evento de reunir los requisitos exigidos para gozar de la pensión plena, que para ese momento es la consagrada en la Ley 33 de 1985, la cual dispone en su artículo 1°, que el salario a tener en cuenta es el promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, siendo los factores que lo integran los que se indican en el artículo 3° *Ibidem*, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, esto es, la asignación básica; gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio; por lo que el tercer cargo es fundado en este puntual aspecto y habrá de casarse parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto en ella se determinó como salario promedio al momento del retiro del actor la suma de \$214.599,54. (...).*

Y, en sentencia CSJ SL2427-2016, la Corte puntualizó:

Por último, no está por demás recordar que el IBL de pensión prevista en el art. 8 de la L. 171/61 no se integra con totalidad de pagos salariales entregados al trabajador, sino exclusivamente con los salarios promedio que sirvieron de base para los aportes, los cuales se encuentran enlistados en el art. 3 de la L.33/1985, modificado por el art. 1 de la L. 62/1985, tal y como lo ha asentado esta Corporación en sentencia CSJ SL, 10 ago. 2010, rad. 38885, reiterada recientemente en providencia CSJ SL13192-2015.”

Criterio reiterado por demás, en sentencia SL 2983 de 2019, en la que señaló:

“Pues bien, la posición puesta de presente por el censor, en puridad de verdad, es contraria a lo que tiene adoctrinado de vetusta esta Sala.

Es así como en diversas providencias en las que se ha debatido el mismo tema, en asuntos precisamente en contra del Fondo de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, ha definido que la pensión restringida de jubilación se debe liquidar con los factores que sirvieron de base para hacer los aportes en el último año y que son los expresamente enunciados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 del mismo año.”

Ahora, en tratándose de la tasa de reemplazo, el inciso tercero del artículo 8° de la ley 171 de 1961, dispone:

“La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.” (resaltado de la Sala)

De donde se colige que la pensión sanción o restringida de jubilación contenida en la norma en cita, se calcula con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios, tomando como factores los contenidos en la ley 62 de 1985 y cuya tasa de reemplazo será proporcional a la que le hubiera correspondido en caso de reunir los requisitos establecidos en el artículo 260 del CST (75%), sin que para este último aspecto, tenga incidencia en este caso, que el demandante haya laborado en los extintos FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y que esta tenga un régimen pensional diferente, pues la norma es clara al establecer que es sobre el porcentaje dispuesto en el artículo 260 del CST, que se debe calcular el que le corresponde, según el tiempo de servicios; de ahí que no se pueda obtener sobre una base del 80%, como lo expone en los hechos de la demanda.

Hechas las anteriores presiones, encuentra la Sala que no es dable como lo pretende el actor, reliquidar la prestación con el salario que tomó la entidad para calcular las cesantías definitivas, habida cuenta que se incluyeron factores que no están contemplados en la Ley 62 de 1985.

De suerte que, una vez revisada la liquidación de la pensión efectuada por la accionada en la Resolución 1867 del 18 de julio de 2011 (fls. 12 a 17), se evidencia que la misma tomó como factores para calcular el IBL, los

siguientes: sueldo básico, prima técnica, dominicales, festivos y horas extras, al igual, que dado el tiempo de servicios que data de 11 años, 2 meses y 18 días, le aplicó una tasa de reemplazo del 44.06% calculada sobre el 75%, según lo dispuesto en inciso tercero del artículo 8° de la ley 171 de 1961.

Conforme a ello, es claro que la pensión sanción otorgada por el Fondo al demandante se encuentra ajustada a derecho, en la medida que la misma se liquidó teniendo en cuenta los factores contenidos en la Ley 62 de 1985 y la tasa de reemplazo, como se dijo, se calculó con base en la citada Ley 171 de 1961.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** el proveído de primer grado.

COSTAS

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

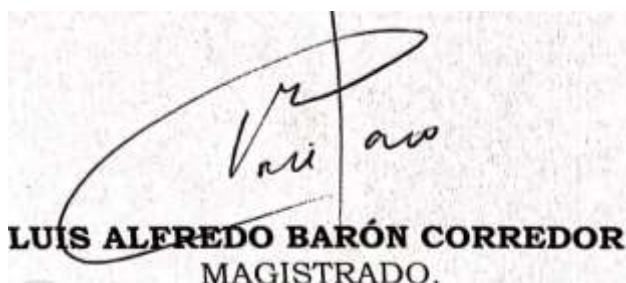
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

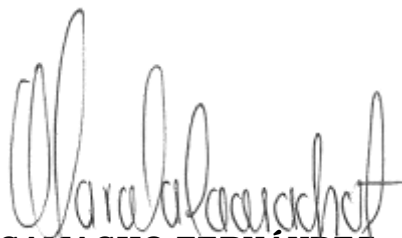
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de consulta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



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 ORLANDO ROBLES CAICEDO contra
CHEVRON PETROLEUM COMPANY**

En Bogotá D. C. a los veinticinco (25) días del mes de marzo 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 **ORLANDO ROBLES CAICEDO**, se **declare** que la demandada obstaculizó su derecho de libre acceso a la administración de justicia, la nulidad del documento denominado acuerdo suscrito el 24 de mayo de 2013, por estar viciado en el consentimiento al negársele la posibilidad de estar asistido por un abogado, la nulidad de la transacción suscrita el 27 de mayo de 2013, la sustitución de patronos a partir del 5 de julio de 1990 o según se demuestre, la existencia de un contrato de trabajo con la demandada desde el 5 de julio de 1990 hasta el 24 de mayo de 2013 y que la relación laboral culminó sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la demandada al pago de todo lo que corresponda a una correcta liquidación de las prestaciones sociales teniendo como soporte el salario real que le correspondía según las horas extras, bonificaciones y otros conceptos, junto con los aportes a la seguridad social, perjuicios morales, materiales, la indexación de las

sumas adeudadas, indemnización por despido injusto, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. Como pretensiones subsidiarias, solicita se **condene** a la accionada al pago de la sanción por no consignación de las cesantías conforme al salario real devengado y la responsabilidad de la empresa por sus problemas de salud (fls. 38, 366 y 367)

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 37, 38, 364 y 365), señaló que se vinculó con SERVIPETROL LTDA el 5 de junio de 1990, siendo sustituida por SALVAGUARDAR LTDA, posteriormente por OMNITEMPUS LTDA, pasando por AYUDA TEMPORAL IAES LTDA esta sustituida por CHEVRON PETROLEUM COMPANY antes TEXAS S.A., para desempeñar el cargo de escolta de personas y bienes de la empresa, por lo que debió exponer su vida en varias oportunidades y laboró hasta el 24 de mayo de 2013. Sostuvo que fue despedido sin dársele la oportunidad de despedirse de sus demás compañeros y superiores, pues fue escoltado hasta la puerta de salida y cuando se le llamó a firmar, la empresa llevaba una preforma que no fue acordada ni discutida. Refiere que laboró tiempo extra lo cual no fue reportado en la liquidación final ni para el pago de las obligaciones laborales. Aduce que se le hizo firmar un acuerdo el 27 de mayo de 2013 sin la presencia de un abogado, además de ser presionado por el abogado de la empresa para que renunciara a los derechos que el correspondían. Menciona que sufrió un daño en su salud como consecuencia de la actividad desempeñada y la sobrecarga laboral, además no pudo tener contacto con su familia durante la vinculación laboral debido al desconocimiento de la jornada. Afirma que en la liquidación final se le hicieron deducciones sobre las cuales no estuvo de acuerdo. Señala que debía laborar 24 horas al día en sitios a donde era enviado. Expone que adquirió la enfermedad diabetes mellitus como consecuencia del alto estrés y tensión laboral. Finalmente, refiere que le hicieron firmar un documento que no fue ante el Ministerio de Trabajo o un Juzgado y que la accionada incumplió las obligaciones que generaba el acta de mutuo acuerdo del 24 de mayo de 2013, además de valerse del trabajo tercerizado para desconocer los derechos laborales.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

CHEVRON PETROLEUM COMPANY contestó la demanda y su reforma (fls. 86 a 107 y 431 a 461), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 2, 11 y 38 y niega, no le constan y manifiesta que son hechos inconclusos los demás. Propuso las excepciones de cosa juzgada, pago, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones, compensación, buena fe y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 7 de noviembre de 2018 (CD – fl. 492), **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas al demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$50.000.

Fundamentó su decisión, indicando que si bien el demandante en la audiencia de que trata el artículo 77 del CGP desconoció los documentos de fecha 24 y 27 de mayo de 2013, lo cierto es que en virtud delo normado en el artículo 272 del CGP, estos no pueden ser desconocidos por quien los suscribió, de ahí que no se acepte el desconocimiento alegado. Señala que no existe en el proceso algún medio de prueba del cual se evidencie que la demandada haya realizado actuaciones que le hayan impedido al accionante acudir a la justicia, máxime si el presente proceso se encuentra en trámite. Sobre la existencia del contrato de trabajo y la sustitución patronal, expone que de la documental allegada se evidencia que el actor no demostró la sustitución patronal alegada, pues se demostró que laboró al servicio de la accionada desde 11 de agosto de 1998 al 24 de mayo de 2013.

Respecto de nulidad de los acuerdos celebrados el 24 y 27 de mayo de 2013, advierte que este tipo de acuerdos celebrados sin la presencia de una autoridad judicial, adquieren la connotación de una transacción como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, quien también ha definido este documento como un acuerdo que se celebra con la finalidad de acabar un litigio o precaver uno futuro, que se caracteriza porque las partes

renuncian a los derechos en disputa y en su lugar, ceden sus aspiraciones recíprocas, siendo un mecanismo alternativo de solución de conflictos. Refiere que revisados los acuerdos en comento, el que data del 24 de mayo de 2013, recayó sobre la terminación por mutuo acuerdo del contrato de trabajo, lo cual no conlleva ningún derecho cierto e indiscutible, siendo esta una forma válida de culminación de las relaciones laborales, mientras que el segundo acuerdo, lo fue sobre las diferencias relacionadas con el salario base utilizado para liquidar las prestaciones sociales, el salario en especie, horas extras, recargos nocturnos, dominicales, festivos y días compensatorios, a lo que la accionada indicó que el trabajo suplementario había sido cancelado conforme la normatividad, sin que tales diferencias constituyan derechos ciertos e indiscutibles, máxime si las horas extras deben estar debidamente acreditadas, lo cual no fue probado por el demandante. Aduce que los citados acuerdos tampoco recaen sobre un objeto y causa ilícita, como tampoco se vieron afectados por un vicio en el consentimiento, sin que la ausencia de un profesional del derecho invalide el acto celebrado de manera libre y voluntaria por las partes, a más, que no comprobó que fuera objeto de alguna clase de coacción que influyera en su consentimiento, sin que el hecho que la empresa le ofreciera dinero, de por cierto que se trató de una coacción en tanto, la persona podía o no aceptarlo, como tampoco afecta su validez el hecho que el documento haya sido elaborado y suscrito en las instalaciones de la compañía; luego afirma, no se encuentra probado que los mencionados acuerdos se vean afectados en su validez por la existencia de un vicio en el consentimiento y tampoco, que se encontrara en desacuerdo con ellos en el momento en que los suscribió, máxime si la suma de dinero ofrecida por la accionada no fue rechazada por él, de ahí que considere, no haya lugar a declarar la nulidad solicitada.

Sobre las condenas solicitadas, sostiene que la transacción tiene efectos de cosa juzgada, por lo que los acuerdos suscritos entre las partes surtieron tales efectos, como quiera que no se demostró que estos estuvieran afectados por algún vicio en el consentimiento o versaran sobre derechos ciertos e indiscutibles, de ahí que no pueda pronunciarse sobre los aspectos trasados tales como la forma de culminación del vínculo, y el

pago de los emolumentos relacionados con el trabajo suplementario y reliquidación de prestaciones sociales.

En cuanto a la reliquidación de los aportes a la seguridad social con el salario realmente devengado, indica que en el presente asunto no se discute el pago de los mismos, sin que el actor demostrar cual era el salario sobre el cual se debió efectuar el aporte, máxime si, como se dijo, no se acreditó de manera fehaciente, el número de horas extras laboradas y menos aún, si recibió algún tipo de bonificación que constituyera salario.

En lo atinente a los perjuicios, si bien se probó que el accionante padece de diabetes, no se demostró que la misma se causara con ocasión y como consecuencia de las labores realizadas, por lo que manifiesta, no hay lugar a imponer condena alguna al respecto.

Finalmente, menciona que haciendo uso de las facultades ultra y extra petita, se debe analizar si al momento de la culminación del vínculo, el accionante gozaba de estabilidad laboral reforzada, señalando al respecto que si bien el actor padecía de diabetes, lo cierto es que no se acreditó que al finiquitar el vínculo, iniciara alguna acción de tutela tendiente a proteger su estado, como tampoco acudió al juez en un tiempo razonable como para inferir que se encontraba con una afectación grave en su salud, al punto que en el interrogatorio señaló que se encuentra laborando, lo que implica que no existen derechos fundamentales vulnerados en relación a una posible estabilidad laboral reforzada, la cual no estudia de fondo, por cuanto no fue solicitada en la demanda.

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

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si existió una sustitución patronal y en caso afirmativo, determinar si la relación laboral que unió a las partes data del 5 de junio de 1990. Así mismo, se analizará si los acuerdos suscritos el 24 y 27 de mayo de 2013, son nulos por no haberse celebrado ante autoridad competente y sin la presencia de un profesional del derecho que asesorara al actor y en caso afirmativo, establecer si procede la reliquidación de las prestaciones sociales y aportes a la seguridad social teniendo en cuenta el salario realmente devengado, es decir, con la inclusión de horas extras y bonificaciones. De otro lado, también se estudiará si la enfermedad que padece el actor devino como consecuencia del estrés y tensión laboral que afirma padeció, junto con los respectivos perjuicios. Finalmente, en caso de no proceder las pretensiones principales, se analizará si procede la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo teniendo en cuenta el salario realmente devengado.

En cuanto a la estabilidad laboral reforzada estudiada por el a quo de en uso de las facultades ultra y extra petita, la Sala no se pronunciará al respecto, pues si bien se está frente al grado jurisdiccional a favor del trabajador, lo cierto es que tal y como lo manifestó el juzgador de primer grado, este pedimento no fue solicitado en la demanda y menos aún, fue un hecho discutido en el proceso, al punto que en el trámite de este, nada se dijo al respecto ni fue alegado por el demandante incluso en la reforma de la demanda; luego no podía el juez hacer uso de dicha facultad en tanto no se daban los presupuestos para ello.

Sustitución patronal - Contrato de trabajo

Alega el demandante, que se vinculó con SERVIPETROL LTDA el 5 de junio de 1990, siendo sustituida por SALVAGUARDAR LTDA, posteriormente por OMNITEMPUS LTDA, pasando por AYUDA TEMPORAL IAES LTDA esta sustituida por CHEVRON PETROLEUM COMPANY antes TEXAS S.A., para desempeñar el cargo de escolta de personas y bienes de la empresa.

Al respecto, se observa que a folio 461 obra acta de conciliación suscrita el 2 de febrero de 1995 entre el demandante, SALVAGUARDAR LTDA, SERVIPETROL LTDA y TEXAS PETROLEUM COMPANY, en el que el trabajador declara a paz y salvo a las empresas en mención, por concepto de salarios, prestaciones sociales, horas extras, recargos nocturnos, vacaciones, compensatorios, trabajo en dominicales y festivos, dotación, arrendamiento, nivelación y cualquier otra acreencia de orden extralegal que le hubiere podido corresponder con las empresas SALVAGUARDAR LTDA y SERVIPETROL LTDA, durante su permanencia en ellas y a TEXAS PETROLEUM COMPANY por el periodo asignado a esta en virtud de los contratos de prestación de servicios suscritos entre aquellas y ésta última.

De donde se colige, que todas las diferencias que hayan podido surgir entre el actor y dichas empresas durante su vinculación a estas, quedaron zanjadas con la conciliación en comento.

Aunado a ello tampoco es dable como lo pretende el accionante, hablar de una posible sustitución patronal con dichas empresas, pues del citado documento se desprende que el actor estuvo vinculado a TEXAS PETROLEUM COMPANY hoy CHEVRON PETROLEUM COMPANY hasta febrero de 1995, en virtud de los contratos de prestación de servicios suscritos entre esta, SALVAGUARDAR LTDA y SERVIPETROL LTDA; figura que difiere de la sustitución alegada, pues se trata de vinculaciones diferentes a un contrato de trabajo, las cuales, sean de paso advertir, no fueron objeto de debate en el proceso.

De otro lado, en lo que se refiere a OMNITEMPUS LTDA y AYUDA TEMPORAL IAES LTDA, no se allegó por parte del demandante, documentos alguno que demuestre bajo qué condiciones estuvo vinculado a estas y de las cuales se infiera alguna relación con la aquí demandada, como tampoco, el cargo que pudo desempeñar, además de las funciones y si bien a folios 410 a 414, aparece reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES donde aparecen aportes a través de OMNITEMPUS LTDA por el periodo comprendido entre el 1° de julio de 1996 y el 1° de julio de 1998, lo cierto es que tal circunstancia no prueba si quiera sumariamente, la existencia de una sustitución patronal con la accionada y menos aún,

que tipo de contrato tenía el actor con aquella y la relación que pudieron tener ambas empresas.

Finalmente, en lo que se refiere a CHEVRON PETROLEUM COMPANY, de la documental de folios 108 a 114, se desprende que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 11 de agosto de 1998 hasta el 24 de mayo de 2013, en el que el demandante desempeñó como último cargo el de SECURITY TECHNICIAN, con un salario de básico de \$3.056.506; de ahí que sea ésta la única relación laboral que existió entre las partes.

Nulidad del acta de mutuo acuerdo y transacción

Refiere el demandante que tanto el acta de mutuo acuerdo suscrita con la demandada el 24 de mayo de 2013 como la transacción del 27 de mayo de la misma anualidad, son nulas por estar viciado su consentimiento, debido a que al momento de suscribirlas no estaba acompañado de un abogado, como tampoco fueron celebradas ante autoridad competente y el formato que las contenía, fue elaborado por la empresa, sin que le diera la oportunidad de estudiar y refutar el mismo.

Al respecto, se tiene que el 24 de mayo de 2013 (fls. 108), las partes suscribieron un acta de mutuo acuerdo, en la que convinieron dar por terminado el contrato de trabajo por mutuo acuerdo a partir de dicha fecha y que para solucionar las diferencias y que puedan surgir en virtud de la relación laboral, la empresa le otorgaría además de unos beneficios en salud y educación, la suma de \$96.512.960.

En igual sentido, el 27 de mayo de 2013 suscribieron un acta de transacción en la que ratifican lo acordado en el documento anterior, además de confirmar el trabajador los descuentos efectuados sobre la liquidación final, como también declaró totalmente a paz y salvo a la compañía por todo concepto de carácter laboral, tales como salarios, recargos a los mismos, trabajo en dominicales y festivos, descansos compensatorios, cesantías, intereses a las mismas, indemnizaciones de cualquier naturaleza, primas de servicio, vacaciones, factores salariales y cualquier otro derecho derivado del contrato de trabajo.

Conforme a ello, sea lo primero indicar que lo referidos actos no lesionan derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, pues en ellos no se observa que haya renunciado a ninguno de los emolumentos que por ley, tiene derecho dada la relación laboral que existió entre ellos, máxime si de la liquidación final de prestaciones sociales (fls. 112 y 113), se desprende que además de la suma objeto de transacción, le fueron canceladas las prestaciones sociales a que tenía derecho a la finalización de vínculo, además de los aportes al sistema de seguridad social integral (fls. 142 a 159).

Ahora en cuanto a la definición de transacción, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 5032 de 2020, indicó:

“Sea lo primero señalar que el artículo 2469 del CC define la transacción como «un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual» y dispone que «no es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa».

En dicho sentido, tal y como lo ha expuesto la Corte, la transacción es un mecanismo legítimo para precaver o finalizar un conflicto entre las partes, que hace tránsito a cosa juzgada y surte plenos efectos, la cual resulta válida, conforme se dijo en decisión AL3608-2017, cuando: i) exista un litigio pendiente o eventual (artículo 2469 CC), ii) no se trate de derechos ciertos e indiscutibles (artículo 15 CST), iii) la manifestación expresa de la voluntad de los contratantes esté exenta de vicios, y si se pacta mediante representante judicial, este debe estar facultado para transigir el litigio pendiente o eventual y, iv) que hayan concesiones mutuas o recíprocas.

De ahí que, ese tipo de acuerdo es un mecanismo legítimo que se celebra con la finalidad de acabar un litigio o precaver uno futuro, cuyas características se sustentan en que las partes renuncian a los derechos en disputa y, en su lugar, ceden en sus aspiraciones, siendo, por lo tanto, un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que hace tránsito a cosa juzgada y surte plenos efectos, siempre y cuando no esté afectada por algún vicio en el consentimiento, su objeto y causa sean lícitos, y no desconozca derechos mínimos, ciertos e indiscutibles.”

De otro lado, respecto que el citado documento no se haya celebrado ante una autoridad judicial, dicha Corporación en proveído SL 2503 de 2017, puntualizó:

“Aunado a lo anterior, también ha explicado esta Corporación que la consecuencia de que una «conciliación laboral» no esté suscrita o aprobada por el respectivo funcionario competente -que la autorice como garantía de protección de los derechos ciertos e indiscutibles-, consiste en que dicho

acuerdo adquiere la connotación de una transacción que no requiere para su validez -como lo pretenden los recurrentes-, del aval de la autoridad competente, pues basta que esa manifestación de voluntad de las partes se haga en forma consiente y libre de apremio, y no vulnere derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, para que aquella surta sus plenos efectos legales (CSJ SL 4 jun. 2008, rad. 33086)."

Luego es claro, contrario a lo señalado por el demandante, que una transacción para que sea válida, no requiere del aval de la autoridad competente, en tanto tal requisito data para la conciliación, la cual, difiere de la transacción; esta última que como se indicó en precedencia, solo necesita la manifestación de voluntad libre de apremio y que no recaiga sobre derechos ciertos e indiscutibles.

Aunado a ello, en lo que se refiere a que las transacciones fueron elaboradas por la empresa, en la sentencia enunciada en precedencia¹, la Corte, señaló:

"Sobre el particular, basta traer a colación lo que en otras oportunidades ha reiterado esta Corporación, en el sentido de que «El hecho de que el mencionado documento fuera elaborado por la demandada, no deja sin valor ni efectos jurídicos el consentimiento puro y simple del actor expresado allí. Ni es tampoco una circunstancia inequívoca con la que se permita arribar a la conclusión de que el acuerdo estuvo viciado por error, fuerza o dolo» (CSJ SL, 4 abr. 2006 rad. 26071).

En ese sentido el acuerdo de voluntades, es válido y carente de cualquier vicio del consentimiento y, por tanto, no fue erróneamente apreciado, máxime que esta Sala ha sido enfática en señalar que no existe prohibición alguna que impida a los empleadores promover planes de retiro compensados, ni ofrecer a sus trabajadores sumas de dinero a título de bonificación, por ejemplo por reestructuración, sin que ello, por sí solo, constituya un mecanismo de coacción, pues tales propuestas son legítimas en la medida en que el trabajador está en libertad de aceptarlas o rechazarlas, e incluso formularle al patrono ofertas distintas, que de igual forma pueden ser aprobadas o desestimadas por este.

Por lo que no es dable calificar ni unas ni otras como presiones indebidas por parte de quien las propone, pues debe entenderse que dichas ofertas son un medio idóneo, legal y muchas veces conveniente de rescindir los contratos de trabajo y zanjar las diferencias que puedan presentarse en el desarrollo de las relaciones laborales (CSJ SL, 7 jul. 2009, rad. 36.728).

Por lo demás, el sentenciador advirtió que el hecho de recibir una determinada suma de dinero no implicaba per se, que se hubiere viciado el consentimiento del empleado, ya que la oferta no significaba imperativo alguno para este, es decir, que los actores podían rehusar el ofrecimiento,

¹ SL 2503 de 2017

conclusión que esta Corporación ha avalado en diferentes pronunciamientos y que, valga la pena señalar, el censor no rebatió.”

Así mismo, debe precisarse que la transacción no requiere solemnidad alguna, como lo señaló el alto tribunal en sentencia 50538 de 2016, a saber:

“De otra parte, en relación a la solemnidad del acto, es suficiente el acuerdo de voluntades para su perfeccionamiento, y a su vez, no es necesario que se celebre de modo especial un contrato que indispensablemente lleve el nombre de contrato de transacción, en razón a que dicho convenio puede pactarse y existir, cumpliendo los requisitos legales del mismo.”

De suerte, que no sea necesario que el trabajador este acompañado de un abogado como lo expone el accionante, para suscribir la transacción, toda vez que basta únicamente el acuerdo de voluntades de las partes para su celebración, además que verse sobre un objeto y causa lícita, aspectos estos últimos sobre los cuales, el actor no hizo mención alguna en el libelo demandatorio.

Con todo ello, concluye la Sala que el demandante no probó que el acuerdo celebrado el 24 de mayo de 2013 y la transacción del 27 de mayo de la misma anualidad, sean nulas, por el contrario, se demostró que las mismas cumplieron con todos los requisitos exigidos por la Ley y la jurisprudencia para su validez, habida cuenta que no lesionan derechos ciertos e indiscutibles y contó con la voluntad de las partes, máxime si no se acreditó que el accionante al momento de suscribirla presentara reparo alguno al respecto.

Refuerza lo anterior, el hecho que tampoco se evidencia la existencia de un vicio en el consentimiento, esto es, error, fuerza y dolo, en tanto el accionante no manifestó ni probó, que la empresa lo haya obligado, amenazado o utilizado la fuerza para que suscribiera el acuerdo y la transacción, pues sus reparos se centraron únicamente en los aspectos estudiados en precedencia.

Así las cosas, al gozar de validez tales documentos, tienen efectos de cosa juzgada, como lo dispone el artículo 2483 del C.C y como lo reseñó la Corte, en proveído 53793 de 2017, al indicar:

“A propósito, la Sala de Casación Civil estableció que los efectos de la transacción son: i) el cambio de una relación jurídica incierta, en otra que se caracteriza por la perfecta definición de los elementos que la conforman y de sus alcances, y ii) la terminación de un proceso judicial, o si no se ha dado el mismo, la imposibilidad de los contratantes, de llevar al órgano jurisdiccional su desacuerdo.”

Bajo ese entendido, respecto a la reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones teniendo en cuenta el salario realmente devengado y que, según el accionante, comprendía las horas extras y bonificaciones; la Sala no se pronunciará al respecto, como quiera que tales aspectos fueron objeto de transacción que, como se dijo, tiene efectos de cosa juzgada.

Lo mismo sucede con la indemnización por despido injusto, máxime si las partes en el acuerdo del 24 de mayo de 2013, dispusieron que el vínculo laboral finalizaría por mutuo acuerdo entre ellas.

Aportes a la seguridad social

Pide el demandante, se condene a la demandada al pago de los aportes a seguridad social, dependiendo el salario real que se pruebe, a lo que en los hechos de la demanda, manifiesta que la accionada no tuvo en cuenta como salario para realizar las cotizaciones, el trabajo suplementario.

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencia 45931 del 22 de junio de 2016, 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.”

Bajo ese entendido, se tiene que a folios 241 a 362 obran planillas de “*sobretiempo*”, en las cuales se evidencia las horas extras, dominicales, festivos y recargos nocturnos laborados el demandante de abril de 2008 a abril de 2013, los cuales, según los comprobantes y reportes de nómina de folios 118 a 141 y 160 a 220, le fueron cancelados además de efectuarse el descuento y pago por concepto de seguridad social, sobre el salario devengado cada mes, incluido el trabajo suplementario, pues así se desprende de las planillas de folios 142 a 159

De suerte que, sí el accionante consideraba que el trabajo suplementario correspondía a más horas de la reportadas y pagadas por el empleador, así debió probarlo en virtud de lo normado en el artículo 167 del CGP, pues afirmar no es probar y era a él a quien le correspondía probar los supuestos de hecho planteados en la demanda sobre ese aspecto; de ahí que sobre ese tópico no haya lugar a imponer condena alguna al respecto.

Perjuicios morales y materiales

Solicita el demandante se condene a la demandada al pago de los perjuicios morales y materiales, causados por la sobrecarga laboral a la que fue sometido por la accionada.

De plano, observa la Sala que dicha pretensión no está llamada a prosperar, toda vez que el actor no demostró que haya sido sometido a una sobrecarga en su trabajo que le causara algún perjuicio, pues si bien refiere que dadas las jornadas de trabajo no podía ver a su familia, además que laboraba todos los días, lo cierto es que tales aspectos no fueron probados, pues solo se parte de lo dicho por el actor en los hechos de la demanda, de ahí, que de acuerdo a lo establecido en el citado artículo 167 del CGP, como se dijo en el acápite anterior, le correspondía él probar tal situación.

Pretensiones subsidiarias

Sanción por no consignación de las cesantías a un fondo

Indica el demandante, que la demandada no le cancelo las cesantías con base en el salario realmente devengado.

Como se dijo en apartes anteriores, se probó que la demandada le canceló las horas extras trabajadas por el demandante al igual, que de la liquidación final de prestaciones sociales (fls. 112 y 113), se desprende que las prestaciones sociales incluidas las cesantías, le fueron canceladas con base en el salario básico incluido el trabajo suplementario, lo cual se corrobora también con los desprendibles y reportes de nómina de folios 118 a 141 y 160 a 220, sin que el actor, se itera, haya probado que devengara un salario superior al que tuvo en cuenta la accionada para liquidar las cesantías demás acreencias laborales.

Responsabilidad por las afectaciones de salud

Al respecto, se tiene que según la documental de folios 416 a 425, el actor padece de diabetes mellitus, así mismo, se denota una valoración por medicina ocupacional en septiembre de 2012 y un ingreso por urgencias en abril de 2009, en los que se le dan una serie de recomendaciones, al igual que se le formulan medicamentos por presentar diabetes descompensada, señalando en las últimas de las historias que el accionante no es consciente de la enfermedad que padece y que la misma no ha sido controlada; lo que denota que su ingreso y valoración para esa época, devinieron por el descuido del actor en su estado de salud, sin que en tal documental se haga alusión a que su enfermedad se deba por estrés laboral, por el contrario, el ingreso a urgencias que data de 2009, lo fue por una infección urinaria en la que se le hizo la manifestación expuesta en precedencia.

Ahora, si bien en la historia clínica de folio 415, refiere estrés laboral, lo cierto es que esa atención data del 7 de octubre de 2016, es decir, 3 años después de culminar el vínculo con la demandada y en la que además, se dijo que llevaba una semana sin aplicarse insulina, que padece de sedentarismo crónico, consume alimentos fuera del trabajo y

que la diabetes no ha sido controlada hace dos años; luego no es dable, endilgarle responsabilidad alguna a la demandada por la enfermedad del actor cuando las recaídas que ha tenido, han sido por descuido de él, sumado al hecho que el estrés al que hace referencia en esta última, no lo fue encontrándose al servicio de la empresa, pues como se dijo, llevaba más de 3 años desvinculado de esta.

Así las cosas y sin más consideraciones, habrá de **CONFIRMARSE** la decisión de primera instancia.

COSTAS

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

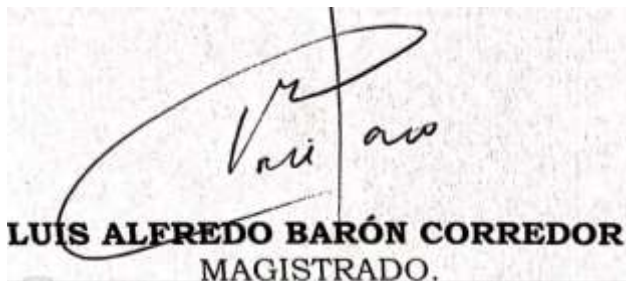
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de consulta, por 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



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 – JUAN CARLOS BASTO RUBIO contra ASESORES EN DERECHO SAS, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., 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 veinticinco (25) días del mes de marzo 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 CARLOS BASTO RUBIO**, 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 PORVENIR, 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 o devolución de saldos, 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. 2).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 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 26 de junio de 1985 hasta el 17 de febrero de 1992, 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 ingeniero electricista, devengando un salario en dólares de US 1.887,79, equivalente a \$65.190 pesos colombianos. Señala que se encuentra afiliado a PORVENIR con quien ha cotizado alrededor de 1270 semanas. Finalmente, aduce que elevó reclamación ante las accionadas.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO contestó el introductorio (fls. 555 a 566), oponiéndose a sus pretensiones. Respecto a los hechos, no le constan en su totalidad. Presentó las excepciones de mérito de inexistencia de obligación alguna por las pretensiones de la demanda, falta de legitimación en la causa respecto de la parte pasiva, y prescripción.

FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, contestó el libelo (fls. 579 a 603), oponiéndose a las pretensiones de este. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1.26, 1.27, 1.30, 1.35, 1.37, 1.40 a 1.45 y 3.32 y no le constan los demás. Formuló la excepción de fondo de inexistencia de la obligación.

PORVENIR no se opone ni se allana respecto de las pretensiones relacionadas con el cálculo actuarial, salvo las que tienen que ver con los perjuicios e intereses, sobre las cuales mostró oposición (fls. 683 a 707). En cuanto a los hechos, acepta el contenido en el numeral 3.27 y niega y no le constan los demás. Presentó las excepciones de fondo de falta de causa en las pretensiones de la demanda, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, ausencia efectiva de daño e inexistencia del daño alegado.

FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ contestó la demanda (fls. 810 a 840), en la que se opuso a las pretensiones de esta. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1.1 a 1.13, 1.19, 1.20, 1.25, 1.26, 1.29, 1.32 a 1.36, 1.39 a 2.2, 2.6 a 2.8, 2.10, 2.12, 2.14, 2.15 y 3.30 y niega y no le constan los demás. Como excepción de fondo propuso la de ausencia de responsabilidad subsidiaria en cabeza de la Federación.

Finalmente, **ASESORES EN DERECHO SAS** mandataria con representación con cargo al PANFLOTA contestó el introductorio (fls. 1389 a 1415), oponiéndose a las pretensiones de este. Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1.11, 1.20, 1.27, 1.29, 1.30, 1.34,

2.8, 3.2, 3.3, 3.5, 3.6, 3.27, 3.31 y 3.35 y niega y no le constan los demás. Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación para proteger el derecho amparado por la sentencia proferida por el Consejo de Estado, inexistencia de la obligación, imposibilidad legal y jurídica para reconocer el cálculo actuarial y/o bono pensional del demandante, prescripción, buena fe y oposición a la codena de costas y los presuntos perjuicios irrogados al demandante.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 28 de septiembre de 2018 (CD – fl. 1474), **condenó** a FIDUPREVIOIRA S.A. vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, ASESORES EN DERECHO SAS mandataria con representación a cargo de PANFLOTA y de manera subsidiaria a la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ a trasladar con base en el cálculo actuarial elaborado por PORVENIR para el periodo comprendido entre el 23 de junio de 1985 y el 27 de agosto de 1990, teniendo en cuenta como salario la suma de US 1.717,84 dólares los cuales deberán convertirse en pesos al momento en que se realice el cálculo, **absolvió** a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda, **declaró** probada la excepción de falta de legitimación en la causa propuesta por la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y **condenó** en costas a las demandadas.

Fundamentó su decisión, indicando que si bien la afiliación para los riesgos de IVM del personal del mar se produjo a partir de la expedición del decreto 03296 del 2 de agosto de 1990, ello no significa que la obligación de realizar los aportes haya quedado condicionada en el tiempo, en tanto lo que se prorrogó fue que las cotizaciones se trasladaran al ISS. Expone que en reiterada jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia ha señalado el deber de los empleadores de aprovisionar los recursos necesarios para los derechos pensionales, pese a que no tuviera la obligación de afiliar a los trabajadores. Indica que en el presente caso durante el periodo comprendido entre el 26 de junio de 1985 y el 27 de agosto de 1990, la extinta Flota Mercante tenía la obligación de pagar el capital

correspondiente al tiempo dejado de cotizar y trasladarlo al instituto, lo cual no aconteció, por lo que debe responder con el traslado a la entidad pensional del valor del cálculo actuarial. Señala que a partir del 28 de agosto de 1990, el accionante fue afiliado al extinto ISS, por lo que para dicha data la Flota Mercante subrogó al Instituto en los riesgos de IVM. Aduce que mediante resolución 157 del 15 de octubre de 2015, la demandada ASESORES EN DERECHO SAS da cumplimiento al fallo de tutela proferido el 7 de mayo de 2015 por el Consejo de Estado, en el que amparó como mecanismo transitorio el derecho a la seguridad social del demandante ordenando el pago del cálculo que aquí se deprecia, a lo que dicha entidad en el citado acto administrativo, le ordena a PANFLOTA solicite a la Federación los recursos para el bono pensional el cual ascendió a \$460.416.176. Menciona que como lo indicó la Superintendencia de sociedades en el proceso de liquidación, además de lo decido por la Corte Constitucional en sentencia SU 1023 del 2001, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, es responsable subsidiaria respecto de las obligaciones de la FLOTA MERCANTE, por lo que ordenará a FIDUPREVISORA, ASESORES EN DERECHO SAS y subsidiariamente a LA FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS a trasladar con base en el cálculo actuarial elaborado y actualizado por PORVENIR, las cotizaciones por el periodo comprendido entre el 26 de junio de 1985 y el 27 de agosto de 1990, teniendo en cuenta el último salario devengado a agosto de 1990, habida cuenta que la corte ha señalado que en estos casos se debe tener en cuenta el último salario devengado, el cual en el caso del accionante, ha de tomarse el certificado por la empresa para agosto de 1990 como aparece en la hoja de vida y que comprende, salario, prima de antigüedad, sobre remuneración y alimentación y en lo que respecta a los conceptos relacionados por el demandante tales como primas legales, viáticos nacionales e internacionales y suplementarios, no se encontró acreditado que para el mes de agosto de 1990, hubiese recibido suma alguna por dicho concepto, estableciendo como salario la suma de US 1.717,84 dólares, los cuales deben ser convertidos en pesos colombianos al momento en que se realice el respectivo cálculo actuarial. Finalmente, en lo que tiene que ver con los perjuicios solicitados, indica que no se demostró que se hubieren causado.

APELACIÓN

El demandante interpuso recurso de apelación, respecto al salario, manifestando que al revisar el acta de liquidación final se establece claramente que el 8.33% es salario, sin embargo, la empresa no lo cotizaba mensualmente sino semestral e independientemente de eso, el seguro social multó a la empresa por no efectuar aportes sobre las primas extralegales de servicio, al cual si es salario ya que por el contrario, tendrían que tomarse tres salarios que son extralegales, pues si se revisan las liquidaciones, como la empresa no efectuaba aportes, no lo hizo mes a mes y basta con revisar las sabanas semestre a semestre y ahí está establecido el valor de la prima y sobre esta se hacían las retenciones de ley. Señala que fue la Corte quien determinó solamente el 8.33%, por lo que si se revisa la convención colectiva en el tema de las primas extralegales, se dice que va a devengar dos salarios en junio y dos en diciembre, pero en ninguna parte no dice que sea salario, por lo que debe aplicarse la presunción de que es salario. Expone que en la hoja de vida están contemplados los valores que devengó, por lo que considera que las primas y los viáticos, estos últimos que no sabe si exactamente para el mes de agosto los devengó, pero la cláusula quinta del contrato si establece que es salario el 75%, pero como varió en los últimos 3 meses, no solo por la prima legal sino también por la sobre remuneración, de ahí que el salario que se deba tomar sea el del promedio del último año, como aparece en la liquidación.

ASESORES EN DERECHO SAS mandataria con representación a cargo del patrimonio PANFLOTA apeló la decisión, señalando que no es de su competencia el traslado del valor del cálculo actuarial, toda vez que fue voluntad del juez del concurso ordenar al liquidador de la compañía nombrar a un mandatario con cargo al patrimonio autónomo para efectos de atender única y exclusivamente las solicitudes y trámites pensionales de los extrabajadores, para lo cual se reabrió el proceso de liquidación, de ahí que única y exclusivamente tenga la obligación de realizar el acto administrativo relacionado con el reconocimiento que se está haciendo en la sentencia si no fuera revocada, siendo el pago asumido por PANFLOTA una vez se giren os recursos por parte de la federación, como así lo indicó la sentencia SU 1023

de 2001, sin que sea responsabilidad del mandatorio el pago de mesadas o el traslado de dineros. Respecto al cálculo actuarial, expone que no existió omisión, por cuanto si bien hubo una tardanza en la afiliación del trabajador, lo cierto es que esta se subsanó el 28 de agosto de 1992, lo cual no fue tenido en cuenta, máxime si el contrato finalizó el 17 de febrero de 1992. Indica que la ley 90 de 1946 solo obligaba al empleador a realizar una reserva o provisión con el propósito de realizar los aportes al sistema de seguridad social y dicha reserva solo correspondería al reclamo de cotizaciones indexadas de las cuales se deben descontar los porcentajes que corresponden cotizar al trabajador, es decir, el 25%, atendido los principios rectores del sistema de seguridad social en pensiones, por lo que si en gracia de discusión se mantiene la condena se debe hacer conforme los porcentajes dispuestos por el trabajador. Finalmente, aduce que se opone a la condena en costas, como quiera que su responsabilidad es limitada, por cuanto no sumen gastos derivados de los actos administrativos y por ende, estas deben ser impuestas al patrimonio autónomo.

Por su parte, **FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del patrimonio PANFLOTA, apeló la decisión**, señalando que las cláusulas del contrato de fiducia no obligan al reconocimiento pensional como se pretende, pues ha venido cumpliendo con el objeto del contrato. Sostiene que no es el responsable principal, pues ello le corresponde a la federación por ser la matriz, tal y como lo indicó la Superintendencia de sociedades al señalar que las obligaciones dinerarias están a cargo dicha entidad y que en ningún momento se le trasladarán a ella, como también indicó que la federación debe depositar los dineros para el cumplimiento del pago de mesadas pensionales, de ahí que no sea el responsable principal del pago de esas obligaciones y no ella, por lo que afirma, no debió ser condenada. Menciona que para la época en que trabajó el actor, el empleador no estaba obligado a realizar los aportes, en tanto ello surgió con posterioridad a la constitución, pues antes de esta no existía una posición unificada de la corte y por ende, un precedente obligatorio y el que existe a la fecha, se está aplicando de manera retroactiva, ya que el empleador para esa época actuó de buena fe y sometido bajo el principio de la confianza legítima, sin que pudiera prever esos cambios jurisprudenciales, condicionando a un empleador que actuó de

buena fe; luego el Tribunal no debe acoger ese criterio con el fin de respetar esos principios válidos para el empleador para esa época.

Finalmente, la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ apeló la sentencia de primer grado**, indicando que el artículo 33 de la ley 100 de 1993, sigue vigente y tan es así, que su constitucionalidad ha sido estudiada en dos ocasiones por la sala plena de la Corte Constitucional y por ende la interpretación que debe dársele es que la obligación del cálculo actuarial únicamente existe respecto de aquellos trabajadores que se encontraran vinculados a la fecha de la entrada en vigencia de la ley 100 y no para los que como en el presente caso, se desvincularon con varios años de antelación a la entrada en vigencia de esta disposición. Expone que la Corte Constitucional en auto de marzo de 2018, manifestó que existen tres posiciones vigentes al interior de esa corporación, en las que las diferentes salas no se han puesto de acuerdo respecto a la existencia de la obligación de aprovisionar o no y que en un futuro la Sala Plena, deberá resolver si existe o no la obligación y en caso que esta no exista, dilucidar que sanciones aplicaría y en qué casos, si habría lugar a reconocer el valor de los cálculos actuariales, títulos pensionales por omisión o bono pensional. Menciona que el precedente que se debe aplicar en caso que se considere que habría o no obligación es el contenido en las sentencias C 435 de 2014, C 543 de 2015 y T 194 de 2017, esto es, que se debe reconocer únicamente el monto mínimo necesario para que la persona pueda acceder al derecho pensional y en este caso, lo que correspondería sería determinar si con base en el capital obrante en la cuenta de ahorro individual que posee el actor, existe o no el capital suficiente para financiar una pensión por lo menos de un salario mínimo legal mensual vigente y en caso de existir, no existiría el derecho al pago de esta obligación, en tanto el derecho fundamental no son los aportes sino la pensión el cual se encontraría garantizado con las sumas que se encuentran en la cuenta y en caso de faltar, esos acuerdos se deberían liquidar con base en el salario mínimo legal mensual vigente de la época o en su defecto, se debería ordenar el pago de los aportes indexados lo cual estaría acorde con la obligación.

Sostiene que si lo que se pretende aplicar es la Ley 90 de 1946 para indicar que si existía obligación de aprovisionamiento, careciendo de lógica pretender argumentar que lo que dijo dicha ley era provisionar lo que le correspondía al trabajador y empleador y el valor de la cotización para el año 2018, sin que el empleador pudiera adivinar en el año 1990 cuanto debía corresponder para 2018 y provisionar cerca del 18% del IBL de trabajador, lo cual resulta abiertamente inconstitucional; luego si existió el deber de aprovisionamiento, lo que se debió existir fue el deber de aprovisionar los aportes los cuales se deberían entregar de manera indexada, sin que sea dable que PORVENIR liquide el cálculo con base en el decreto 1887, pues si se pretende inaplicar el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 que contiene la limitación respecto de los trabajadores vinculados antes de su vigencia, mal se podría aplicar el decreto que reglamenta el mismo y bajo ese entendido, al no existir norma anterior no se puede liquidar con base en el salario del último año sino con base en el salario para cada uno de los periodos en los que supuestamente se omitió la obligación y con base en el porcentaje de cotización para el lapso correspondiente descontando el porcentaje que debía asumir el trabajador.

Indica que existe una indebida aplicación del artículo 148 de la ley 222 de 1995, concretamente del párrafo, pues el mismo no lleva a la presunción de la totalidad de los elementos constitutivos de la responsabilidad subsidiaria, sino únicamente uno de ellos es decir, en caso que se partiera de que si realmente existe la situación de matriz y controlante, lo que se presumiría o la presunción legal o de hecho que habría, sería únicamente respecto de que la situación de concordato se produjo en razón a esa condición y no respecto a los dos elementos faltantes, es decir, que la situación de insolvencia se produjo en beneficio de la controlante y en perjuicio de la controlada, circunstancias que por supuesto no se encuentran demostradas, además que no se valoraron las pruebas aportadas, tales como el dictamen pericial en el que se hace alusión a que la situación de insolvencia de la Flota Mercante, se dio por hechos externos y ajenos a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, circunstancias tales como la eliminación de la reserva de carga, la eliminación al impuesto de renta, sumado a unos años en que se veía que la Flota no estaba siendo rentable, sin que tuviera relación alguna o

directa con ello, la actuación de la Federación como administradora del Fondo Nacional del Café y bajo ese entendido, la actuación de la Federación se da única y exclusivamente en los términos del contrato de administración suscrito para la administración del Fondo Nacional del Café, cuenta especial de naturaleza parafiscal de titularidad del Ministerio de Hacienda y en los términos de la ley, en esos términos mal se podría decir que la Federación como administradora de un Fondo sin personería jurídica, es la matriz o controlante de cualquier inversión de este fondo o en este caso concretamente de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana, menos aún, si se tiene en cuenta que el argumento usado para ello es la participación accionaria, que en este caso no es de la Federación sino es del Fondo Nacional del Café.

Así mismo, solicita se evalúen nuevamente los elementos tenidos en cuenta por el despacho para la liquidación del cálculo actuarial y que se tuvieron como salario, por lo que solicita se tenga en cuenta el contrato de trabajo, las diferentes convenciones colectivas de trabajo, así como específicamente el acta de conciliación suscrita entre el actor y la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, para determinar con los demás elementos cuales eran los factores salariales que se debieron tener en cuenta y específicamente la existencia de la cosa juzgada.

De otro lado, refiere que en caso de que se confirme la sentencia apelada, se debe ordenar descontar del valor del cálculo actuarial, el porcentaje que le habría correspondido al trabajador, pues en este caso no existió una omisión en la afiliación sino de aprovisionamiento que es diferente y en ese caso, el trabajador estaría obligado a contribuir con el 25% en la conformación del mismo, más aún si en este asunto no existe problema alguno, teniendo en cuenta que se trata de un capital que sea pagado a una administradora del Régimen de Ahorro Individual, consolidado para una cuenta de capitalización de propiedad del accionante de la cual no se tiene certeza si se vaya a ver reflejada o no en una pensión, que sería el derecho fundamental que serviría como base para fundamentar el fallo que aquí se impone.

Finalmente, refiere que se debe tener en cuenta que el demandante no concurrió y omitió su carga de hacerse parte del proceso de liquidación a sabiendas que existía una obligación por parte de la Flota Mercante de cancelar unos supuestos aportes violando el principio de concurrencia e igualdad de los acreedores, tratando de obtener mayores beneficios de los que obtuvieron los acreedores.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el demandante tiene derecho al pago del 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 25 de junio de 1985 y el 27 de agosto de 1990, cuando no existía cobertura del Instituto para los trabajadores en mar y en caso afirmativo, se analizará la responsabilidad de las demandadas en el pago del citado cálculo, además de lo relativo al salario devengado por el actor en el último año de servicios y la condena en costas respecto de ASESORTES EN DERECHO SAS.

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 documental que obra en el cuaderno anexo de donde se colige que el señor JUAN CARLOS BASTO RUBIO laboró al servicio de la citada compañía desde el 26 de junio de 1985 hasta el 17 de febrero de 1992, desempeñando el cargo de ingeniero electricista, menos 18 días de licencias y suspensiones .

En cuanto al salario, de la liquidación final de prestaciones sociales de folio 280 cuaderno anexo), se observa que en el último año devengó los siguientes factores los cuales se tomaron para la liquidación de las cesantías, además del salario, sobre remuneración, prima de antigüedad, alimentación y alojamiento, extras, viáticos o suplementos y prima de servicios (8.33%).

Ahora, teniendo en cuenta que el actor fue afiliado al ISS desde el 29 de agosto de 1990 (fl. 733), en caso de una eventual condena, debe establecerse el salario devengado para agosto de 1990.

Bajo ese entendido, revisadas las sábanas de nóminas de agosto de 1989 a agosto de 1990 (fls. 276, 277 y 279 cuaderno anexo), en la medida que el salario del actor era variable, se tiene que el promedio de esa anualidad, contrario a lo señalado por él junto con el juzgador de primera instancia, ascendió a **US 1.641,14 dólares, equivalentes a \$861.680,55 pesos colombianos**, tomando la tasa representativa para agosto de 1990 de \$525.05. Valor aquel que incluye lo indicado en la referida documental y que se acompasa con los factores que para la extinta flota constituían salario y sobre los cuales liquidó las cesantías, tales como salario, prima de antigüedad, sobre remuneración, alimentación, viáticos y prima de servicios, pues en los citados documentos aparece como salario promedio mensual incluidos los emolumentos en comento menos la prima de servicios, la suma de US 823.20 y US 858.92, más US 3.366,13 y US 3.434,01 de primas de servicio para 1989 y 1990, respectivamente.

Sin que se demostrara que el actor devengara factores y sumas diferentes a los ya enunciados y expuestos en las mencionadas sabanas de nómina; luego de existir adicionales, deberán discutirse en otro proceso, pues en este no se debatió lo relativo a los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación final de cesantías y prestaciones sociales.

De suerte, que al haber apelado la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS el valor del salario que tomó el a quo como base para la liquidación del cálculo actuarial, es por lo que sobre este aspecto dado el caso, se modificará la sentencia apelada, en la medida que el salario establecido por el a quo fue superior.

Cosa juzgada

De plano, observa la sala que dicha excepción pese a que no fue propuesta por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS no está llamada a

prosperar, toda vez que en la conciliación celebrada el 19 de febrero de 1992 entre el actor y la extinta flota mercante (fls. 243 a 246 cuaderno anexo), nada se dijo en cuanto a los aportes a seguridad social y menos aún, se indicó cual era el salario para 1990, a más que los relacionado con los aportes no podía ser objeto de discusión pues al ser inherente al derecho pensional que le puede asistir al accionante, pues se trata de emolumentos sobre los cuales se edifica la misma, serían irrenunciables y por ende, no podían ser objeto de conciliación.

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 26 de junio de 1985 hasta el 17 de febrero de 1992 agosto de 1977, menos 18 días de

interrupción; periodo del cual hasta el 28 de agosto de 1990 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, como lo indicó el operador de primer grado, transferir al ente de seguridad social en este caso a PORVENIR, el valor del cálculo actuarial que este indique por el periodo en comento, para lo cual tendrá en cuenta como último salario devengado por el actor la suma de **US 1.641,14 dólares, equivalentes a \$861.680,55 pesos colombianos.**

Sin que sea dable, como lo expone ASESORES EN DERECHO y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, establecer otra forma de pago diferente al cálculo actuarial y con otro salario diferente al devengado en el último año, 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.

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 de no acreditar 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 dado el caso, por la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos, 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

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 personería 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 éste cumpla con las obligaciones pensionales a su cargo siempre que éste no tenga la liquidez.

Situación que ya había sido objeto de pronunciamiento por la Corte Suprema de Justicia entre otras, en sentencia SL 2958 de 2019.

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.

Finalmente, 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 a la condena en costas impuesta a ASESORES EN DERECHO SAS, debe tenerse en cuenta que al ser vencida en el proceso, pues se le impondrá la orden de expedir el acto administrativo correspondiente, deben ser condenada en costas, como lo dispone el numeral 1° del artículo 365 del CGP.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ EL ORDINAL PRIMERO** de la sentencia de primer grado, en lo que a la responsabilidad de las demandadas en el pago del cálculo actuarial se refiere y el valor del salario sobre el cual se debe realizar el cálculo actuarial.

COSTAS

En esta instancia estarán a cargo de ASESORES EN DERECHO SAS, FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA y el demandante, dada la improsperidad de los recursos interpuestos. No se imponen costas a la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y

PROTECCIÓN S.A, en la medida que su apelación prosperó 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:

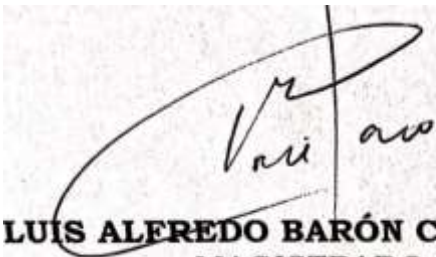
PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia apelada, el cual quedará así: **ORDENAR** a ASESORES EN DERECHO SAS mandataria en representación con cargo al patrimonio autónomo PANFLOTA, expida el respectivo acto administrativo ordenando a FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA el pago del cálculo actuarial mediante título pensional que para el efecto elabore PORVENIR por concepto de aportes a pensión del demandante durante el periodo comprendido entre el 26 de junio de 1985 y el 28 de agosto de 1990, teniendo en cuenta para ello el salario devengado por este entre agosto de 1989 y agosto de 1990 con la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. antes FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A, que asciende a **US 1.641,14 dólares, equivalentes a \$861.680,55 pesos colombianos** y en consecuencia, **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; conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído impugnado.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de ASESORES EN DERECHO SAS, FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA y el demandante. Sin costas para la

FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

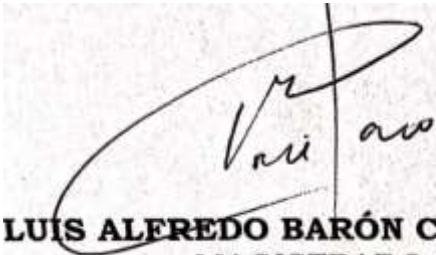


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de ASESORES EN DERECHO SAS y FIDUPREVISORA S.A. vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, la suma de \$900.000 cada una y a cargo del demandante, la suma de \$300.000 en razón de \$100.000 para cada una de las accionadas que apelaron.



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 ÁLVARO BRAVO MOLINA contra BANCO POPULAR S.A.

En Bogotá D. C. a los veinticinco (25) días del mes de marzo 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 **ÁLVARO BRAVO MOLINA**, se **condene** a la demandada a reintegrarlo al cargo de cajero auxiliar que desempeñaba al momento del despido o a otro igual o de superior categoría, junto con el pago de los salarios, incrementos legales y convencionales y prestaciones sociales dejados de percibir desde el despido y hasta que se produzca el reintegro, además de los aportes al sistema de seguridad social integral y la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Como pretensiones subsidiarias, pide se **condene** a la accionada a la liquidación de las cesantías e intereses sobre las mismas teniendo en cuenta la totalidad del tiempo servido y el último salario promedio mensual, la indemnización por despido sin justa causa indexada prevista en la convención colectiva de trabajo, perjuicios morales, indemnización moratoria, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso (fls. 3 y 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 4 a 10), señaló que ingresó a laborar al servicio del Banco el 1° de marzo de 1978 y laboró hasta el 1° de octubre de 2012, desempeñando como último cargo el de cajero auxiliar en la oficina las nieves, con un salario de \$1.778.528. Indica que el 1° de octubre de 2012, la demandada le da por terminado el contrato de trabajo en firma unilateral y sin justa causa, en tanto fue despedido por hechos diferentes a los aducidos en la diligencia de descargos, como tampoco existe relación de causalidad inmediata entre los hechos relacionados en la carta de despido del 13 de enero, 27 de febrero y 29 de marzo de 2012 pues la carta data del 1° de octubre de ese año, sumado a que fue despedido en estado de discapacidad y debilidad manifiesta, pues en el año 2010 empezó a tener trastornos en la visión y fue perdiendo la vista al punto que el 9 de septiembre de 2011 se le diagnosticó diplopía, adicional a que el músculo del párpado superior derecho colapsó, dificultándole mantener los ojos abiertos. Sostiene que en 2012 le sobrevino una ptosis palpebral quedando totalmente obstruido el campo de visión por el ojo derecho. Expone que el 24 de marzo de 2012, la EPS le diagnosticó blefaroptosis y oftalmoplejía internuclear, motivo por el cual acudió a citas médicas a la espera de la EPS para la práctica de una cirugía la cual no se pudo practicar a causa del despido. Menciona que el 9 de julio de 2012, le fue diagnosticado miastenia gravis y posteriormente fue sometido a una cirugía que consistió en la extirpación de la glándula de timo, continuando en tratamiento el cual se vio interrumpido por la terminación del contrato, al igual que estuvo incapacitado en diversas ocasiones. Afirma que solo hasta el 23 de octubre de 2014 fue calificado por la junta regional de calificación de invalidez, quien estableció una pérdida de la capacidad laboral del 45.42%. Señala que el banco antes de despedirlo, se abstuvo de pedir autorización al ministerio de trabajo, no obstante de su estado de discapacidad. Argumenta que el 13 de enero de 2012 pasó el cheque 5668953 por la máquina de rayos ultravioleta sin que el mismo presentara anomalías, al igual que las firmas fueron verificadas por el auxiliar de cuentas corrientes del grupo AVAL y por el inspector de caja y debido a ello, visó las firmas que aparecían en el cheque, al igual que la cuenta corriente del cliente no presentaba ningún bloqueo. Aduce que era responsabilidad del cuentahabiente y su titular, custodiar la chequera y dar aviso en caso de pérdida a los bancos, sin embargo, el

cliente jamás le presentó a la demandada copia de denuncia por pérdida de los cheques, al punto que solo 6 meses después de pagarse el cheque, dio aviso al Banco. Indica que el Banco de Bogotá tampoco informó en su debido tiempo la anomalía que se presentó con el cheque. Menciona que los cheques 881215 y 698270 del banco de occidente y citados en la carta de despido, también eran legítimos y al momento de su pago, no presentaban ninguna anomalía y la cuenta estaba activa y no presentaba ningún bloqueo, sin que dicha entidad bancaria informara al banco popular las anomalías presentadas en las cuentas corrientes de los titulares, como tampoco el Banco Popular le notificó la prohibición de pagar cheques del grupo AVAL en cuyo endoso se haya se haya registrado salvedad alguna o corrección de las condiciones iniciales de giro, adicional a que la orden era confirmar los cheques del grupo AVAL cuando la suma supere los \$5.000.000, de ahí que los cheques citados en la carta de despido no necesitaran confirmación en tanto no superaban dicho monto, empero, los confirmó en el sistema en línea de caja del grupo AVAL. Afirma que no violó el principio de confidencialidad y jamás divulgó información confidencial de clientes. Finalmente, señala que a la fecha de presentación de la demanda, el banco le ha retenido sus prestaciones sociales y durante la vigencia de la relación laboral, fue beneficiario de la convención colectiva de trabajo la cual además de pactar lo relativo al reintegro, indicó el procedimiento para el llamado a descargos, este último desconocido por la demandada, habida cuenta que tuvo conocimiento de los hechos el 26 de julio y 22 de agosto de 2012, violando el debido proceso.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

BANCO POPULAR S.A. contestó la demanda (fls. 120 a 137), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 a 4, 53, 58 a 65 y 69 y niega, no le constan y manifiesta que no son hechos los demás. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa, pago, buena fe, inexistencia de la obligación reclamada y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 22 de octubre de 2018 (CD – fl. 615), **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda, **declaró** proada la excepción de inexistencia de la obligación reclamada y **condenó** en costas al actor, fijando como agencias en derecho la suma de \$781.242.

Fundamentó su decisión, indicando que del dictamen proferido por la junta regional de calificación de invalidez se observa que el demandante al momento de ser despedido, se encontraba calificado con un grado de limitación severa pues si bien el dictamen se expidió dos años después de finiquitado el vínculo, la junta estableció como fecha de estructuración el 15 de junio de 2012 con una PCL del 45.42%, encontrándose en los parámetros de limitación severa, considerándose una persona limitada, demostrando el demandante su estado de discapacidad al momento de ser despedido, beneficiándose de la presunción de no discriminación, lo que implica que el empleador deba acreditar una justa causa para el despido, pues de no hacerlo este se reputará ineficaz.

Sostiene que el banco demandado dio por terminado el contrato de trabajo del actor aduciendo justa causa, bajo el argumento que con base en los informes emitidos por el departamento de seguridad los días 26 de julio y 22 de agosto del 2012 respectivamente y teniendo en cuenta los graves perjuicios ocasionados no solo a clientes del Grupo Aval, si no a la institución, con las irregularidades en los pagos de cheques en su condición de cajero auxiliar en la oficina las Nieves, violó no solo el manual de caja, sino también el principio de confidencialidad trazado como una directriz de seguridad de la información bancaria, contenido en el código de ética y conducta del Banco Popular, pues de acuerdo al informe del 26 de julio de 2012, el día 13 de enero de 2012 pagó el cheque 5668953 por valor de \$4.950.000 de la cuenta corriente número 008111494 del Banco de Bogotá cliente Cadena Telka Limitada, sin percatarse al visar dicho título que la firma giradora que aparece tanto en el averso como en el reverso del cheque, a todas luces es diferente y no coincidía con la registrada por el titular de la cuenta, ya que las diferencias advertidas en dichas firmas eran tan evidentes que se podían advertir fácilmente en el proceso normal de visado para lo cual no requería tiempo considerable así

como tampoco instrumental alguno o conocimientos especiales de grafología para detectarlas, por ello no debió pasar dichas firmas como auténticas en el proceso normal de visado que tuvo que haber ejecutado; al igual que de conformidad con el informe del 22 de agosto de 2012, reincidió en el pago irregular de 2 cheques de clientes del Banco de Occidente por \$4.700.000 y \$3.500.000, ya que el 27 de febrero de 2012, ingresó al aplicativo canales a las 12:37.57 y consulto las firmas de la cuenta corriente del Banco de Occidente número 242015394, cuyo titular es el señor José Elías Urrego en presencia de un supuesto cliente en ventanilla, a las 102:40.01 tomo una foto con un celular a dicho pantallazo y procedió a las 12:40.16, a entregarle al supuesto cliente el dispositivo móvil con el cual había tomado el registro fotográfico quien lo recibe, guarda y sale de la oficina y al día siguiente, 28 de febrero de 2012 a las 12:44.53, en su condición de cajero auxiliar número 3 de la oficina las Nieves, pagó el cheque número 881215 perteneciente a la cuenta consultada el día anterior, girado a favor de Santiago Aparicio Velázquez por la suma de \$3.500.000, quien lo endosó a un tercer beneficiario, el cual al momento del pago en el aplicativo canales no estaba presente en la oficina.

Menciona que previo a la terminación del vínculo, el demandante fue citado a dos diligencias de descargos y que del análisis del material probatorio aportado al expediente, se puede concluir que efectivamente se probó por parte de la demandada las justas causas imputadas en la carta de terminación del contrato de trabajo, relacionada con el pago irregular de unos cheques de los clientes del Banco de Occidente y Bogotá, conclusión a la cual llega luego de dar plena credibilidad a los testimonios del señor Federic Flórez y Victoria Eugenia Granda, personas que en su declaración resultaron acordes con la demostración de las justas causas invocadas, en tanto fueron quienes participaron activamente en las investigaciones que arrojaron como resultado las faltas en que incurrió el actor en el pago irregular de estos títulos, lo cual hace que de paso se desestime la tacha de sospecha planteada por el apoderado de la parte actora, pues no se observó ninguna parcialidad en su, a pesar de estar subordinadas para el banco demandado, situación que se refuerza con los informes que suscribieron donde se verifican a cabalidad las faltas

cometidas por el demandante en el desarrollo de sus funciones, tan así, que existe una denuncia penal a cargo de la Fiscalía 159 seccional de la unidad tercera de delitos para la fe pública y el patrimonio económico, por el pago irregular de un cheque de \$3.500.000, aunado a que el Banco invocó en la carta de terminación del contrato de trabajo que el actor violó no solo el manual de caja, si no que transgredió el principio de confidencialidad contenido en el código de ética del banco, lo cual se encuentra calificado como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, en el reglamento interno de trabajo y como falta grave en el mismo documento, los cuales eran conocidos por el demandante, como además lo aceptó el en el interrogatorio de parte, en el cual sólo se excusó de que eran muy extensos y no tenía tiempo para leerlos a pesar de que sí se los dieron a conocer.

Aduce que como la demandada logró demostrar las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo, pese a que el actor presente una discapacidad, no puede ordenarse el reintegro, en la medida que se acreditó que la culminación del vínculo no devino por su discapacidad y por ello considera, se debe absolver a la pasiva de las pretensiones principales de la demanda.

Indica que si bien el demandante alega que el banco desconoció el procedimiento establecido en la convención colectiva de trabajo en tanto no fue citado a descargos tres días después de la ocurrencia de los hechos, sumado a que las faltas estaban prescritas al tenor de lo dispuesto en el mismo texto convencional, lo cierto es que contrario a lo manifestado por el accionante, el banco si cumplió con sus obligaciones convencionales, pues pese a que el impase de los cheques ocurrió en enero y febrero de 2012, el banco solo tuvo conocimiento de ello en marzo y mayo de la misma anualidad y de ahí inició las respectivas investigaciones que incluyeron pruebas periciales y otras serie de pruebas que dieron como resultado los informes de seguridad del 26 de julio y 22 de agosto, sobre los cuales se efectuó el respectivo llamado a descargos en término, de ahí que no podía el banco llamarlo inicialmente a descargos hasta tanto no determinara la ocurrencia de los hechos y la responsabilidad de la persona a llamar a descargos.

Finalmente, en lo atinente a las pretensiones subsidiarias, expone que el demandante no demostró que devengara un salario superior al que la demanda tomó para la liquidación final de prestaciones sociales, tan así que el accionante aceptó en el interrogatorio de parte que ese era su salario, al igual que indica, se debe absolver a la accionada del pago de la indemnización moratoria pues esta dependía de la prosperidad de dicha pretensión., como también de la relacionada con los perjuicios morales, habida cuenta que no se acreditó la causación de los mismos.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que si bien se expuso en los hechos de la demanda que el salario era de \$1.778.000 lo cual fue aceptado por la accionada, lo cierto es que en el plenario aparece la liquidación de cesantías con un ingreso base de \$2.786.221.08.

Señala que se hizo énfasis en la carta de despido, sin embargo, como lo ha señalado la Corte, este documento solo prueba ese hecho como medio de justificación, luego todo documento emanado del empleador es impropio para acreditar los hechos en que se funda el despido, máxime si dicha corporación ha señalado que las partes no pueden crear sus propias pruebas que le favorecen y por ende, carecen de valor probatorio en tanto provienen del ismo empleador.

Aduce que los testigos fueron tachados por sospecha a más, que el testigo José María Lizcano señaló que dos de los tres cheques pasaban por el proceso de visado y que los detalles del documentos solo podían ser detectados por los peritos, en tanto la firma fue imitada hábilmente, a lo que el testigo Federic igualmente señaló que pese a que las firmas no fueran auténticas, pasaban por el proceso de visado; luego si pasaban tal proceso, no se le podía atribuir ningún error cuando no tenía los instrumentos necesarios para verificar la autenticidad de la firma, menciona además, que por tratarse de testigos de referencia no se les puede dar credibilidad, como tampoco a los videos aportados pues no se

pudo establecer si las imágenes fueron editadas, como tampoco se tiene certeza acerca de autor de la grabación. Sobre los dictámenes, alega que no se surtió el proceso de contradicción establecido en el CGP, por lo que no puede tenerse en cuenta si se trata de una prueba ilegítima.

Respecto a los descargos, se desprende que en estos corresponden a una omisión involuntaria que tienen que ver con otro caso y no por los hechos del despido y sobre el código de ética, este no tiene firma, adicional a que se pasó por alto que la representante legal del banco, aceptó que en la hoja de vida no existe copia de las funciones particularmente el manual de caja sobre el pago de cheques, concluyendo que la diligencia de descargos se efectuó por hechos diferentes a los del despido, existiendo una violación a derecho de defensa, de ahí que al demostrarse que fue despedido sin justa causa, cobra vigencia lo relacionado con la estabilidad laboral reforzada.

Finalmente, sobre las pretensiones subsidiarias expone que el banco si actuó de mala fe, porque no le ha pagado las prestaciones sociales definitivas desde la terminación del contrato, ya que solamente se limitó a una consignación del 9 de noviembre de 2012, con una suma irrisoria, como también se pudo establecer que la accionada no liquidó en forma correcta las cesantías, las cuales le fueron canceladas tiempo después a través de una consignación sin seguir los lineamientos establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura para ello.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si al momento de la culminación del vínculo el demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada y en caso afirmativo, establecer si el despido lo fue con ocasión a su condición o si por el contrario, medio una justa causa para ello. También se analizará la procedencia del reintegro, junto con las pretensiones subsidiarias excepto las relativas a la indemnización por despido y perjuicios, como quiera que sobre estas dos últimas no se presentó reparo alguno.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que existió entre las partes, lo cual fue aceptado por la demandada y que es corroborado con la copia del contrato de trabajo y de la liquidación final de prestaciones sociales (fls, 138 a 140 y 181), de donde se colige que el señor ÁLVARO BRAVO MOLINA laboró al servicio del Banco Popular desde el 1º De marzo de 1978 hasta el 1º de octubre de 2010, desempeñado el cargo de supernumerario 2, con un salario básico mensual de \$1.774.368.

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, revisada la documental que obra en el expediente, se evidencia que el demandante fue diagnosticado en septiembre de 2011 con diplopía, el 24 de marzo de 2012 con ptosis palpebral y caída del parpado superior derecho y el 9 de julio de 2012 con miastenia gravis (fls. 24 a 41); así mismo, el 10 de octubre de 2014 fue calificado por la junta regional de calificación de invalidez con el 45.42 de la PCL estructurada al 15 de junio de 2012 (fls. 44 a 52), en el que se indica además, que desde el 8 de agosto de 2010 presentó caída de los párpados con diplopía diagnóstico de miastenia gravis y secuelas de ptosis de parpado superior de ojo izquierdo.

De suerte que, se encuentra plenamente acreditado que el demandante al momento del despido, gozaba de estabilidad laboral reforzada, dado su estado de salud en virtud de las patologías que presentaba en sus ojos, las cuales eran de conocimiento de la accionada en tanto es un hecho notorio su padecimiento dado el estado de su rostro debido a la caída los párpados como se vislumbra en la fotografía de folio 102, luego es claro que para el momento de la culminación del vínculo se encontraba en tratamiento de sus enfermedades como se desprende de las historias clínicas de folios 24 a 41, al punto que la junta estructuró la enfermedad desde el 15 de junio de 2012, data para la cual aún se encontraba laborando para el banco y si bien el dictamen data de dos años después, no sobra recordar que de acuerdo a la jurisprudencia enunciada en apartes anteriores, no requería de calificación al efectuarse el despido.

De ahí que la demanda este en la obligación de demostrar que la desvinculación del accionante devino por una justa causa y no por su estado de discapacidad presentada en sus ojos.

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 175 a 180 aparece comunicación del 1° de octubre de 2012, mediante la cual el banco popular le informa al accionante, la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, debido a la irregularidad presentada en el pago de los cheques 5668953 del Banco de Bogotá por la suma de \$4.950.000 el 13 de enero de 2012, y dos más del banco de occidente por valor de \$4.700.000 y \$3.500.000 el 28 de febrero y el 29 de marzo de 2012, según los informes del 26 de julio y 22 de agosto de 2012.

Al respecto, el demandante en la diligencia de descargos llevada a cabo el 2 de agosto de 2012 (fls. 317 a 322), en lo que se refiere al pago del cheque del 13 de enero de 2012, indicó lo pagó porque la cuenta estaba activa, no presentaba bloqueos, las firmas coincidían con el sistema lo cual verificó y no tenía orden de no pago, siendo aceptado por el sistema. A lo que en el interrogatorio de parte, manifestó que no lo pagó y que no recuerda haberlo hecho porque en su trayectoria laboral ha pagado millones de cheques.

Ahora en tratándose de los otros dos cheques, en diligencia de descargos llevada a cabo el 31 de agosto de 2012 (fls. 323 a 328), señaló que nunca ha obrado de mala fe ni ha permitido un fraude en sus 37 años como trabajador del banco, sintiéndose asaltado en su buena fe, honorabilidad y honestidad. Mientras que en el interrogatorio de parte, adujo que los pagó porque las cuentas estaban activas y los títulos pasaron sin problema por el lector de barras, además que no existían bloqueos y las firmas coincidían.

De otro lado, **JOSÉ MARÍA LIZCANO** quien rindió a petición del banco los dos dictámenes que aparecen en los informes de seguridad, señaló que los

dos cheques del banco de occidente pagados en febrero y marzo de 2012, no presentaban ninguna clase de alteración en alguna de sus partes, sin embargo, expresa que la firma de giro no había sido trazada por el titular pero la firma que aparecía en los cheques presentaba una similitud genuina debido a que había sido reproducida en versión por imitación servil y como tal, pasaban el proceso normal de visado, además los cheques eran genuinos. Sobre el cheque de banco de Bogotá, expuso que la imitación de la firma era más burda y por ende, no debió pasar el proceso de visado.

FEDERIC FLÓREZ MORANTES, indicó que es empleado del banco e hizo un informe de seguridad, sobre reclamaciones de cheques que finalmente fueron robados a los clientes y pagados por la entidad bancaria, en la caja que operaba el actor en la oficina las nieves, de lo cual tuvieron conocimiento por dos informes de reclamación elevados por la gerencia del Banco Popular por el pago de unos cheques, uno de ellos en enero de 2012.

Expone que el proceso inicio con la solicitud de un examen grafológico, efectuándose un dictamen por el cheque del cliente llamado Telka, del Banco Bogotá, quien manifestó que le habían robado su cheque, a lo que el peritaje arrojó que la firma no pasaba como autentica e inclusive, a ese cheque se le levanto el sello al respaldo, el cual es restrictivo de pago por ventanilla, arrojando como resultado que las firmas no pasaban como auténticas pues era una imitación.

Indica que dentro de las irregularidades del funcionario se determinaron que hizo un visado de un caso que no pasa como autentico, pasándolo como tal en un proceso de pago, adicional a que el manual de caja establece una nota en la cual dice que si existe un sello de restricción en los cheques del grupo AVAL diferentes al Banco Popular y en caso de ser levantado, el banco debe abstenerse de pagarlo y el cajero debe informarle al usuario que se dirija al banco de origen para que allí se lo paguen.

Menciona que posteriormente llego otra reclamación esta vez sobre el Banco de Occidente, relacionada con dos cheques de clientes diferentes, en donde se informa que los cheques fueron robados y pagados de forma

irregular y al igual que en el anterior, se entregaron los cheques originales al grafólogo, quien determinó que las firmas no eran auténticas pero pasaban el proceso de visado, distinto al anterior que no pasaba.

Aduce que debido al informe del Banco de Occidente se generó en la gerencia de seguridad, una alerta de diferentes casos del mismo cajero, la misma modalidad y en la misma oficina de las Nieves del Banco Popular, que para este nuevo caso lo que se hace o alerta, es validar los controles adicionales que maneja el banco de seguridad, pues se solicitaron videos a la fecha del pago de los cheques y adicionalmente se solicitó a la gerencia de seguridad algo que se denomina un archivo histórico de las consultas que realizan los cajeros en el aplicativo canales, que es el que permite realizar estas consultas y pagos, encontrado en el primer caso, que el demandante consulto las firmas de la cuenta un día antes de para el cheque, por lo que al validar el video se encontró que el actor al momento de consultar el aplicativo, tomo la foto de lo que es la pantalla administrativa de la cual se sabía que consulta se estaba haciendo, lo cual hizo a medio día encontrándose en ese momento solo porque el otro cajero estaba almorzando, observándose además que hay un supuesto cliente, a quien el cajero le entrega el dispositivo móvil con el cual tomó la foto, que el supuesto cliente sale y al día siguiente al medio día también, se hace el pago del primer cheque del Banco del Occidente en presencia del cliente.

Sostiene que con el segundo reclamo del Banco de Occidente por el otro cheque en el mes de marzo, en este caso el demandante el mismo día del pago del cheque, siendo las 8:17 am, antes de la apertura a clientes lo cual se hace a las 8:30 am, realizo una consulta de firmas de otro cliente al que le fue robado su cheque y viendo el histórico de consultas, se encuentra el mismo modus operandi de lo que fue en febrero, es decir, el señor cajero consultó inclusive dos veces la parte de las firmas, toma la foto, vuelve y consulta nuevamente, toma otra foto, toma dos fotos según el video, siguen viendo el video para verificar el paso del dispositivo móvil el cual lo tiene en su poder en la ventanilla, siendo las 9:45 am del mismo día se acerca un supuesto cliente y el señor Álvaro toma ese dispositivo con el cual había tomado la foto, lo entrega y el cliente se retira y ese mismo día sobre el medio día, cuando el compañero se retira a almorzar, se hace el

pago del cheque sin presencia del cliente, es decir, no se acerca nadie a reclamar el pago del cheque en la ventanilla, sino simplemente el actor realiza la transacción sin presencia del pago del cliente.

Finalmente, **VICTORIA EUGENIA GRANDA QUIJANO** manifestó que trabaja en el Banco Popular en la gerencia nacional de seguridad como asistente de seguridad. Señala que a la gerencia de seguridad llegaron unas reclamaciones para investigar el pago irregular de unos cheque por parte del Banco de Bogotá y del Banco de Occidente; el primero afectaba a un cliente que se llamaba Cadena Telka LTDA, por lo que se procedió a hacer la investigación por el pago de un cheque por las suma de \$4.950.000 y después de hacer la misma, se determinó que el cheque había sido pagado irregularmente, lo cual fue establecido por un grafólogo quien concluyó que la firma no era genuina y además el mismo tenía una restricción de negociabilidad del título, la cual se levantó de tal forma que las reglamentaciones de los manuales del banco lo prohibían y se llegó a la conclusión con el otro investigador, que se pagaron mal esos cheques, a lo cual además el Banco Bogotá pidió la devolución de ese dinero para devolvérselo al cliente Cadena Telka.

Aduce que después llegó otra reclamación del Banco de Occidente, por pago irregular de dos cheques de clientes distintos, los cuales fueron pagados en la oficina las Nieves por el cajero número 3 que era el señor Álvaro, e igualmente tales títulos se sometieron a grafología, llegando a la conclusión que las firmas de los dos títulos pasaban por genuinas en un proceso de visado, empero, lo que llamó la atención, fue que justamente habían tenido dos reclamaciones más con el mismo cajero, la misma oficina, por lo que se solicitó el historial de consultas del sistema, a fin de establecer quién había hecho los pagos y en que terminal, arrojando el sistema que era la cédula del señor Álvaro, la terminal 3 de financiera y el tipo de consulta era la modalidad de “consulta de firmas”.

Sostiene que se hizo un seguimiento a los videos de la oficina días antes y posteriores a los pagos irregulares y se detectó que contrario a lo permitido, el accionante había tomado las fotos con un móvil y consultaba las firmas de los titulares que habían sido afectados. En el primer caso a

un cheque de \$3.500.000 le tomo la foto un día antes a la firma que estaba digitalizada en el sistema canales, le entrego el móvil a un supuesto cliente que se presentó en la oficina para reclamar ese celular, pues no hizo otro tipo de operaciones y se retiró y al otro día, se pagó el cheque al medio día, justo cuando el cajero compañero de oficina se encontraba almorzando y Álvaro estaba solo, por lo que todos esos pagos irregulares de los cheques y la entrega del dispositivo móvil coinciden a esa hora cuando el actor estaba solo y en el caso de los \$4.700.000, el demandante consulta el sistema canales en las horas de la mañana sin siquiera abrir la oficina, tomo la foto a la firma registrada, cerca de las 9 de la mañana viene un supuesto cliente al cual el actor le entregó el móvil y se retiró sin haber hecho ningún tipo de consulta o trámite y a las 12:20 m, hora en que el demandante se encontraba solo, pagó el cheque sin estar el beneficiario al frente. Argumenta que todo eso le permitió concluir al banco que existieron pagos irregulares y que el dinero se perdió porque el actor había incurrido en conductas contrarias a lo que está establecido para el pago de cheques en ventanilla. y se hizo el informe de responsabilidades administrativas. Finalmente, recuerda que en el primer informe de Cadena Telka, se hizo mención en un párrafo a que el señor Álvaro ya había incurrido en un pago irregular de un cheque del Banco Popular Fómeque con las mismas características de negociabilidad, mas no de las fotos con móviles y que la reclamación en el pago irregular de los cheques se hizo el 1 de marzo de 2012 por parte del Banco de Occidente y el 4 de mayo de 2012 por parte del Banco Bogotá.

Declaraciones estas que coinciden con los informes de seguridad del 26 de julio y 22 de agosto de 2012, en los que los deponentes ponen en conocimiento de la entidad las irregularidades antes anotadas (fls. 199 a 307), las cuales se le expusieron al actor en las diligencias de descargos, además de ser consignadas en la carta de despido.

Ahora en cuanto a los reparos expuestos por el demandante en la alzada, primero, respecto a que en la diligencia de descargos se le indagó por hechos diferentes a los enunciados en la carta de despido, se tiene que contrario a los señalado por este y como se reseñó en apartes anteriores, las aludidas diligencias datan de las causas que la

empresa tilda como justas para culminar el contrato. En segundo y tercer lugar, sobre la ilegalidad de los videos y la falta de firma del código de ética respectivamente, debe precisar la Sala que tales reparos debieron exponerse en el momento procesal dispuesto para ello esto es, al momento en que la accionada los aportó con la contestación o en la audiencia en que fueron decretados, para los cual debió proponer la respectiva tacha o mostrar oposición, empero, guardó silencio, de ahí que los mismos hayan sido decretados; luego será este Tribunal quien dado el caso, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, los valore como corresponda.

De otro lado, sobre la tacha de los testigos, la Corte Suprema de Justicia en sentencia 22842, del 30 sep. 2004, reiterada en la SL – 3160 de 2019, puntualizó:

«(..) 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 los referidos testigos son empleados del banco, tal condición no les resta credibilidad, máxime si sus declaraciones fueron contundentes y coincidentes en cuanto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que se desarrolló la investigación y los hechos que motivaron el despido del actor, sin que su dicho se vea parcializado en favor de la accionada.

Sobre la contradicción del dictamen realizado en el curso de la investigación, se tiene que el mismo no está sujeto a las reglas que sobre la prueba pericial trata el artículo 228 y siguientes del CGP, toda vez que dicha norma data del dictamen pericial que se decreta como prueba en un proceso y no de los que se hayan efectuado como consecuencia de una investigación o proceso disciplinario privado y si en gracia de discusión se aplicara la norma en cita, la parte actora tuvo la oportunidad de oponerse al mismo, cuando interrogó al testigo JOSÉ MARÍA LIZCANO quien fue el que elaboró los citados dictámenes.

Finalmente, en lo atinente al debido proceso 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.”

Siendo ello así, respecto a la manifestación efectuada por el recurrente relativa a que no se le llamó a descargos en el término establecido para ello en la convención colectiva de trabajo; encuentra la Sala que si bien el literal a) del artículo 9° de la convención colectiva de 1990, establece que el trabajador inculcado deberá ser llamado para que explique su conducta dentro de los tres días siguientes a aquel en que el Banco tenga conocimiento de la falta, lo cierto es que tal procedimiento aplica únicamente para las sanciones establecidas en dicha norma esto es, llamado de atención escrito y suspensión del contrato hasta por 6 días la primera vez y por 12 días la segunda, sin que en la misma se mencione el despido, pues en este último evento aplicaría si la cláusula fuera genérica y no plasmara las situaciones objeto de sanción disciplinaria; luego en este evento, no tenía por qué llamársele a descargos dentro del mencionado término, pues como lo indico la Corte en la sentencia en comento, lo único que se requiere en tratándose del despido, es que sea escuchado y pueda ejercer su derecho de defensa y contradicción como en efecto lo hizo la accionada al citarlo dos veces a descargos y ponerle de presente los hechos y pruebas sobre los cuales se edifica el despido. pese a que la entidad optara por seguir dicho procedimiento.

Finalmente, sobre la inmediatez entre la comisión de la falta y el despido, se tiene que los hechos endilgados al actor como faltas, datan del 13 de enero, 28 de febrero y 29 de marzo de 2012, a lo que el gerente nacional del banco una vez conoció los hechos en marzo y mayo de la misma anualidad, inició la respectiva investigación, cuyos informes fueron puestos en conocimiento de las directivas de las entidad el 26 de julio y 22 de agosto de 2012, y la culminación de la relación laboral data del 1° de octubre de 2012; luego es claro, que el principio de inmediatez no se

vulneró, toda vez que trascurrió un tiempo razonable entre la comisión de las faltas y la terminación del contrato, pues es apenas lógico que el Banco tuviera que adelantar la respectiva investigación antes de finiquitar la relación laboral, en tanto era su deber establecer la responsabilidad del actor en los hechos que motivaron el despido, antes de tomar la decisión de su desvinculación con justa causa.

Hechas las anteriores precisiones y en lo que a los hechos materia de despido se refiere, se encuentra probado que el actor el 13 de enero, 28 de febrero y 29 de marzo, pagó cheques del banco de Bogotá y occidente a terceros que no eran los titulares o autorizados por estos para cobrarlos, en la medida que se trataba de títulos hurtados y cuyas firmas no eran las genuinas.

Ahora, si bien no se desconoce que el actor no tiene los conocimientos técnicos como para inferir que una firma es falsa, a lo que el perito del banco afirmó que la firma de los cheques del banco de occidente era tan servil que podía pasar por el visado, lo cierto es que el mismo actuó en contra de los manuales y procedimientos señalados por el Banco para ese tipo de transacciones, los cuales eran de pleno conocimiento del actor, en tanto se encuentra acreditado que los recibió y asistió a capacitaciones sobre ello, a más de durar más de 30 años ejecutando la misma labor, sin que sea de recibo el hecho que manifieste que no los leyó porque eran extensos, cuando dentro de sus obligaciones como trabajador se encuentran el acatar los reglamentos dispuestos por el empleador.

Afirmaciones estas que encuentran asidero, en el hecho que el accionante previo al pago de los cheques tomó fotos de las firmas de los titulares de las cuentas sin estar autorizado para ello conforme se observa del video y las pruebas aportadas y que hicieron parte de la investigación y que se acompañan con lo dicho por los testigos, tan así, que sobre este aspecto el actor tanto en el interrogatorio de parte como en la diligencia de descargos guardó silencio, como también respecto a que casualmente pagó los cheques a la misma hora justo cuando se encontraba solo, a más que guardó silencio respecto a que le paspo a un tercero, el móvil que contenía las fotos de las firmas.

Adicional a ello, también se probó que previo al pago de los cheques consultó con anterioridad las cuentas, específicamente las firmas, como si de casualidad supiera que horas después, irían a cobrar unos cheques derivados de las mismas, a lo que el actor, como en los otros señalamientos, guardó silencio.

Irregularidades estas que a la fecha son materia de investigación por parte de la Fiscalía General de la Nación, según la documental de folios 331 a 335.

Así las cosas, no cabe duda para la Sala que el actor incumplió con sus obligaciones como supernumerario – cajero auxiliar y que conocía con exactitud, además del código de ética y los procedimientos establecidos por el Banco para las operaciones en cheque, encontrándose acreditadas las justas causas invocadas por la accionada para dar por terminado el contrato de trabajo del demandante, al tenor de lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 62 del CST en concordancia con los artículos 104 numeral 6° y 107 numeral 4°, estos últimos del reglamento interno de trabajo, que datan del incumplimiento de las obligaciones por parte del trabajador; por lo que bajo ese entendido, no puede decirse que el despido del actor estuvo motivado por su discapacidad visual.

Pretensiones subsidiarias

Reliquidación de las cesantías e intereses sobre las mismas

De plano, observa la Sala que dicha pretensión no está llamada a prosperar, toda vez que contrario a lo expuesto en la alzada, la demandada a la finalización del contrato, liquidó las cesantías con base en un salario promedio de \$2.786.221,08 arrojando la suma de \$90.830.807,52, a la cual se le descontó \$90.669.149,52 de pagos parciales, quedando un saldo a favor del trabajador de \$16.927,49; de ahí que no encuentre asidero lo señalado por el demandante en el sentido que tal emolumento se debió liquidar con el salario antes expuesto y que se le debe pagar la cesantía neta, cuando la accionada no solo utilizó ese salario sino que descontó los

retiros parciales, luego no puede pretender el pago completo cuando en el curso de la relación laboral ya había retirado la totalidad del valor que por concepto de cesantías le correspondía.

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.

Hecha la anterior precisión, se tiene que el contrato culminó el 1° de octubre de 2012, a lo que la demandada sin explicación alguna, consignó el 9 de octubre de 2012, el valor de la liquidación en el banco agrario, cuando era su obligación cancelarla directamente al trabajador a la finalización del vínculo, empero, además de efectuar la consignación un mes y 8 días después, sometió a reparto el título de depósito judicial solo hasta el 11 de diciembre de 2012 (fls. 186 a 187), 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 como en la alzada, refiere que la liquidación aún no se la han cancelado.

De suerte, que no existe justificación para que la accionada tardara más de un mes en consignar el valor de la liquidación final de prestaciones sociales y otro 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, a más que no se demostró que este se le hubiere 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 (25 de octubre de 2015 – fl. 120), es por lo que se le condenará al pago de la indemnización moratoria, en razón a \$59.145,6 diarios (\$1.774.368 –

salario básico – fl. 181), que va del 2 de octubre de 2012 al 1° de octubre de 2014, esto es, por los primeros 24 meses, dado que la demanda se prestó después de 2 años de haber finiquitado el vínculo, en la suma de **\$42.584.832** y a partir del mes 25 es decir, del 2 de octubre de 2014 al 25 de octubre de 2015, cancelará intereses moratorios calculados sobre el valor de las prestaciones adeudadas.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la decisión de primer grado y en su lugar, se **CONDENARÁ** a la demandada al pago de la indemnización moratoria.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de la demandada 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,

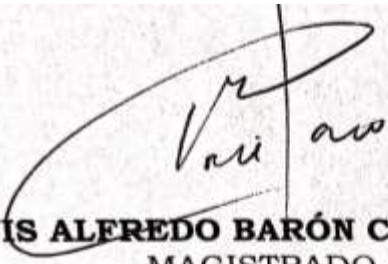
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, **CONDENAR** al **BANCO POPULAR S.A.** a pagar al accionante la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, en cuantía de **\$42.584.832** y a partir del del 2 de octubre de 2014 y hasta el al 25 de octubre de 2015, cancelará intereses moratorios calculados sobre el valor de las prestaciones adeudadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

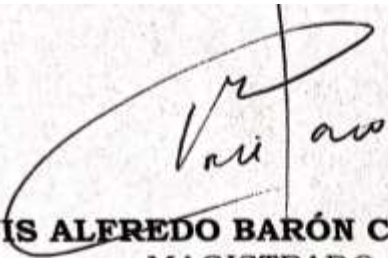


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo 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 LUIS ALBERTO LOZANO ARIAS contra
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A. Y JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**

En Bogotá D. C. a los veinticinco (25) días del mes de marzo 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 ALBERTO LOZANO ARIAS**, se **declare** sin efecto y validez el dictamen emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ el 15 de agosto de 2014 en el que se le otorgó una pérdida de la capacidad laboral del 43.60% y que tiene una PCL superior al 50% de origen común estructurada al 2 de junio de 2012. como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a PORVENIR al reconocimiento de la pensión de invalidez a partir del 2 de junio de 2012, o desde la fecha que se considere pertinente, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 4 y 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 a 4), señaló que ingresó a laborar el 1° de junio de 2004 en el cargo de vigilante en el edificio NANCY. Expone que el 2 de junio de 2012 sufrió un accidente de tránsito del cual salió gravemente lesionado, por lo que dados los

diagnósticos le realizaron una serie de procedimientos, padeciendo dolores agudos los cuales lo dejan inconscientes por la intensidad de los mismos. Señala que el 19 de noviembre de 2013, ASALUD LTDA le dictaminó una pérdida de la capacidad laboral del 34.6% de origen común, estructurada al 1° de noviembre de 2013, por lo que interpuso recurso de reposición, a lo que la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ le otorgó una PCL del 46.6% de origen común, con fecha de siniestro 1° de noviembre de 2013. Menciona que el 15 de agosto de 2014, la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ confirmó lo decidido por la junta regional. Aduce que el 3 de diciembre de 2012, superó los 180 días de incapacidad, encontrándose incapacitado a la fecha, sin que haya podido volver a trabajar, al igual que los médicos le han dicho que siempre tendrá que usar muletas y por ello, se ve obligado a solicitar la ayuda de un tercero para realizar múltiples actividades de la vida diaria. Finalmente, refiere que en los dictámenes no se tuvo en cuenta el deterioro en su estado de salud el cual se incrementa con el paso del tiempo.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

PORVENIR contestó la demanda (fls. 189 a 204), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 8, 10 a 14 y 21 y no le constan los demás. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, carencia acción y ausencia de derecho sustantivo, falta de legitimación en la causa y hecho exclusivo de un tercero, afectación del sostenimiento financiero del sistema general de pensiones, compensación, petición antes de tiempo, buena fe y prescripción.

De otro lado, la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** contestó el libelo demandatorio (fls. 259 a 280), oponiéndose a sus pretensiones. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 3 a 5, 8 a 14, 16, 20 parcial, 21 y 23 a 25 y niega y no le constan los demás. Formuló las excepciones de legalidad de la calificación, la variación en la condición clínica del paciente con posterioridad al dictamen de la junta exime de responsabilidad a la entidad, improcedencia del petitum

inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen, carga de la prueba a cargo del contradictor, inexistencia de obligación, inexistencia de pretensiones competencia del juez laboral y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 9 de octubre de 2018 (CD – fl. 690), **absolvió** a las demandadas de las pretensiones de la demanda, **sin condena** en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en dictamen emitido el 15 de agosto de 2014, confirmó el proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez en el sentido de indicar que el PCL equivale al 43.60%. Señala que conforme al artículo 41 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, establece que el estado de invalidez será determinado de con base en el manual única de calificación de invalidez vigente para la fecha de la calificación y comprende a COLPENSIONES, administradoras de fondos de pensiones, ARL, compañías de seguros y EPS determinar en primera oportunidad el PCL y origen de las contingencias y en caso que el afiliado no esté de acuerdo podrá interponer los recursos que la Ley le brinda para discutirlo. Refiere que conforme al artículo 42 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 16 de la ley 1562 de 2012, las juntas son organismos del sistema de seguridad social dl orden nacional adscritas al Ministerio de Trabajo de carácter interdisciplinario, cuyas decisiones son de obligatorio cumplimiento sin perjuicio de la segunda instancia que compete a la Junta Nacional y al ser un equipo interdisciplinario, están conformados según la patología de la persona, en este caso, al tratarse de afecciones osteomusculares, debe integrarse por un fisioterapeuta y otros dos profesionales. Expone que en audiencia de que trata el artículo 77 del CPL realizada el 25 de noviembre de 2015, el juzgado decretó la prueba de dictamen pericial a cargo de la facultad de medicina de la Universidad Nacional el cual debía ser producto de un comité interdisciplinario para asimilarlo al comité que tiene las juntas de calificación, no inferior a tres profesionales de la salud, sin embargo, dicho ente educativo decidió enviar un dictamen unipersonal, en el que le otorga el 50% de la pérdida de la

capacidad laboral. Aduce que como quiera que ese dictamen se emitió por una sola persona que si bien es medico especialista en salud ocupacional no es fisiatra, sumado a que conforme se decretó, las partes tenía claro cómo se debía efectuar el mismo y al correrse traslado del dictamen, el único que lo objeto fue PORVENIR, sin que la parte actora pese a tener conocimiento de cómo se había ordenado la prueba, guardó silencio ante esa irregularidad, confiando en que como se había indicado un 50% no debía hacer manifestación alguna, luego al no atacarse lo dispuesto por el despacho sobre ese medio probatorio, de ahí que considere que el dictamen emitido por la Universidad Nacional no es idóneo por no haber sido realizado por un equipo interdisciplinario. Menciona que dado que la Ley no impide que las personas vuelvan a ser calificadas cuando estas consideran que sus patologías han avanzado, a lo que el demandante hizo uso de ese derecho y SEGUROS DE VIDA ALFA del 21 de septiembre de 2016 lo califica con un 34.70% a lo que el actor ejerció su derecho de defensa y se envía a la junta regional quien realiza un nuevo dictamen también con un equipo interdisciplinario y en junio de 2017 lo califica con el 41.78%, es decir, redujo en un 2% la PCL frente al dictamen proferido inicialmente y si bien la parte actora refiere que no conoció ese dictamen, compete a la parte validar si el mismo fue o no válidamente notificado, sin que sea este el escenario para debatir si el mismo fue o no debidamente notificado. Afirma que en esos dictámenes se insiste que no tiene el 50% de la PCL y que vienen de un equipo interdisciplinario lo cual le da total credibilidad, de ahí que el demandante no pueda considerarse invalido a las luces de lo establecido en la Ley 100 de 1993, sin que ello le impida en algún momento someterse a una nueva calificación en caso de que su estado de salud varíe. Finalmente, sostiene que el juez tiene la facultas de valorar las pruebas y acoger la que en su criterio se acomode al caso, por lo que bajo ese entendido, insiste que fueron 6 dictámenes los que se practicaron de los cuales, solo uno arrojó el 50% de la PCL y que como se dijo, no se puede tener en cuenta, dadas las condiciones en que se practicó el mismo y por ende, refiere que se debe absolver a las demandadas de las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que si bien el despacho puso decretar el dictamen bajo el entendido que debía efectuarse por un equipo interdisciplinario, era de saberse por la juzgadora en ese momento, que la universidad no iba a conformar ese equipo toda vez que la experiencia ha dejado que estos dictámenes siempre son emitidos por el Dr. SANTIAGO BUENDÍA y si asilo hiciere, cuando la universidad allegó el dictamen, de manera oficiosa y sin olvidarse el despacho de su condición, debió requerir a ente educativo para que cumpliera sus órdenes, sin embargo, espero año y medio para decir que el dictamen no cumplía con los requisitos y si bien la parte no hizo uso del derecho de contracción, ello fue porque consideró que se encontraba ajustado a derecho, mientras que el juzgado si debió requerirlo para que la prueba se hiciera conforme la había solicitado, motivo por el cual solicita se le dé plena validez al dictamen decretado y allegado por la universidad nacional y en consecuencia, se le otorgue la pensión de invalidez, máxime si los últimos dictámenes se aportaron de manera extemporánea y no se le dio la oportunidad de controvertirlos como lo dispone la Ley, en tanto no se le dio el debido traslado.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si hay lugar a tener como prueba el dictamen emitido por la Universidad Nacional, en virtud de la prueba pericial decretada por el a quo y en caso afirmativo, establecer la nulidad del dictamen proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ el 15 de agosto de 2014 y estudiar lo relativo a la pensión de invalidez solicitada.

Nulidad del dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y validez del dictamen emitido por la Universidad Nacional

Al respecto, se tiene que mediante dictamen del 19 de noviembre de 2013 (fls. 95 y 96), SEGUROS DE VIDA ALFA, estableció que el actor posee una

PCL del 34,6% de origen común, estructurada al 1° de noviembre de 2013, relacionadas con fractura de la diáfisis de la tibia, fractura de peroné, esguinces y torceduras que comprometen el ligamento cruzado (anterior – posterior) de la rodilla, osteomielitis no especificada y se consecutiva a fusión o artrodesis.

Posteriormente, la Junta Regional de Calificación de Invalidez dado el recurso interpuesto por el actor, estableció el 28 de febrero de 2014 (fls. 107 a 114), una pérdida de la capacidad laboral del 43.60%, con la misma fecha de estructuración.

Luego, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez a través de dictamen proferido el 15 de agosto de 2014 (fl. 130), confirmó el emitido por la junta regional.

De otro lado, en audiencia del 25 de noviembre de 2015 (CD – fl. 310), el a quo decretó la prueba pericial solicitada por la parte actora y ordenó la práctica de la misma ante la Universidad Nacional de Colombia, solicitando la confirmación de un equipo interdisciplinario, confirmado por especialistas en salud ocupacional o medicina del trabajo y un fisioterapeuta, no inferior a tres profesionales, con el objeto de efectuar un diagnóstico de las patologías del demandante, estableciendo la fecha de estructuración y PCL.

Frente a ello, la Universidad Nacional en oficio del 4 de abril de 2016 (fl. 326), indicó que el comité de calificación laboral de la universidad, de acuerdo a las normas que lo crearon, emite conceptos periciales médicos en los cuales pueden ser incluidas o no las valoraciones de los demás integrantes del comité si son o no necesarios para el caso en estudio, por lo que los dictámenes son firmados por el director como reza el artículo 2° de la resolución 535 de 2015, el cual en su artículo 8° aprobó la creación de comité de calificación laboral, adscrito al departamento de microbiología, confirmado por los siguientes profesionales: médico, EMC, psicóloga y AB, fisioterapeuta entre otros, precisando que el comité no es ni se comporta como una junta de calificación de invalidez, sino que realiza conceptos médicos periciales dentro de una especialidad médica en particular, medicina laboral, con el apoyo de otros profesionales de la salud.

Es así, como el 16 de enero de 2017 (fls. 347 a 353), la citada universidad profirió dictamen en el que estableció que el actor posee una PCL del 51.21% de origen común, estructurada al 2 de junio de 2012.

Dictamen del cual en auto del 21 de febrero de 2017 (fl. 641), se les corrió traslado a las partes por el término de 3 días, a lo que PORVENIR objetó el dictamen, aportó un nuevo dictamen por parte de SEGUROS DE VIDA ALFA y solicitó se realizara uno nuevo por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. En subsidio de lo anterior, pidió la comparecencia del perito, en los términos del artículo 228 CGP.

En efecto, con la aludida objeción, se allegó dictamen proferido por SEGUROS ALFA el 21 de septiembre de 2016 (fls. 648 a 651), en el que estableció una PCL del 34.70%, estructurada al 16 de agosto de 2016 y posteriormente el 11 de junio de 2018, PORVENIR aportó dictamen del 8 de junio de 2017 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez en la cual determina una PCL del 41.78%, estructurada al 5 de abril de 2016 (fls. 663 a 668). Dictámenes estos a los que el a quo en audiencia del 9 de octubre de 2018 (CD – fl. 690), corrió traslado a las partes.

Hechas las anteriores precisiones, en lo que se refiere al dictamen proferido por la Universidad Nacional, encuentra la Sala que contrario a lo manifestado por el a quo, este si se profirió por un comité llamado por dicho ente, de calificación laboral, integrado por varios profesionales de la salud entre ellos su director SANTIAGO BUENDÍA VÁSQUEZ, quien aparece firmando el dictamen, por lo que si bien su rúbrica es la única que aparece en el citado documento, ello no implica que haya sido realizado únicamente por ese profesional, pues con lo manifestó el ente Universitario en el oficio del 4 de abril de 2016, puede incluir o no las valoraciones de los demás integrantes del comité, lo cual no quiere decir que no hayan participado en su realización.

Aspectos estos que fueron de presente al a quo en el pluricitado oficio (fl. 326), sin que las partes presentaran reparo alguno en cuanto a la forma en que se iba a realizar el dictamen, al punto, que el juzgado en atención al

mismo, remitió la consignación de los honorarios efectuados por el actor (fl. 340); de ahí que resulte ilógico que después de dos años de haberse proferido el dictamen, el juzgador indique que carece de valor probatorio por no haber sido realizado por un comité interdisciplinario, cuando de plano, sabía, pues así se lo hizo saber la Universidad, que este sí se iba a efectuar por un comité, pero que iría firmado solo por el director y que de ser el caso, se plasmarían las valoraciones de los demás profesionales del derecho.

Aunado a lo anterior, no es de recibo lo señalado por el juez en el sentido que la parte actora no se percató de tal falencia, cuando se itera, la misma no existió y de tenerse por cierta, el a quo, como director del proceso al momento de recibir el dictamen, si consideraba que no se había realizado conforme a la orden impartida, debió devolverlo a la Universidad para que subsanara la falencia por el anotada, empero, guardó silencio y solo hasta la realización de la audiencia de trámite y juzgamiento llevada a cabo año y medio después y dada la advertencia expuesta por PORVENIR, mediante incidente de nulidad propuesto antes de la realización de la diligencia, se percató de lo que él junto con la accionada, consideraban una falencia.

Ahora, en cuanto a la contradicción del mismo, el artículo 228 del CGP, establece:

“ARTÍCULO 228. CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN. *La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones. Estas deberán realizarse dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento. En virtud de la anterior solicitud, o si el juez lo considera necesario, citará al perito a la respectiva audiencia, en la cual el juez y las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen. La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuanes. Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el testimonio. Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor.*

Si se excusa al perito, antes de su intervención en la audiencia, por fuerza mayor o caso fortuito, el juez recaudará las demás pruebas y suspenderá la audiencia para continuarla en nueva fecha y hora que señalará antes de cerrarla, en la cual se interrogará al experto y se

surtirán las etapas del proceso pendientes. El perito solo podrá excusarse una vez.

Las justificaciones que por las mismas causas sean presentadas dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia, solo autorizan el decreto de la prueba en segunda instancia, si ya se hubiere proferido sentencia. Si el proceso fuera de única instancia, se fijará por una sola vez nueva fecha y hora para realizar el interrogatorio del perito. En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave.

PARÁGRAFO. *En los procesos de filiación, interdicción por discapacidad mental absoluta e inhabilitación por discapacidad mental relativa, el dictamen podrá rendirse por escrito.*

En estos casos, se correrá traslado del dictamen por tres (3) días, término dentro del cual se podrá solicitar la aclaración, complementación o la práctica de uno nuevo, a costa del interesado, mediante solicitud debidamente motivada. Si se pide un nuevo dictamen deberán precisarse los errores que se estiman presentes en el primer dictamen.”

Conforme a ello, en auto del 31 de julio de 2017 (fl. 658), el juzgador de primer grado, ordenó la comparecencia del Dr. SANTIAGO BUENDÍA VÁSQUEZ perito de la Universidad Nacional y nada dijo respecto al dictamen allegado por PORVENIR; por lo que bajo ese entendido y al no poner en conocimiento de las partes tal documental, no podía en la audiencia de juzgamiento correr traslado del mismo, pues ello debió hacerlo en la citada providencia, como tampoco, podía correr traslado en la citada diligencia, del dictamen emitido por la junta regional el 8 de junio de 2017, pues si bien se trata de una prueba sobreviniente, este fue allegado por PORVENIR un año después de proferido; luego además de ser extemporáneo, no tiene razón de ser que se incorpore audiencia y se corra traslado de este en aquella, cuando dado el caso, tal actuación debió surtirse antes de la diligencia.

De suerte, que el dictamen emitido por la Universidad Nacional tiene pleno valor probatorio, máxime si en la audiencia de juzgamiento, el Juez prescindió de la comparecencia del perito, sin que las partes presentaran reparo alguno al respecto, por lo que al no haberse surtido la contradicción del dictamen como lo dispone la norma citada en precedencia, es claro que el mismo quedó en firme.

Así las cosas, al efectuarse el estudio del dictamen emitido por la Universidad Nacional, frente al proferido por la Junta Nacional de Calificación, se denota que en el primero tomó como fecha de estructuración la del accidente de tránsito que tuvo el actor y que dio origen a las patologías que se califican al igual que evaluó las secuelas de la fractura de la tibia y el peroné, el compromiso de la movilidad de la rodilla y pie izquierdo que lo obligan al uso de muletas permanente, además del acortamiento del pie, lesión del nervio ciático y enfermedad degenerativa femoral tibial, menisco externo con ruptura, estableciendo que estas le dan un porcentaje por concepto de deficiencia y minusvalía superior al determinado por la junta nacional dadas las limitaciones en su movilidad, sumado a las incapacidades que a abril de 2015, iban en 869 días (fl. 258); a lo que la junta nacional no indicó por qué estableció como fecha de estructuración el 1° de noviembre de 2013 y si bien señaló que el actor en efecto presenta dificultades en su movilidad, utiliza muletas, además de presentar un acortamiento en uno de sus miembros, no señaló de manera concreta y fehaciente porque tales conceptos no podían incrementar la deficiencia y discapacidad, proel contrario, se limitó a hacer un recuento de los exámenes practicados al actor y lo dicho por la junta regional, sin hacer un análisis concreto y explicar de manera concreta porque confirmaba la decisión de la aludida junta.

Es así, que para la Sala el análisis efectuado por la Universidad Nacional en su dictamen, fue más concreto, preciso y detallado, al punto que explicó de manera detallada el porque del porcentaje en cada ítem, situación que no fue expuesta por la junta nacional en su dictamen; de ahí que haya lugar a declarar la nulidad del dictamen proferido por la junta nacional de calificación de invalidez el 15 de agosto de 2014 y en su lugar, se tenga como tal el emitido por la Universidad Nacional el 5 de diciembre de 2016.

Pensión de invalidez

Al efecto, de manera reiterada, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que, por regla general, la norma llamada a regular la pensión de invalidez es la que se encuentre vigente en el momento de la estructuración de dicho estado, que en este caso lo es el 2 de junio de

2012, de ahí que la norma aplicable sea la Ley 860 de 2003. Normatividad que exige para acceder a la prestación, acreditar 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez.

Al constatar si el demandante cumple con tal exigencia, dado que en el dictamen proferido por la Universidad Nacional se estableció una pérdida de la capacidad laboral del 51.21% (fls. 348 y 349), considerándose invalido al tenor de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, se observa, que ninguna de las partes aportó el reporte de cotizaciones efectuadas por el demandante a PORVENIR a efectos de establecer si acredita o no el número de semanas establecidos en la norma en cita para acceder a la pensión deprecada.

Por ende, en aras de salvaguardar los derechos de las partes, concretamente de contradicción y defensa y en la medida que revisado el paginario, se observa que la discusión siempre se ha centrado en el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral, sin que PORVENIR a la fecha haya efectuado un estudio de la prestación, pues no se evidencia que el accionante la haya solicitado, dadas sus inconformidades en cuanto a los dictámenes; es por lo que la Sala no se pronunciará de fondo sobre la pensión de invalidez y ordenará a PORVENIR que con base en el dictamen emitido por la UNIVERSIDAD NACIONAL, estudie la procedencia o no de la prestación, quedando en libertad las partes, en caso de presentarse alguna inconformidad diferente a la pérdida de la capacidad laboral y fecha de estructuración, de acudir a la jurisdicción para zanjar sus diferencias.

Sin que, en caso de tener derecho a la prestación, esta se vea afectada por la prescripción, como quiera que el dictamen de la junta nacional se profirió el 15 de agosto de 2014 (fl. 130) y la demanda se presentó el 9 de marzo de 2015 (fl. 140), sumado a que el dictamen de la Universidad Nacional, data del 5 de diciembre de 2016 y solo hasta esta sentencia, se le está dando plena validez; de ahí que no pueda decirse que entre una fecha y otra haya transcurrido el término trienal de que trata el artículo 151 del CPL, máxime si la Corte Suprema de Justicia en sentencia 53600 del 6 de mayo de 2015, reiterada en la SL 136 de 2019, en la primera de ellas,

sobre la forma de contabilizar la prescripción en tratándose de pensiones de invalidez, puntualizó:

“En suma, para la Corte, el plazo prescriptivo de la acción tendiente al pago de la pensión de invalidez, que no de su reconocimiento pues ella es imprescriptible, se insiste, empieza a correr desde que el afectado ha tenido ‘conocimiento acabado’ de su estado de invalidez laboral, o sea, no simplemente desde cuando se causa el infortunio o se advierten los primeros síntomas de la afectación a la salud o integridad de la persona o trabajador, sino desde cuando queda firme la ‘determinación’ de la incapacidad o invalidez laboral que a ese respecto profiere la correspondiente Junta de Calificación de Invalidez.”

Así las cosas y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** el proveído de primera instancia en la forma antes indicada.

COSTAS

En ambas instancias a cargo de PORVENIR y la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, 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:

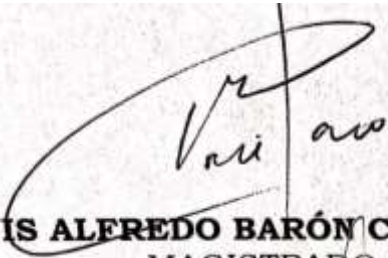
PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, **DECLARAR LA NULIDAD** del dictamen proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ el 15 de agosto de 2014 y en consecuencia, tener como válido y para todos los efectos, el emitido por la UNIVERSIDAD NACIONAL el 5 de diciembre de 2016, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a **PORVENIR S.A.** estudie la procedencia o no de la pensión de la invalidez deprecada por el actor, teniendo en cuenta para ello el dictamen proferido por la UNIVERSIDAD NACIONAL el 5 de diciembre de 2016, sin que, en caso de tener el demandante derecho a la prestación, esta se vea afectada por la prescripción, al igual que se advierte, que en caso de

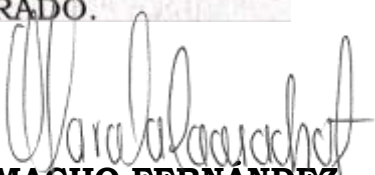
presentarse alguna diferencia respecto a la pensión de invalidez, diferente a la perdida de la capacidad laboral y fecha de estructuración, de acudir a la jurisdicción para zanjar sus diferencias.

TERCERO: COSTAS en ambas instancias a cargo de PORVENIR y la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

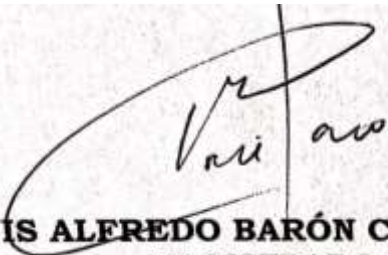


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PORVENIR y la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, 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 SANDRA MILENA PEÑA GÓMEZ
contra FIDUAGRARIA S.A. vocera y administradora del PAR ISS
LIQUIDADO, LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO
PÚBLICO Y LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**

En Bogotá D. C. a los veinticinco (25) días del mes de marzo 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

La señora **SANDRA MILENA PEÑA GÓMEZ**, pretende se **declare** que estuvo vinculada al ISS mediante contrato de trabajo desde el 30 de diciembre de 2005 hasta el 30 de junio de 2012 o por el tiempo que se pruebe en el proceso. Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la demandada al pago de la indemnización moratoria o la indexación de las sumas adeudadas, junto las vacaciones, prima de navidad legal, prima de servicios extralegal, cesantías, intereses a las cesantías convencionales, prima técnica, aportes a la seguridad social que le correspondía pagar a la entidad y que sufragó de su patrimonio, nivelación salarial o incremento salarial convencional y las costas del proceso (fls. 208 y 209).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 205 a 208), señaló que prestó sus servicios personales al ISS del 30 de diciembre de 2005 al 30 de

junio de 2012 cumpliendo inicialmente funciones de un profesional especializado en el grupo de tutelas y posteriormente como coordinadora del centro de atención pensiones, luego en el centro de decisión de Resoluciones y finalmente en el centro de atención pensiones – servidores públicos, todos de la seccional Cundinamarca. Refiere que su vinculación se dio mediante contratos de prestación de servicios, en los que recibió órdenes, cumplió horario, ejecutó sus labores en las instalaciones y con los elementos de la accionada. Sostiene que existían trabajadores de planta vinculados mediante contrato de trabajo que prestaban sus servicios en iguales condiciones que ella. Indica que el último salario devengado ascendió a \$2.104.668 y que cumplía funciones en iguales condiciones que los profesionales especializados vinculados al Instituto a través de contrato de trabajo. Señala que su salario jamás fue incrementado en la misma proporción que a los trabajadores oficiales, como tampoco se le cancelaron las prestaciones sociales legales y extralegales que aquellos también devengaba, ni le pagaron los aportes a seguridad social. Finalmente, aduce que el 15 de agosto de 2013, reclamó ante el ISS el pago de las prestaciones sociales que le asistían como trabajadora oficial.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO contestó la demanda (fls. 259 a 270), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, no le constan en su totalidad. Propuso las excepciones de inexistencia de la relación laboral con el Ministerio, inexistencia de solidaridad o de vínculo entre la demandante y el Ministerio, inexistencia de solidaridad o sustitución de obligaciones entre el ISS y el Ministerio, ausencia de título legal oponible al Ministerio y prescripción.

De otro lado, **FIDUAGRARIA S.A. vocera y administradora del PAR ISS LIQUIDADO** se opuso a las pretensiones del introductorio (fls. 291 a 307). Respecto a los hechos, los niega y no le constan en su totalidad. Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, libertad de ejercicio de la profesión u oficio, ausencia de nexo causal – inexistencia del contrato de trabajo o prestación de servicios con FIDUAGRARIA S.A., falta de requisito de la reclamación administrativa, prescripción, sobre de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe y no utilización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Así mismo, en auto del 12 de mayo de 2017 (fl. 309), se ordenó la integración del litisconsorcio necesario por pasiva con **LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** quien se opuso a las pretensiones del libelo (fls. 341 a 361). Sobre los hechos, no le constan en su totalidad. Formuló las excepciones de mérito de falta de legitimidad en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, inexistencia de la facultad y consecuente deber jurídico de este Ministerio para reconocer y pagar prestaciones sociales y derechos convencionales, caso en estudio, cobro de lo no debido, inexistencia de la solidaridad entre el ISS y el Ministerio, prescripción y caducidad.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 22 de octubre de 2018 (CD – fl. 402), **absolvió** a las demandadas de las pretensiones de la demanda, **declaró** probada la excepción de falta de legitimidad en la causa por pasiva respecto del Ministerio de Salud y la de prescripción e inexistencia de la obligación respecto de FIDUAGRARIA S.A. y **condena** en costas a la accionante, en la suma de \$300.000.

Fundamentó su decisión, indicando que para acreditar la prestación personal del servicio, la demandante aportó certificación expedida el 10 de octubre de 2013 por el Instituto de Seguros Sociales, en la que hace constar que celebró diversos contratos de prestación de servicios y enlista la relación de la cual se estableció que la actora prestó los servicios de manera continua, sin embargo, con los contratos vistos a folios 6 a 12, además del interrogatorio, junto con los testimonios de María Gladys Márquez Verdugo, Juan Alejandro Jiménez y José Adrián Monzón Solórzano, se evidencia que las funciones desempeñadas por la actora no siempre fueron las mismas, por lo que debido a esa diferencia, se estudiaran individualmente. En cuanto al vínculo contractual del 2 de enero de 2006 al 31 de marzo de 2008, expone que con la citada certificación del 2 de enero de 2006 al 31 de marzo de 2008 y con el testimonio de José Adriano Mozón Solórzano se estableció que la actora prestó sus servicios al instituto de manera personal como abogada sustanciadora del grupo de tutelas, recibía reparto diariamente, al igual que debía prestar sus servicios dentro de las instalaciones de la entidad, lo cual coincide con lo dicho por ella en su interrogatorio en el que manifestó que era la encargada de efectuar el reparto que hacían diariamente para distribuirlo

entre los abogados del grupo, además, indica el a quo que con los contratos de prestación de servicios se verifica que tenía entre otras funciones las de *“Asesorar jurídicamente a la entidad en la toma de decisiones de las prestaciones económicas a reconocer a los asegurados, brindar la información requerida y necesaria a la gerencia seccional para dar pronta y cumplida respuesta a los requerimientos impetrados por peticionarios a o entidades públicas, colaborar en la realización de investigaciones administrativas para adelantar y culminar la decisión de prestaciones económicas”*. En cuanto a la subordinación, expone que se pudo establecer que recibía ordenes e instrucciones precisas y continuas por parte de sus superiores, en cuanto a la forma y tiempo de realizar sus actividades, debía cumplir un horario de 7 a 5:30 de la tarde, debía estar disponible para la prestación de los servicios en las instalaciones del Instituto de Seguros Sociales, en caso de no cumplir con las metas establecidas, había reunión en la jefatura y llamados de atención de manera oral y en reuniones de grupo, al igual que se determinó que las actividades desarrolladas por la demandante no lo fueron de manera temporal, como tampoco se enmarcan dentro de las excepciones establecidas en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993; de ahí que considere que durante ese lapso, sea dable declarar la existencia de un contrato de trabajo, sin embargo, aduce que este se ve afectado por la excepción de prescripción, en tanto la reclamación administrativa se elevó el 15 de agosto de 2013, trascurriendo más de 3 años entre la finalización y la fecha de presentación de la reclamación; por lo que los derechos derivados de ese contrato se encuentran prescritos.

Respecto del vínculo que data del 1° de abril de 2008 al 30 de junio de 2012, expone que con los documentos allegados se denota que fungió como coordinadora del CAP (centro de atención pensiones), como también del interrogatorio de parte y los testimonios de María Gladys Marques Verdugo y Juan Alejandro Jiménez, se denota que para ese periodo se desempeñó como líder del CAP y estaba encargada de la dirección, cerciorarse del cumplimiento de las funciones e indicaciones de la seccional, lo cual se corrobora con los oficios del BANCO DE LA REPÚBLICA y CAJANAL dirigidos a ella y en los que la identifican como coordinadora de dicho centro, sin que se pueda establecer que para ese interregno estuviera sujeta al cumplimiento de horario, pues si bien los testigos manifestaron que ella era la encargada de vigilar el cumplimiento del horario de sus subalternos, al indagarse sobre quien vigilaba el cumplimiento de la accionante divagaron sin responder con

concreción e indicaron que el CAP se abría a las 8:00 am y se cerraba a las 5:00 pm, como tampoco se pudo determinar que recibiera ordenes o indicaciones precisas respecto de la forma, tiempo y modo de ejecución de la labor encomendada, en tanto aquellos señalaron que las indicaciones las recibía a través de oficios y circulares internas, sin que ello sea prueba suficiente de la subordinación y si bien en los referidos documentos se dan indicaciones, estos no limitan en la autonomía propia de los contratos de prestación de servicios, más cuando ella tenía personal a cargo y era la encargada de coordinar el CAP el cual dirigía; siendo de su conocimiento dada su condición de abogada, las obligaciones que implicaba el contrato de prestación de servicios como coordinadora del CAP. Concluye que debido a que el primer contrato se encuentra prescrito y en la medida que en el segundo interregno no se demostró la existencia del mismo, se debe absolver a las demandadas de las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que el a quo erró al determinar que el inició de la relación laboral fue en el año 2006, pues de los contratos de prestación de servicios de prestación se determinó que el contrato empezó a regir el 30 de diciembre de 2005 y culminó el 30 de junio de 2012. Refiere que un cambio de funciones no es suficiente para escindir o fraccionar una relación laboral, máxime cuando los testigos indicaron que la prestación del servicio fue continua sin interrupciones, de ahí que el cambio de funciones manifieste el poder subordinante que ejerció la entidad. Aduce que para el periodo comprendido entre 2008 y 2012, los testigos fueron enfáticos en señalar que cumplía un horario de trabajo y con las directrices de la seccional Cundinamarca y que si bien fungía como líder, las directivas venían del gerente de la seccional, al punto que indicaron que tuvo una licencia de maternidad y fue reemplazada, de ahí que no se pueda afirmar que esos testigos fueron vagos y generales, cuando refirieron que su actividad de líder la desarrollaba con base en órdenes, teniendo a su cargo el control del CAP donde efectuaba notificaciones, estaba pendiente de las Resoluciones y de la atención del grupo que conformaba el centro de atención. Menciona que tales actividades no pueden ser desarrolladas por una persona autónoma y alejada de las directrices del instituto, por el contrario, al ser de tan responsabilidad es obvio que debía estar sujeta a estrictos controles por parte de sus superiores. Finalmente, sostiene que se encuentran demostrados los elementos propios del contrato de

trabajo del 30 de diciembre de 2005 al 30 de junio de 2012 sin interrupción alguna, pese al cambio de funciones.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si la demandante ostentó la calidad de trabajadora oficial de la demandada y en caso afirmativo, analizar si entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 30 de diciembre de 2005 hasta el 30 de junio de 2012, junto con la procedencia de los emolumentos solicitados, previo estudio de la excepción de prescripción o si por el contrario, dadas sus funciones era una empleada pública o una contratista de prestación de servicios.

Contrato de trabajo

Afirma la accionante que prestó sus servicios personales al ISS de manera continua, subordinada y dependiente, además de cumplir un horario, del 12 de junio de 2012.

Según la certificación de folio 18, se tiene que la demandante se vinculó al Instituto bajo la modalidad de Contrato de Prestación de Servicios Profesionales regulado en la Ley 80 de 1993; contratación ésta que si bien es válida, en su desarrollo pueden presentarse elementos y características de un contrato de trabajo, lo cual se evidencia de la realidad de la relación y que debe primar frente a los datos aparentes que ofrezcan los documentos o contratos con apoyo en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

Ahora en este asunto de trascendental valor, determinar la calidad de servidor público que ostentaba la señora SANDRA MILENA PEÑA GÓMEZ durante la vigencia de la relación laboral pretendida con la demandada, de conformidad con el Acuerdo 145 del 4 de febrero de 1997, máxime si las condenas solicitadas se encuentran cimentadas en la existencia de un contrato de trabajo.

Así las cosas, en cuanto a la calidad de servidora de la actora ante la entidad, en la fecha de su retiro y durante la vigencia de la relación contractual, los

Decretos 461 de 1994 y 656 de 1995, aprobatorios de los Acuerdos No. 003 de 1993 y 82 de 1995 que contemplaban la categoría de los funcionarios de la seguridad social del I.S.S., fueron derogados mediante el Decreto 416 del 20 de febrero de 1997, que aprobó el Acuerdo 145 del 4 de febrero de 1997, expedido por el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, en el cual se estableció que sus servidores se clasificarían según su desempeño en:

Empleados Públicos: Presidente del Instituto, Secretario General y Seccional, Vicepresidente, Gerente, Director, Asesor, Jefe de Departamento, Jefe de Unidad, Subgerente, Coordinador Clase I, II, III, IV y V, Jefe de Sección, Funcionarios Profesionales de Auditoría Interna, Disciplinaria, Calidad de Servicios de Salud y Contratación de Servicios de Salud, Servidores Profesionales y las Secretarías Ejecutivas de los Despachos del Presidente, Secretario General o Seccional, Vicepresidente, Gerente y Director.

Trabajadores Oficiales: Las personas que desempeñen los demás cargos.

Revisadas las pruebas obrantes en el expediente, del objeto de los contratos de prestación de servicios, se desprende que la accionante fue contratada como profesional – abogada del departamento de atención al pensionado de la seccional Cundinamarca, entre otras, asesorar jurídicamente al seguro social gerencia seccional pensiones en la toma de decisiones sobre las prestaciones económicas a reconocer a los asegurados y/o beneficiarios de las mismas, proyectar la decisión correspondiente según el asunto a asesorar, en la decisión de prestaciones de primera instancia y recursos de reposición, coadyuvar y brindar la información requerida y necesaria a la gerencia seccional – pensiones seguro social para dar pronta y cumplida respuesta, a los requerimientos impetrados por los peticionarios o entidades públicas.

Así mismo, la accionante en el interrogatorio de parte que rindió ante el juzgador de primer grado, afirmó que suscribió con el extinto ISS varios contratos de prestación de servicios de diciembre de 2005 a junio de 2012 y se desvinculó por razones personales y en la actualidad labora en COLPENSIONES. Refiere que básicamente tuvo dos contratos con objetos contractuales diferentes, ya que inicialmente estuvo como profesional universitario en el grupo de tutelas donde se encargaba de coordinar el proceso, verificación, contestación de tutelas sustanciación de expedientes

pensionales y además efectuaba el reparto al grupo de abogados que hacían parte de esa dependencia; posteriormente se enfocó en el centro de atención al pensionado de Fontibón y servidores públicos. Sostiene que la seguridad social era asumida por ella como contratista e inicialmente vigilaba su contrato gerente de atención al pensionado y posteriormente el gerente de la seccional Cundinamarca. Finalmente, señala que al principio se encargaba de efectuar el reparto entre los abogados del grupo y revisar un promedio de 20 resoluciones diarias que era más o menos la producción diaria del grupo, después, en los CAP, el objeto estaba enfocado a garantizar la prestación del servicio, la cual estaba definida en un horario de atención al público de 8:00 am a 4:00 pm pero hasta que no culminaran la atención no podían cerrar la oficina.

De otro lado, **MARÍA GLADYS VERDUGO**, manifestó que conoció a la accionante en el CAP NORTE SERVIDORES PÚBLICOS porque aquella llegó a liderar el centro, es decir, que este marchara correctamente y que las personas que estaban allí, cumplieran el horario que era de 8:00 am a 5:00 pm, como también tenía un documento con las funciones de los que estaban allí y velaba por el cumplimiento de las mismas, para evitar represamientos. Expone que el superior de la actora era la seccional Cundinamarca, al igual que manifiesta que la demandante tuvo una licencia de maternidad, recibía correos en los que se le pedía información o que rindiera informes y señala que lo sabe, porque era la secretaria de la demandante. Aduce que hubo empleados de planta ejerciendo las mismas funciones, al igual que cumplía horario y solicitaba los suministros es decir, las herramientas para poder trabajar. Finalmente, menciona que para fin de año o semana santa se laboraban dos horas adicionales y se turnaban entre ellos para disfrutar de un descanso en esos días.

A su turno, **JUAN ALEJANDRO JIMÉNEZ** indicó que trabajó para el ISS de agosto de 2010 a enero de 2012, como asesor jurídico del CAP SERVIDORES PÚBLICOS. Sostiene que la demandante como líder del grupo era la encargada de cerciorarse del cumplimiento del horario y de las funciones, además a través de ella recibían las indicaciones de parte de la seccional, adicional a que era la encargada de la dirección del centro y de las funciones que ellos debían cumplir. Menciona que todos incluida la accionante, cumplían un horario de 8:00 am a 5:00 pm, como también para el cumplimiento de las funciones se utilizaba el mobiliario, dotaciones y

herramientas suministradas por el Instituto. Finalmente, indica que para fin de año y semana santa, había turnos los cuales eran asignados por la actora, para disfrutar de un descanso en esas fechas, los cuales ella también cumplía.

Finalmente, **JOSÉ ADRIANO MONZÓN SOLORZANO** afirmó que laboró en el grupo de tutelas de septiembre de 2005 a marzo de 2009, como abogado sustanciador. Señaló que la actora ingresó en diciembre de 2005 también como abogada sustanciadora. Menciona que el grupo de tutelas estaba conformado por 20 personas y debían cumplir un horario de 7:00 am a 5:30 o 6:00 pm y debían sustanciar alrededor de 100 resoluciones mensuales y si no cumplían con la meta o el horario les llamaban la atención y dependiendo el volumen de trabajo laboraban los sábados.

En igual sentido, obra una serie de correos electrónicos, memorandos y oficios, dirigidos a la accionante tanto de entidades públicas como de la Gerente de la Seccional Cundinamarca y otros funcionarios del instituto, en los que hacen alusión a ella como Gerente del CAP FONTIBÓN o NORTE – SERVIDORES PÚBLICOS, en lo que se le dan instrucciones, se le citan a reuniones y capacitaciones, además de solicitarle copia de historias laborales y apertura de capetas de asegurados (fls. 27 a 71).

De lo anterior se colige, que si bien la señora Peña Gómez fue contratada por el ISS como abogada de la seccional Cundinamarca, al igual que ejecutó sus labores de manera continua desde el 30 de diciembre de 2005 hasta el 30 de junio de 2012, presentando una interrupción del 13 de septiembre al 5 de diciembre de 2010, en virtud de la licencia de maternidad que disfrutó para ese periodo (fls. 72 a 79), lo cierto es que no todo ese tiempo fungió como trabajadora oficial.

Afirmación ésta que encuentra sustento no solo en la documental en comento, sino también de lo dicho por ella en su interrogatorio donde manifestó que su vínculo contractual tuvo dos objetos, además de lo señalado por los testigos María Gladys y Juan Alejandro, de los cuales se evidencia que del 1° abril de 2008 al 30 de junio de 2012, fungió como gerente o coordinadora inicialmente del CAP FONTIBÓN y posteriormente del CAP NORTE – SERVIDORES PÚBLICOS, ejecutando funciones de dirección, confianza y manejo pues tenía a su cargo el personal que prestaba sus servicios en esos centros a quienes

controlaba el horario y funciones, además de estar al pendiente del correcto funcionamiento de la dependencia, a más que era quien impartía las instrucciones provenientes de sus superiores a sus subalternos; luego es claro que esas actividades no las realizó como trabajadora oficial sino como empleada pública, encontrándose dentro de los servidores a que hace referencia el numeral 10° del Decreto 416 de 1997, esto es, Coordinador clase 1 a 5 e incluso, también podría enmarcarse en el numeral 11 como jefe de sección.

Bajo ese entendido, es claro que el cargo de Gerente o Coordinadora en este caso del CAP – centro de atención pensiones que desempeñó la accionante del 1° de abril de 2008 al 30 de junio de 2012, lo hizo en calidad de empleada pública y no de trabajadora oficial; sin que su actividad estuviera inmersa en la excepción prevista en el inciso 3° del artículo 1° del Decreto Ley 3135 de 1968, en tanto se logró demostrar que para el desempeño de sus funciones se requería de la especial **confianza** que entraña el carácter *intuitu personae*, pues era la encargada de velar por el correcto funcionamiento de los centros a su cargo, lo cual hacía a través de sus subalternos a quienes les impartía ordenes, controlaba sus horarios y funciones, sumado al hecho que representaba al Instituto ante las entidades públicas, ya que era la encargada de oficiar a las mismas a fin de verificar las certificaciones de tiempos públicos que anexaban los afiliados con la solicitud de pensión, atendía los requerimientos de historias laborales efectuados por estas, junto con la apertura de carpetas de los servidores de aquellos entes, incluso, era quien velaba por la asesoría que en el centro se le brindaba al afiliado o pensionado y estaba al tanto del proceso de notificación de las resoluciones que se efectuaba en dichas dependencias, al punto que todas las actividades que se ejecutaban en el CAP se hacían bajo su supervisión.

De suerte, que no cabe duda que dadas las actividades y el cargo desempeñado por la actora, esta ostento la calidad de empleada pública de la demandada en el periodo en comento; por lo que si bien no se desconoce la prestación personal del servicio la cual pudo estar sujeta al cumplimiento de un horario y a las directrices u órdenes de un superior, lo cierto es que ésta no lo fue de tipo laboral, en tanto no acreditó la calidad de trabajadora oficial que pretende le sea reconocida y por ende, la existencia de un contrato de trabajo con la demandada.

En un caso de similares características en el que se discute la calidad de servidor del ISS, encontrando que se trató de un empleado público, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL – 3266 de 2020, decidió:

“En ese orden, la Sala evidencia que la actividad ejercida por la actora, de aplicarse el postulado de la primacía de la realidad sobre las formas, lleva a tener que declarar que su vinculación con la demandada lo fue bajo el carácter de empleada pública, como quiera que su labor estaba adscrita a una Dirección Nacional, en este caso, de auditoría disciplinaria, se prestaba directamente al titular del Despacho y además, era de aquellas señaladas en el inciso 3 del artículo 5 del Decreto 3135 de 1968.

De ahí que deba revocarse la decisión condenatoria de primer grado, y en su lugar, absolver a la parte demandada de todo lo pretendido, toda vez que no se logró establecer el carácter de trabajadora oficial en razón a las funciones desempeñadas, y así abordar el estudio e imponer el pago de cada una de las prestaciones y acreencias laborales legales y extralegales reclamadas en la demanda inicial.”

Ahora, en lo que se refiere del periodo comprendido entre el 30 de diciembre de 2005 y el 30 de marzo de 2008, si bien del testimonio del señor José Monzón se desprende que en efecto ejecutó actividades como abogada sustanciadora del grupo de tutelas de la seccional Cundinamarca, en el que estuvo sujeta al cumplimiento de un horario y a las directrices dadas por el Jefe del Departamento de Atención al pensionado, encontrándose acreditada la existencia de un contrato de trabajo, en la medida que sus funciones las desarrolló como trabajadora oficial, lo cierto es que no es dable, entrar a estudiar los emolumentos solicitados, en la medida que la totalidad de estos se ven afectados por la excepción de prescripción.

Ello, debido a que el vínculo como trabajadora oficial finiquitó el 30 de marzo de 2008, la reclamación la elevó el 10 de mayo de 2013 (fl. 181) y la demanda la presentó el 21 de enero de 2015 (fl. 200), transcurriendo más de 3 años al tenor de lo dispuesto en el artículo 151 del CPL, entre la fecha de culminación de la relación laboral y la de la reclamación administrativa e incluso, de la radicación de la demanda; de ahí que in dubitación alguna, se encuentre probado dicho medio exceptivo.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la providencia recurrida, por las razones aquí expuestas.

COSTAS

Costas en esta instancia cargo de la demandante.

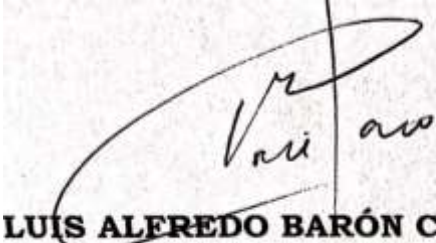
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

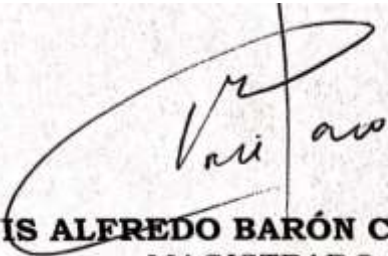


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandante, 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 – JULIETA BARRERA CORONADO
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los veinticinco (25) días del mes de marzo 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 **JULIETA BARRERA CORONADO**, se **condene** a declarar la nulidad de traslado inicial del régimen de prima media con prestación definida que manejaba el ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., se **condene** al retorno inmediato al sistema de prima media, se condene a la AFP PORVENIR S.A. 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 **condene** a COLPENSIONES a tramitar el recaudo de los dineros que posee PORVENIR S.A. por todo concepto como afiliada y activar la afiliación en la nómina afiliación como trabajadora activa, se **condene** ultra y extra petita (fls. 7 a 13).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 7), señaló que cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte que manejaba el ISS desde el 6 de febrero de 1991 hasta el 31 de julio del año 2000, que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se encontraba afiliada al sistema, que fue trasladada a la AFP PORVENIR S.A. el 24 de julio del año 2000, sin cumplir los requisitos legales para el cambio de fondo y de sistema, que aparece afiliada al fondo de pensiones AFP PORVENIR S.A. desde el 1° de agosto del año 2000, que para dicha época se encontraba cotizando como trabajadora dependiente al servicio del HOSPITAL MILITAR CENTRAL, que la AFP 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 en el régimen de ahorro individual, que el fondo no le informó que el valor de la pensión dependía directamente de la modalidad de retiro programado y que el posible monto de la mesada pensional estaba sujeto a los rendimientos de capital fluctuantes por tasas de intereses del mercado, el nivel de 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 administración de tales recursos le efectuaría el fondo y que disminuyen mes a mes en el monto ahorrado.

Adicionalmente, el fondo no le informó que, bajo el régimen de prima media con prestación definida, tenía un derecho cierto, que se consolidaba en una mesada pensional con un valor vitalicio constante, resultante de aplicar el porcentaje establecido en la Ley, acorde con el número de semanas cotizadas, que ha cotizado semanas que le permiten pensionarse en el régimen de prima media, que contrario sensu el capital acumulado en la AFP no le permite pensionarse a los 57 años de edad, ya que el bono pensional debe ser negociado en la bolsa, pues se redime a los 65 años de edad, consistente en una pensión que equivaldría en el salario mínimo legal mensual vigente, la AFP no le informó que para pensionarse a los 57 años era obligatorio acogerse a la modalidad de retiro anticipado que implica la venta del bono pensional en el mercado secundario, con un alto costo por esta transacción que repercute directamente en el valor de la pensión, faltando el fondo con su deber profesional de información, asaltando en tal medida con la buena fe.

Por último, indica que el 22 de junio de 2016, radicó solicitud de nulidad de traslado a la AFP PORVENIR S.A., solicitud que fue negada el 18 de julio de 2016, realizó la misma solicitud ante COLPENSIONES el 29 de junio de 2016, siendo negada el mismo, día mes y año.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó el introductorio (fls. 72 a 79), oponiéndose a las pretensiones de la demanda, sobre los hechos, manifestó ser ciertos los numerales 1 a 4, 18 y 19, frente a los demás indicó no constarle, propuso como excepciones de fondo prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos admitió los numerales 6 y 7, no constarle los numerales 1, 2, 8, 18, 19 y 21; y no ser cierto 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. 92 a 104).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 6 de febrero de 2019 (CD – fl. 147), **absolvió** a las demandadas de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la demandante en la suma de \$500.000.

Fundamentó su decisión, indicando que el eje del proceso se encontraba en establecer la validez o no de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, de acuerdo a la solicitud de cambio de régimen de fecha 24 de julio del 2000, con efectos a partir del 1 de agosto de esa anualidad y si en ella habían mediado o no vicios del consentimiento, paso seguido, hizo relación a la prueba documental y declaraciones de parte rendidas.

Estableciendo que revisada la diligencia de interrogatorio de parte no encontraba que la toma de decisión, hubiera estado precedida de un elemento que pudiera calificarse como doloso por parte del asesor en la forma en la que se insinuaba en la demanda, adujo también el sentenciador que la demanda se afirmaba por parte de la actora que el objetivo para acceder al régimen de ahorro individual básicamente era la de obtener una mayor mesada pensional y la posibilidad de pensionarse anticipadamente, frente a lo cual consideraba que los dos sistemas pensionales presentaban características en las cuales una persona podía acceder a una pensión en mejores condiciones que en el otro sistema, siempre que se cumplieran con ciertos presupuestos, anotando que al momento de la asesoría la accionante oscilaba más o menos en los 30 años de edad y no llevaba mayor número de cotizaciones en el régimen de prima media, como para deducir en ese escenario una expectativa particular frente a la condiciones pensionales.

Adicionalmente, no se evidenciaba que la demandante hubiera tomado esa decisión atendiendo un criterio de prelación o de importancia frente al aspecto pensional, no se evidenciaba que el aspecto pensional fuera de suficiente importancia para ella, mencionando que a la demandante le correspondía acreditar ciertas afirmaciones del interrogatorio, como por ejemplo; que el asesor le dijo que el Seguro Social se iba acabar, más aún cuando aducía una conducta dolosa por parte de una persona, de manera que la carga de demostrar esa conducta dolosa le correspondía a quien afirmaba.

Respecto a las otras afirmaciones indicadas por la demandante, estableció el *a quo* que, podría decirse que esas se podían darse dentro del escenario del régimen de ahorro individual, toda vez que si hay un mayor ahorro podía generar una mesada pensional mayor, respecto al bono pensional el valor o saldo de la cuenta de ahorro podría entrar dentro de la masa sucesoral lo que no pasaría en el régimen de prima media, aduce que pedirle a un asesor que explique las ventajas o desventajas de un sistema u otro implicaría una valoración subjetiva del asesor, para eso se encontraba la ley que explicaba las condiciones de uno u otro sistema.

Sostuvo, el Juez que para efectos de la selección del régimen o de traslado las partes debían cumplir con unas cargas, entre ellas que el afiliado manifestara por escrito su voluntad de cambio lo que aparecía en el formulario visible a folio 39, refiere que en varios pronunciamiento de la CSJ Sala de Casación Laboral esas manifestaciones genéricas no siempre tenían el valor suficiente para acreditar que la decisión fue libre o voluntaria, considerando que en Colombia no existe una tarifa legal de pruebas para acreditar un hecho y que si bien era cierto, se establecía por el ordenamiento legal darle inclusive mayor credibilidad a lo descrito, en ese escenario se estaría desvirtuando la seguridad jurídica para efectos de la valoración probatoria.

No encontrando el despacho vicio del consentimiento, por cuanto si bien la demandante tenía unas expectativas de pensionarse en mejores condiciones y anticipadamente; y sobre esa premisa había tomado la decisión, le correspondía haber verificado su afiliación previamente, consultando con terceras personas no solamente con el asesor, por ejemplo; haber acudido a COLPENSIONES, señala que si bien los Fondos de pensiones son los expertos y que ellos deben tratar a los afiliados casi que como inimputables y que deben ser tratados con algún grado de consideración, también lo era que habían personas sin estudio o mayor formación académica que han permanecido en el régimen de prima media luego de haber tomados las medidas necesarias para informarse, por lo que no podía decirse que todas las personas que se trasladan de régimen lo han hecho bajo engaños.

Finalmente, manifestó que por parte de la demandante no había una priorización en el tema pensional, que tan era así que no había aprovechado las oportunidades para trasladarse nuevamente al régimen de prima media cuando la Ley 797 de 2003, fijo los términos de hasta cuando una persona se podía trasladar de régimen.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, argumentando que no compartía los conceptos emitido por la sentencia de prima instancia, partiendo de la base que se señalaba que no había existido dolo al momento

de efectuarse el traslado por parte del Fondo, mencionando que lo que se pide en la demanda es que se anule el traslado inicial del fondo donde se encontraba al fondo de ahorro individual por falta de información clara oportuna y concisa, por lo que la carga de la prueba se invertía, por cuanto el afiliado desconocía las cosas, pese a que la ley presume que las conoce, toda vez que no tiene conocimiento frente a cómo funciona la seguridad social en el país, por lo tanto, esa información se la debieron dar COLPENSIONES o del fondo de pensiones privado.

Agrega, que el solo hecho de firmar un formulario no significa que le dieron información clara, aquí debía haberse demostrado por parte del fondo que la persona que dio la asesoría fue una persona idónea, sin embargo, no se había aportado la hoja de vida del asesor, de manera que no es dable decir que la culpa es del trabajador porque no acudió a otras personas para asesorarse, pues fue precisamente cuando apareció la necesidad que se vio asaltada en su buena fe, es decir, al momento de pensionarse, en donde se dio cuenta que por parte del fondo privado, le iban a ofrecer un salario mínimo.

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 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 comentario, 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 JULIETA BARRERA CORONADO el 24 de julio del año 2000 (fl. 106), 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, efectuando cotizaciones en el RAIS desde el 1° de septiembre de 2009 a la fecha (fls. 111 a 123). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES de forma interrumpida del 6 de febrero de 1991 al 31 de julio del año 2000 (fls. 84 a 86).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 106 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 la AFP PORVENIR S.A., 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.

Ahora, si bien la demandante era mayor de edad al momento del traslado, contrario a lo señalado por el *a quo*, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema o por el hecho de permanecer 30 años o más en el RAIS, de por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con el régimen, habida cuenta que el deber de información data independientemente de la edad o del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado; siendo el deber de la AFP asesorarla y no de esta, de buscar la información por sus propios medios.

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 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, 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 **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 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 38 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.

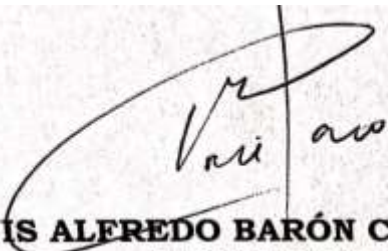
SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone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

TERCERO: 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 PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

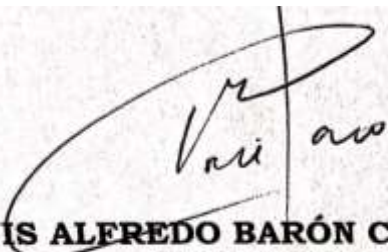


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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 INSTAURADO POR MARÍA ETELBINA ORTÍZ contra FONADE y MINISTERIO DE CULTURA DE COLOMBIA

En Bogotá D. C. a los veinticinco (25) días del mes de marzo 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 **MARÍA ETELBINA ORTÍZ** se **declare** que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 29 de septiembre de 2010 hasta el 31 de octubre de 2014. Como consecuencia, se **condene** a la demandada al reconocimiento y pago auxilio a las cesantías, vacaciones, prima de vacaciones y prima de antigüedad, se **condene** a la indemnización moratoria prevista en el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, se **condene** a la indexación y se **condene** ultra y extra petita (fls. 3 a 4).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan de fls. 2 a 3. En los cuales en síntesis se señalaron, que laboró mediante contratos de prestación de servicios de forma personal y subordinada para el FONADE en la biblioteca nacional desde el 29 de septiembre de 2010

hasta el 31 de octubre de 2014, que durante su vinculación desempeñó funciones correspondientes al manejo de archivo, esto incluía mantenimiento de los documentos, limpieza y depuración de documentos, atendiendo las ordenes de un jefe inmediato, debía cumplir un horario de 8 horas de lunes a viernes, jornada que iniciaba a las 8:00 a.m. hasta las 5:00 p.m., no se le canceló durante la vigencia del contrato ninguna prestación social, adicionalmente la empresa le efectuó retenciones en la fuente sobre los pagos realizados por la prestación de sus servicios, pese a que dado sus ingresos no estaba obligada a cancelar ese tributo.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

El **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO “FONADE”** contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser cierto el numeral 5 y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, prescripción, buena fe y genérica (**fls. 62 a 77**).

El **MINISTERIO DE CULTURA** contestó oponiéndose también a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó no constarle los numerales 1 y 5, en cuanto a los demás señaló no ser ciertos, propuso como excepción de fondo inexistencia de los elementos constitutivos de una relación laboral (fls. 333 a 337).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 20 de noviembre de 2018, **absolvió** al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO “FONADE” y al MINISTERIO DE CULTURA a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas a la parte actora en 1 SMLMV (**CD fl.372**).

Como argumento de su decisión, inició haciendo referencia a la naturaleza jurídica del FONADE entidad que tiene la calidad de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, razón por la cual quienes prestan sus servicios en dicha entidad por regla general tienen la calidad de trabajadores oficiales.

Paso seguido hizo referencia a lo dispuesto en Decreto 2127 de 1945, así como a lo dispuesto en el artículo 3° de la ley 80 del 1993, estableciendo la *a quo* que en el presente caso no se acreditaba de manera alguna que la prestación del servicio hubiera sido continua, ya que se había realizado en 7 periodos de tiempo entre el 29 de septiembre de 2010 al 30 de diciembre de 2010, del 4 de abril de 2011 a junio de 2011, 8 de junio de 2011 al 30 de diciembre de 2011, del 2 de mayo de 2012 a 31 de diciembre de 2012, del 8 de febrero de 2013 a 8 de abril de 2013, del 16 de abril de 2013 al 30 de abril de 2013, del 8 de septiembre de 2014 al 31 de octubre de 2014, no probándose que se hubiere realizado de manera permanente y continua.

Refiere que de la declaración rendida por la testigo ZULLY EDITH LANCHEROS, quien había indicado que la demandante había sido coordinadora de gestión documental, encontraba su versión mentirosa, por cuanto decía que había sido compañera de trabajo de la demandante en la Biblioteca Nacional, que había empezado a laborar en octubre de 2011 y había trabajado hasta comienzos del 2014, describe las funciones que realizaba la demandante y que tenía un horario de 8 de la mañana a 5 de la tarde de lunes a viernes en la Biblioteca Nacional, sin embargo, la testigo se contradecía por cuanto había dicho que había trabajado hasta comienzos del 2014, pero con la documental aportada al expediente se tenía que la demandante había laborado del 8 de septiembre de 2014 al 31 de octubre de 2014, siendo entonces físicamente imposible que ese testimonio tuviera constancia de las circunstancias sucedidas a la demandante durante ese periodo, contradicciones que también se observaban de las declaraciones rendidas por la testigo Deyanira Romero.

Agrega la *a quo*, que con la documental aportada se podía observar que la entidad demandada había cumplido con las formalidades establecidas para los contratos estatales, no se probaba la existencia de subordinación y dependencia requerida.

RECURSO DE APELACIÓN

Parte demandante

Inconforme con la decisión la parte actora interpuso recurso de apelación indicando que, de los testimonios escuchados se había podido determinar que la accionante no contaba con libertad y autonomía técnica, ni administrativa, características fundamentales de los contratistas independientes, encontrándose frente a un muy buen contrato de prestación de servicios en razón a la forma del contrato, pero aplicado a la persona de forma errónea, ya que la señora ETELBINA no contaba con ninguna de las características profesionales para ejecutar este servicio con la denominación de contrato de prestación de servicios.

Indica que si bien la señora ETELBINA prestó sus servicios en la Biblioteca Nacional, esto fue bajo pedido de FONADE, quien fue la entidad que la suscribió con el convenio administrativo 20911 del año 2009, no se había dirigido la demanda a la Biblioteca Nacional a pesar de que el cumplimiento de horarios de la prestación de servicios se había manejado al interior de ésta, siendo claro que la empresa que contrato los servicios de la señora ETELBINA fue el FONADE, tanto era así que en el numeral 6° del contrato de prestación de servicios número 2110448, el FONADE justificaba la contratación de la señora ETELBINA, al no contar con el personal suficiente para suplir las necesidades de recursos humanos requerido para cumplir en forma debida y oportuna las obligaciones adquiridas en virtud de los convenios que éste celebraba.

Por lo tanto, se encontraba acreditado los 3 elementos esenciales del contrato laboral, la actividad personal del servicio por parte de la señora ETELBINA, se presentó una subordinación a través del cumplimiento

de un horario establecido por la Biblioteca Nacional en virtud del contrato que existió entre el FONADE y la Biblioteca Nacional, un salario como retribución del servicio el cual fue pagado por el FONADE como lo ratifica en la contestación de la demandada. Sostiene que más que las palabras usadas por los contratantes para definir el tipo de relación que habían contraído, o de la forma en que pretendían dar a la misma, debía tenerse en cuenta sus características y los hechos que de verdad lo determinaban, como que la señora ETELBINA fue trabajadora del FONADE y prestó sus servicios en el interior de la Biblioteca Nacional a petición de ésta.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar si entre la demandante y las demandadas existió un contrato de trabajo el cual se desarrolló entre 29 de septiembre de 2010 al 31 de octubre de 2014 o, por el contrario, si la vinculación se encontraba regida por la Ley 80 de 1993, para lo cual será necesario previamente establecer la calidad de trabajadora que ostentaba. En caso de resultar probada la relación laboral de carácter particular, se analizará la procedencia de las pretensiones solicitadas, así como el estudio de la excepción de prescripción propuesta.

Contrato de trabajo

Afirma la accionante que prestó sus servicios personales en la BIBLIOTECA NACIONAL teniendo en cuenta el convenio interadministrativo No. 209116 suscrito entre el FONADE y el MINISTERIO DE CULTURA de manera continua, subordinada y dependiente, además de cumplir un horario, entre el 28 de septiembre de 2010 hasta el 31 de octubre de 2014.

Según las documentales visibles a folios 10 a 44, se puede ver que la demandante fue contratada por el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO “FONADE” para prestar sus servicios

personales en la BIBLIOTECA NACIONAL a fin de dar cumplimiento al convenio interadministrativo No. 209116 suscrito entre el FONADE y el MINISTERIO DE CULTURA el cual tenía por objeto ejecutar la gerencia integral del proyecto que permitía desarrollar acciones tendientes a la implementación y ejecución del plan nacional de lectura y bibliotecas, el fortalecimiento de la Biblioteca Nacional de Colombia y el plan Nacional Audiovisual 2009-2010, contratación que se realizó bajo la modalidad de Contrato de Prestación de Servicios Profesionales regulado en la Ley 80 de 1993; contratación esta que si bien es válida, en su desarrollo pueden presentarse elementos y características de un contrato de trabajo, lo cual se evidencia de la realidad y que debe primar frente a los datos aparentes que ofrezcan los documentos o contratos con apoyo en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

Para lo cual debe tenerse en cuenta que el principio de la realidad frente a la existencia del contrato de trabajo se da tanto en el sector privado como en el sector público. Por lo tanto, implica en este caso determinar si se trata de una trabajadora oficial, teniendo en cuenta que las demandadas corresponden al FONADE quien es una Empresa Industrial y Comercial del Estado de conformidad con el artículo 1° del Decreto 2178 de 1992 y el MINISTERIO DE CULTURA quien se trata de una entidad pública, bajo esos parámetros es preciso establecer las funciones que ejerció la demandante a fin de fijar si es la jurisdicción laboral la competente para conocer del asunto, en tal sentido es necesario tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, normatividad que dispone:

“ARTÍCULO 5o. EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. *Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los Establecimientos Públicos se precisará que actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.*

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”.

Como bien se precisa de la normatividad antes dicha los trabajadores del FONADE corresponden en su mayoría a trabajadores oficiales y excepcionalmente lo son empleados públicos por tratarse de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, lo cierto es que la actora reconoció durante el devenir del proceso que la prestación personal del servicio se realizó exclusivamente para la BIBLIOTECA NACIONAL entidad que se encuentra a cargo del MINISTERIO DE CULTURA, como lo dispone el artículo 24 de la Ley 397 de 1997, que indica “*Los gobiernos nacional, departamental, distrital y municipal consolidarán y desarrollarán la Red Nacional de Bibliotecas Públicas, coordinada por el Ministerio de Cultura, a través de la Biblioteca Nacional, con el fin de promover la creación, el fomento y el fortalecimiento de las bibliotecas públicas y mixtas y de los servicios complementarios que a través de éstas se prestan. Para ello, incluirán todos los años en su presupuesto las partidas necesarias para crear, fortalecer y sostener el mayor número de bibliotecas públicas en sus respectivas jurisdicciones. El Ministerio de Cultura, a través de la Biblioteca Nacional, es el organismo encargado de planear y formular la política de las bibliotecas públicas y la lectura a nivel nacional y de dirigir la Red Nacional de Bibliotecas Públicas*”, siendo entonces el MINISTERIO DE CULTURA el verdadero empleador, sobre esos parámetros se procede a verificar las funciones ejercidas por la demandante, las cuales fueron las siguientes:

“prestar los servicios de apoyo operativo en la organización del archivo del fondo acumulado del grupo de bibliotecas públicas, de acuerdo a lo establecido en la ley general de archivo en ejecución del plan nacional de lectura y bibliotecas”.

De tal manera, se concluye que las funciones ejercidas por la actora lejos están de tener similitud con las actividades relacionadas con la construcción y sostenimiento de obras públicas. Así las cosas, si bien se solicitó la existencia de un contrato laboral, no se demostró que las

actividades desempeñadas por la señora MARÍA ETELBINA ORTÍZ fueran las correspondientes a la de los trabajadores oficiales.

De igual manera, debe recordarse que el hecho de que la demandante se hubiere vinculado mediante sendos contratos de prestación de servicios durante la vigencia de esa relación, en nada altera la verdadera naturaleza del cargo que desempeñó así como tampoco su condición de empleada público, pues al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha puntualizado que la ley es la que determina la calidad de empleado público o de trabajador oficial, no la voluntad de las partes, ni la forma de vinculación, ni el tratamiento que se le haya dado al trabajador (SL 5338 del 4 de diciembre de 2019), en tal sentido no cabe margen de duda que las funciones realizadas por la demandante estaban calificadas como de empleada pública, teniendo en cuenta que las mismas se relacionan de manera directa con las actividades propias de la BIBLIOTECA NACIONAL entidad que se encuentra adscrita al MINISTERIO DE CULTURA, tales como reunir, organizar, incrementar, preservar, proteger, registrar y difundir el patrimonio bibliográfico y documental de la Nación en el ámbito nacional y regional, respectivamente (*artículo 29, Ley 1379 de 2010*).

En consecuencia, la Sala **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada, al no haberse demostrado la existencia de un contrato de trabajo de carácter particular, por no acreditarse su calidad de trabajadora oficial.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

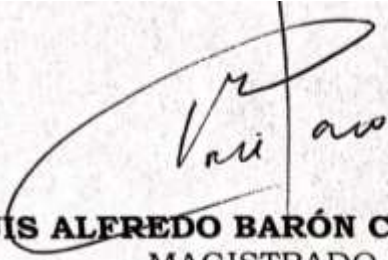
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 31° Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 20 de noviembre de 2018, pero por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

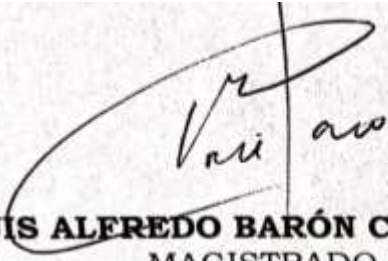


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandante 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.**

1

**SALA LABORAL
SENTENCIA**

ANTECEDENTES

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARMEN ROSA SÁNCHEZ
GITÉRREZ contra LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los veinticinco (25) días del mes de marzo 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 la señora **CARMEN ROSA SÁNCHEZ GUTIÉRREZ**, se **declare** que es beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual le asiste el derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva. En consecuencia, se **condene** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a que tiene derecho desde el 3 de marzo de 2008, se **condene** a COLPENSIONES a rectificar la historia laboral, incluyendo todas las semanas que se encuentran en mora y las contabilizadas en forma errónea, se **condene** a la demandada a pagar la sanción por la no devolución

oportuna de indemnización sustitutiva de pensión de vejez, según lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se **condene** al pago de costas procesales y se **condene** ultra y extra petita (fl.7).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 4 a 6), indicó que nació el 3 de marzo de 1952, que empezó a cotizar el 3 de enero de 1974 al ISS hoy COLPENSIONES hasta el 28 de febrero de 2014, que el 3 de marzo de 2007, cumplió 55 años de edad, que cuenta con 686 semanas válidas para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, las cuales se cotizaron con empleadores privados, aduce que con la expedición del reconocimiento de la pensión de jubilación por parte de la UGPP a través de la resolución RPD 045522 del 1° de octubre de 2013, no se tuvo en cuenta las semanas cotizadas con los empleadores privados, por lo que se hace viable la indemnización sustitutiva. Señala que el 13 de marzo de 2014, solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, solicitud que se negó en resoluciones GNR 292950 del 21 de agosto de 2014, GNR 409809 del 25 de noviembre de 2014, GNR 125657 del 29 de abril de 2014, GNR 216464 del 19 de julio de 2015 y VPB 65775 del 9 de octubre de 2015, que el motivo expuesto para negar la solicitud, fue porque goza de una pensión de jubilación.

2

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 52 a 62), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 2 y 4, en cuanto a los demás señaló no constarle, propuso como excepciones de fondo cobro de lo no debido, prescripción e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 4 de febrero de 2019 (CD – fl. 8), **absolvió** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, **declaró** probadas la excepción de cobro de lo no debido propuesta por la demandada y **condenó** en costas a la demandante en la suma de \$50.000.

Como fundamentó su decisión, la Juzgadora de alzada señaló que la indemnización sustitutiva se causa una vez se cumple con la edad exigida para pensionarse y no haber reunido los requisitos de semanas para acceder a una pensión de vejez, jubilación o por aportes y que se manifestó la imposibilidad de seguir cotizando, que en el presente asunto pretendía la demandante la indemnización sustitutiva al indicar que la UGPP al momento de reconocerle la prestación no tuvo en cuenta las semanas cotizadas en COLPENSIONES, observándose que la UGPP le reconoció la pensión mediante resolución RDP 045522 del 1° de octubre de 2013, conforme a la Ley 33 de 1985, en cuantía de \$1.376.621 a partir del 1° de septiembre de esa anualidad, situación frente al cual COLPENSIONES se apoyaba en razón a que a la demandante no le es dable recibir dos asignaciones del tesoro público.

De acuerdo a lo anterior, adujo la sentenciadora que era necesario acudir a lo dispuesto en el inciso 4° del artículo 17 de la Ley 549 de 1999, normatividad que refiere que todos los tiempos laborados en el sector público y los cotizados al ISS son utilizados para financiar la pensión, trayendo a colación distintas sentencias de la CSJ Sala de Casación Laboral referentes al caso. Concluyendo, que la prestación de la demandante se reconoció con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que había aportado un total de 912,43 semanas al ISS, que cumplió los 55 años de edad el año 2007, por lo que la indemnización sustitutiva se causaría a partir de dicha data, es decir, que tanto la pensión de jubilación reconocida por la UGPP y la indemnización sustitutiva se causaría con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, por lo tanto, al tener idéntica naturaleza y amparar el mismo riesgo, la indemnización solicitada resultaba incompatible e inviable con la pensión que disfrutaba la demandante, siendo únicamente procedente que COLPENSIONES remitiera los aportes a la UGPP para financiar la prestación que viene reconociendo.

RECURSO APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante**, interpuso recurso de apelación argumentando que si bien era cierto que percibía una pensión de

jubilación por parte de la UGPP, también lo era que cotizó con patrones particulares, aportes que tienen un origen diferente, postura frente a la cual se había acudido a precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado, en donde quedaba plenamente establecido que los recursos que administra el ISS hoy Colpensiones tienen origen o conceptos distintos, pues la pensión reconocida proviene de servicios prestados al Estado colombiano y la indemnización que se reclama proviene de prestar servicios a patrones privados y los fondos; y recursos con los cuales se pagan esas pensiones son igualmente opuestos, razón por la cual el reconocimiento que se pide es compatible.

4

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Corresponde a esta Sala de Decisión establecer si es compatible la solicitud de reconocimiento a la indemnización sustitutiva con la pensión de jubilación que percibe la actora por parte de la UGPP. En caso afirmativo, si hay lugar a reconocer las demás pretensiones solicitadas en la demanda y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Compatibilidad entra la indemnización sustitutiva con la pensión de jubilación que percibe la actora

No se discuten los siguientes supuestos fácticos: **1.)** Que a la demandante se le reconoció pensión de vejez por parte de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL “UGPP” a través de la resolución RDP 045522 del 1° de octubre de 2013, con fundamento en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y lo contemplado en la Ley 33 de 1985, a partir del 1° de septiembre de 2013, pero con efectos fiscales una vez demostrara el retiro definitivo del servicio, con una cuantía inicial de \$1.376.621, teniendo en cuenta el tiempo de servicio efectuado con el Fondo Educativo Regional (fls. 32 a 34), **2.)** que cotizó ante el ISS hoy COLPENSIONES un total de 907,29 semanas (fls. 49 a 50), realizando aportes desde el 3 de enero de 1974 al 30 de junio de 1987, con empleadores privados y a partir del año 2009 a 2014, por parte

del Fondo Educativo Regional 3.) que nació el 3 de marzo de 1952, por lo que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 40 años de edad, siendo beneficiaria del régimen de transición, que cumplió los 55 años de edad el mismo día y mes del año 2007, sin que para dicha fecha alcanzará a reunir los requisitos exigidos para el reconocimiento pensional, por parte de COLPENSIONES.

Para decidir el asunto en controversia, se tiene que la Juez de primera instancia adujo que conforme al inciso 4° del artículo 17 de la Ley 549 de 1999 y al haber reunido los requisitos la actora de la indemnización sustitutiva con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, así como el otorgamiento de la pensión de vejez por parte de la UGPP, resultaba incompatible e inviable la indemnización solicitada con la pensión que actualmente disfruta la demandante, siendo únicamente procedente que COLPENSIONES remitiera los aportes a la UGPP para financiar la prestación que se le viene reconociendo, decisión que se apoyó con sustento a lo dispuesto en la sentencia SL 712 de 2018 emitida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Contrario a lo decidido, la promotora del proceso señala que la indemnización que se reclama proviene de prestar servicios a patrones privados y los fondos; y recursos con los cuales se pagan esas pensiones son igualmente opuestos.

Al respecto, se tiene que la sentencia **SL 712 de 2018**, a la que hace referencia la Juez de primera instancia se estudió una solicitud de indemnización sustitutiva de una persona que venía percibiendo una pensión de jubilación por parte de la Secretaría de Hacienda del Distrito, a cargo del Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá, D. C., en la cual dicha Corporación señaló:

“La doctrina jurisprudencial es la que, finalmente, ha venido a solventar tales dificultades al generar una serie de parámetros para hacer puente entre tales regímenes de naturaleza diversa; en lo relacionado con la Ley 33 de 1985, cuyo objeto no fue otro que el de establecer responsabilidades sobre el otorgamiento pensional que se hiciera a los empleados oficiales, y en la que también se reguló el tiempo que debía computarse para tal efecto, esta Sala de la Corte ha estimado que si bien sus prestaciones pueden ser compatibles con las de servicios privados cotizados al ISS, esto es bajo el entendimiento o de que el tiempo de servicio fue completado antes de que entrara en vigor la Ley 100 de 1993, o de que la prestación se haya reconocido a través de Cajas de Previsión, diferenciándose así los recursos de los cuales

proviene, impidiéndose de esa forma que, por regla general el Instituto de Seguros Sociales, disponga el pago de dos pensiones de vejez, como se trataría en este evento.

En ese sentido deben leerse las decisiones que esta Sala de la Corte ha decantado, esto es que únicamente bajo el evento de que cualquiera de las dos prestaciones de las que se pide su compatibilidad, hubiesen sido causadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, es que puede predicarse su compatibilidad, cuando provengan de distintos tiempos, como los públicos y privados, pues de lo contrario se entenderá que es inviable.

6

Así, por ejemplo, en la CSJ SL452-2013 **se declara la compatibilidad, pero porque la pensión de docente se dispuso por una Caja distinta del ISS (...)**

Adicionalmente, precisó:

“Con arreglo al artículo 2° del citado Decreto, que alude al artículo 17 de la Ley 549 de 1999, «todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al ISS serán utilizados para financiar la pensión». **Lo procedente entonces, como arriba se explicó, es que el Instituto de Seguros Sociales envíe los aportes del actor con destino al Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá, D. C., para financiar la pensión de jubilación que viene disfrutando y obtener su reliquidación si fuere el caso, de conformidad con lo previsto en la última de las normas citadas.**

El texto de los artículos 1.° y 2.° del Decreto 2527 de 2000, es del siguiente tenor:

ARTICULO 1°-Reconocimiento a cargo de las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones. **Las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones, continuarán reconociéndolas o pagándolas mientras subsistan dichas entidades respecto de quienes tuvieran el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, exclusivamente en los siguientes casos: (...)**

3. cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales que a la fecha de entrada en vigencia del sistema, a nivel nacional o territorial según el caso, hubieren cumplido veinte años de servicio o contaren con las cotizaciones requeridas en la misma entidad, caja o fondo público, aunque a la fecha de solicitud de la pensión estén o no afiliados al sistema general de pensiones. (Resalto fuera del texto) (...)

ARTICULO 2°-Solicitud de traslado de cotizaciones e información. De conformidad con el artículo 17 de la Ley 549 de 1999 **todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al ISS serán utilizados para financiar la pensión.** Cuando algún tiempo no se tome en cuenta para el reconocimiento de la pensión, y por ello no se incluya en el cálculo del bono pensional o no proceda la expedición de bono o cuota parte, la caja, fondo o entidad pública que deba hacer el reconocimiento de la pensión, según el artículo anterior, **solicitará a las administradoras o entidades de los tiempos cotizados o servidos que no se tienen en cuenta para el reconocimiento de la pensión, el traslado del valor de las cotizaciones para la pensión de vejez y de la información que posea(n) sobre el trabajador, incluyendo su historial laboral. Dicho traslado se deberá efectuar dentro de los dos (2) meses siguientes al recibo de la solicitud. (Resalto fuera del texto)**

El monto a trasladar se determinará de conformidad con el artículo 17 de la Ley 549 de 1999.

Y el artículo 17 de la Ley 549 de 1999, prevé:

ARTÍCULO 17. Bonos pensionales. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 2527 de 2000, Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 3798 de 2003. **Los bonos pensionales que expidan las Entidades Territoriales y demás Entidades Públicas al Instituto de Seguros Sociales, se liquidarán calculando el valor presente, a la fecha de traslado, del capital necesario para financiar una pensión de vejez,** con las condiciones de edad, monto porcentual y tiempo, del régimen que se le aplique, disminuido en el valor presente a la fecha de traslado, de las cotizaciones que se espera efectúe el afiliado a la administradora entre la fecha de traslado y la fecha en que adquiera el derecho, actualizadas y capitalizadas. Para todos los cálculos se utilizará un interés técnico real efectivo anual del cuatro por ciento (4%); los factores actuariales serán calculados con los mismos parámetros técnicos del Régimen de Ahorro Individual calculados al cuatro por ciento (4%) real efectivo anual. Los bonos así determinados devengarán un interés equivalente al DTF pensional calculado como IPC más cuatro (4) puntos reales, entre la fecha de traslado y la fecha de pago. (Resalto fuera del texto). (...)

Sin perjuicio de los requisitos para acceder a la pensión en el régimen de transición, todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al ISS serán utilizados para financiar la pensión. Cuando algún tiempo no se incluya para el reconocimiento de la pensión y por ello no se incluya en el cálculo del bono pensional o no proceda la expedición de bono, se entregará a quien reconozca la pensión, por parte de la entidad que recibió las cotizaciones o aquella en la cual prestó servicios sin aportes, el valor equivalente a las cotizaciones para pensión de vejez que efectuó o hubiere efectuado al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte del ISS, actualizados con el DTF pensional. En estos casos, cuando los tiempos laborados con el sector público, sean anteriores a 1967, dicho valor se calculará con el porcentaje de cotización para pensión de vejez que regía para el año 1967, descontándose dicho monto del valor del bono a que haya lugar.

La Corte Constitucional al estudiar una demanda contra el citado artículo 17 de la Ley 549 de 1999, en sentencia CC C-262/01, dijo lo siguiente:

Los aportes que un trabajador público realiza para pensión, en el régimen de prima media con prestación definida, ingresan al Sistema General de Pensiones, cuyo objetivo es ‘garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de pensiones y prestaciones que se fijan en la ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones’; y, por consiguiente, no es posible devolverlos a los aportantes, como lo pretende la demandante.

Así las cosas, dichos aportes tienen una finalidad específica, cual es pagar la pensión de los mismos aportantes y de las demás personas establecidas en la ley, pues la Seguridad Social según lo establece el artículo 48 de la Constitución, se rige por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, lo que obliga al Estado a ampliar la cobertura de los beneficios a toda la población, mediante el subsidio a las personas que, por sus características y condiciones socioeconómicas no tienen acceso a ellos.

En otras palabras, al disponer la disposición acusada, que dichos recursos sean entregados a la entidad que reconoce la pensión, lo que la norma acusada hace es garantizar, tanto el derecho individual de cada trabajador de las entidades territoriales o públicas a que se tengan en cuenta todos los tiempos trabajados y

*los aportes realizados para efectos de reconocer la pensión, como la viabilidad financiera del sistema de pensiones como un todo, ya que es gracias al traslado de esos recursos a la entidad administradora que se podrán reconocer y pagar las pensiones ya exigibles de quienes cumplan los requisitos legales, y con ello se respeta el inciso 5 del artículo 48 Superior. **En conclusión, no es posible que la entidad administradora de pensiones, en el régimen de prima media con prestación definida, pueda entregar tales aportes directamente al trabajador, para fines distintos al reconocimiento y pago de la pensión que le corresponda una vez llene las condiciones señaladas por la ley.***

Al verificarse la sentencia en la cual se declaró exequible el artículo 17 de la Ley 549 de 1999 y hace referencia la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia antes referida, esto es, la C-262 de 2001, la Corte Constitucional indicó también “*en primer término, considera la Corte que la demandante parte de un supuesto erróneo, dado que la norma acusada se refiere a los bonos pensionales que expidan las entidades territoriales y demás entidades públicas al Instituto de Seguros Sociales, lo que quiere decir, que corresponden a aportes efectuados por servidores estatales y no privados*”.

De manera que, es en este aspecto donde se marca la diferencia en el caso aquí estudiado, pues los aportes efectuados por la actora al ISS entre **el 3 de enero de 1974 al 30 de junio de 1987, son netamente privados** y no provienen de bonos pensionales que expidieron entidades territoriales y demás entidades públicas al ISS, como tampoco se trataron de aportes efectuados en calidad de servidora pública, como lo establece la sentencia reseñada, pues en la misma hace referencia a los aportes efectuados por los **servidores públicos pertenecientes al régimen de prima media con prestación definida**, administrado por el ISS y las Cajas o Fondos del sector público **existentes antes de expedirse la ley 100/93**, al considerar que los mismos resultan ser recursos de carácter público que ingresan a un fondo común de naturaleza pública, lo cual imposibilita que sean entregados directamente al afiliado, situación que claramente no se da respecto a los primeros aportes efectuado por la demandante al ISS, como quiera que se trataron de aportes exclusivamente cotizados por empleadores de carácter privado, por consiguiente, se tiene que la *a quo* erró al ordenar la devolución de esos aportes a la entidad que actualmente le paga la pensión a la actora para una posible reliquidación, como tampoco sucede con los aportes que efectuó la actora entre el 2009 a 2014, a través del Fondo

Educativo Regional, como se pasará estudiar más adelante.

En tal sentido, resulta dable que la prestación que percibe la actora sea compatible con las de servicios privados cotizados al ISS hoy COLPENSIONES, y en tal medida acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez solicitada, toda vez que la prestación que le fue reconocida **se dio a través de la UGPP** con fundamento en la Ley 33 de 1985 con aportes efectuados entre el **22 de julio de 1987 al 30 de agosto de 2013, con el empleador FONDO EDUCACIÓN REGIONAL BOGOTÁ,, diferenciándose así los recursos de los cuales provienen.**

Así mismo, se observa que los aportes efectuados a COLPENSIONES entre el **1° de julio de 2009 al 1° de enero de 2014, fueron cotizados por el FONDO EDUCATIVO REGIONAL** no se trataron de aportes distintos a los tenidos en cuenta por la UGPP para el reconocimiento pensional, pues fueron realizados por el mismo empleador FONDO EDUCATIVO REGIONAL, lo cual tiene una razón de ser, consistente en que dicho empleador venía efectuado esos aportes ante la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL EICE EN LIQUIDACIÓN, pero a raíz de su supresión y liquidación dentro del Decreto 2196 del 12 de junio de 2009, se ordenó el traslado de sus afiliados, al Instituto de Seguros Sociales ISS hoy COLPENSIONES, dentro del mes siguiente a la vigencia del decreto en mención y, en consecuencia, el traslado se hizo efectivo en el mes de **julio de 2009**, fecha que coincide con la aparición de los aportes en la historia laboral de COLPENSIONES con el empleador FONDO EDUCATIVO REGIONAL.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que la Ley 1151 de 2007 creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social “UGPP” y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del orden nacional, causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por la ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPM con anterioridad a su

cesación de actividades como administradoras. Posteriormente, el Decreto 4269 de 2011, distribuyó las competencias para el reconocimiento de derechos pensionales entre CAJANAL EICE en liquidación y la UGPP, dejando a cargo de la liquidación el reconocimiento de las pensiones causadas antes de julio de 2009, que hubieren sido solicitadas ante CAJANAL EICE en Liquidación, antes del 8 de noviembre de 2011.

Frente a lo anterior, no cabe duda que no se trataron de aportes adicionales los efectuados a COLPENSIONES entre el **2009 a 2014, con el FONDO EDUCATIVO REGIONAL**, sino que se trataron de los mismos aportes que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento pensional con la UGPP, pues COLPENSIONES tan solo tenía a su cargo la administración de dichos aportes, mientras la UGPP procedía al reconocimiento pensional, toda vez que dicha competencia se encontraba a su cargo de esta última entidad conforme lo establece el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, corregido por el artículo 1° del Decreto 1193 de 2012, en donde se señala que la UGPP tiene la obligación de reconocer el derecho pensional del afiliado que adquirió el derecho a la pensión de jubilación por aportes cotizando a CAJANAL EICE y contaba con más de seis años de cotizaciones o aportes en esa entidad, como ocurrió en el caso de la demandante, no siendo entonces valido ordenar el traslado de dichos aportes a la UGPP para la reliquidación de la mesada pensional, pues como bien se ha dicho los mismos ya fueron tenidos en cuenta y si bien aparecieron aportes dentro de la historia laboral de COLPENSIONES más allá de la fecha de reconocimiento de la pensión, esto se debió, a que la actora continuó laborando para el empleador a raíz de que el otorgamiento de la prestación se dio a partir del retiro del servicio, en tal medida se tiene que la prestación de jubilación y la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez pretendida son incompatibles.

No obstante, en lo que respecta a los aportes efectuados entre **el 3 de enero de 1974 al 30 de junio de 1987 con empleadores privados**, equivalentes a 686 semanas, estos evidentemente cumplen con las condiciones para el otorgamiento de la indemnización sustitutiva establecida en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, toda vez que la actora no acredita el número de semanas para el reconocimiento pensional y cumplió los 55 años de edad el 3 de marzo de 2007, aunado a que los aportes fueron realizados a un fondo

distinto en el cual actualmente percibe la pensión y efectuados a través de recursos diferentes, tal y como se explicó precedentemente.

Así las cosas, se ordena reconocer la indemnización sustitutiva a favor de la demandante, para calcular el monto se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 1730 del 2001, el cual equivale a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas, a este resultado se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado durante los periodos antes mencionados, lo cual arroja la suma de **\$3.771.781**, teniendo en cuenta que el salario base se indexa al año 2007, fecha en que se causó la prestación.

11

Intereses moratorios

Solicita la parte actora le sean reconocidos los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, frente a lo se tiene que los mismos no son procedentes, como quiera que estos se imponen ante la tardanza de mesadas pensional, situación que no es la analizada. En su lugar se condenará a la indexación, teniendo en cuenta la devaluación monetaria.

Ratificación de la historia labora - contabilización correcta de semanas

Sobre este pedimento, habrá de absolverse a COLPENSIONES toda vez que dicha carga probatoria se encontraba en cabeza de la actora, especificando cuales fueron los periodos no tenidos en cuenta y cuales se contabilizaron de manera errónea.

Prescripción

Por último, se tiene que el criterio actual de Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ha considerado que, así como no prescriben los asuntos innatos a la pensión, la indemnización sustitutiva tampoco se afecta por tal fenómeno, pues también es un derecho «*de carácter pensional*»

ya que las prestaciones se derivan de mismo aporte destinado a cubrir los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Así se explicó en la sentencia SL 4300 de 2020, en la cual se rememoró la sentencia SL4559 de 2019, en la que se dijo:

12

“Es de recordar que el Tribunal negó la indemnización sustitutiva al actor tras considerar que operó el fenómeno de la prescripción que consagra el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, postura de la cual disiente el censor, pues señala que en materia prescriptiva la indemnización debe seguir la misma suerte de la pretensión principal. En esos términos le corresponde a la Corte verificar si dicho fenómeno operó o no.

Sobre el particular, esta Sala en sentencias CSJ SL 26330, 15 may. 2006 y CSJ SL 36526, 23 jul. 2009, avaló la aplicación de la prescripción trienal contenida en los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y 488 del Estatuto Laboral, frente a la reclamación de la indemnización sustitutiva de la pensión.

No obstante, cabe resaltar que ciertos derechos de la seguridad social, importantes para el tejido social, como son las pensiones de vejez, sobrevivencia e invalidez, son imprescriptibles. Así se desprende del artículo 48 de la Constitución Política, cuyo texto les otorga a los derechos subjetivos emanados de la seguridad social el carácter de irrenunciables, lo que significa que pueden ser justiciados en todo tiempo.

De esta manera, esta Corporación ante renovados y sólidos argumentos ha señalado que aspectos tales como el porcentaje de la pensión, los topes máximos pensionales, los linderos temporales para determinar el IBL, la actualización de la pensión, el derecho al reajuste pensional por inclusión de nuevos factores salariales y la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, no se extinguen por el paso del tiempo, pues constituyen aspectos ínsitos al derecho pensional (CSJ SL 23120, 19 may. 2005; CSJ SL 28552, 5 dic. 2006; CSJ SL 40993, 22 en. 2013; CSJ SL6154-2015, CSJ SL8544-2016, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

(...)

En ese sentido, se tiene que, si la pensión de vejez es imprescriptible, también debe serlo su sucedáneo -indemnización sustitutiva-, en tanto ambas prestaciones pertenecen al sistema de seguridad social y revisten tal importancia que su privación conlleva a la violación de derechos ciudadanos”.

COSTAS

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera estarán a cargo de la entidad demandada.

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:

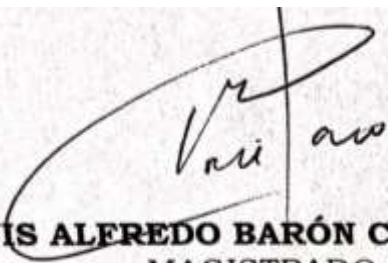
13

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer la indemnización sustitutiva contemplada artículo 37 de la Ley 100 de 1993, a favor de la demandante de los aportes efectuados entre el 3 de enero de 1974 al 30 de junio de 1987, correspondiente a 686 semanas, indemnización que corresponde a la suma de \$3.771.781, debidamente indexada.

SEGUNDO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera estarán a cargo de la entidad demandada.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1974	363	0,279	87,869	315,131	\$ 1.440,32	\$ 453.890,00	\$ 5.492.069,00
1975	365	0,352	87,869	249,411	\$ 2.279,05	\$ 568.421,00	\$ 6.915.789,00
1976	315	0,415	87,869	211,775	\$ 1.585,62	\$ 335.794,00	\$ 3.525.837,00
1977	291	0,522	87,869	168,392	\$ 1.908,35	\$ 321.351,00	\$ 3.117.105,00
1978	339	0,672	87,869	130,829	\$ 3.323,63	\$ 434.826,00	\$ 4.913.534,00
1979	365	0,795	87,869	110,476	\$ 4.410,00	\$ 487.198,00	\$ 5.927.576,00
1980	366	1,024	87,869	85,773	\$ 5.563,77	\$ 477.222,00	\$ 5.822.108,00
1981	365	1,289	87,869	68,153	\$ 7.470,00	\$ 509.102,00	\$ 6.194.074,00
1982	365	1,630	87,869	53,893	\$ 7.470,00	\$ 402.583,00	\$ 4.898.093,00
1983	365	2,022	87,869	43,452	\$ 11.466,90	\$ 498.256,00	\$ 6.062.115,00
1984	365	2,359	87,869	37,254	\$ 14.375,59	\$ 535.544,00	\$ 6.515.785,00
1985	365	2,790	87,869	31,495	\$ 21.420,00	\$ 674.628,00	\$ 8.207.974,00
1986	365	3,416	87,869	25,721	\$ 25.180,93	\$ 647.673,00	\$ 7.880.022,00
1987	181	4,132	87,869	21,266	\$ 30.150,00	\$ 641.176,00	\$ 3.868.429,00
Total días	4775	Total devengado actualizado a				2007	\$ 79.340.510,0
Semanas Cotizadas S.C.	682,14	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					\$ 116.310,70
Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					4,754%		
VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a					2007	\$ 3.771.781,00	

Tabla Liquidación	
Indemnización sustitutiva	\$ 3.771.781
Total	\$ 3.771.781

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 ROSALBA ARDILA PADILLA en calidad de compañera permanente del señor JOSÉ MARTÍN PAMPLONA HERRERA y en representación de sus hijos menores DANIELA CAROLINA y KEVIN JOSÉ PAMPLONA ARDILA CONTRA HUMUS DE LOMBRIZ SAN RAFAEL LTDA y solidariamente contra el señor RAFAEL LEAL RODRÍGUEZ

En Bogotá D. C. a los veinticinco (25) días del mes de marzo 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**

La señora **MARÍA ROSALBA ARDILA PADILLA** en calidad de compañera permanente del señor **JOSÉ MARTÍN PAMPLONA HERRERA** y representación de sus hijos menores **DANIELA CAROLINA y KEVIN JOSÉ PAMPLONA ARDILA** pretende se **declare** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la empresa demandada a partir del 17 de agosto de 2014 y solidariamente contra el señor RAFAEL LEAL RODRÍGUEZ, se **declare** que el salario devengado por el señor JOSÉ MARTÍN PAMPLONA HERRERA para la fecha de su muerte era de \$80.000 diarios, se **declare** que la empresa demandada incumplió con sus obligaciones generales y especiales al no pagar de manera oportuna el salario y las prestaciones sociales, se **declare** que incumplieron con la obligación de afiliación y pago de aportes al sistema general de seguridad social integral en pensiones, salud y riesgos laborales. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a la empresa demandada y al señor JOSÉ MARTÍN PAMPLONA HERRERA al pago de vacaciones, primas, cesantías e intereses a las cesantías, adeudadas al causante al momento de la muerte, se **condene** al pago de perjuicios morales y materiales, se **condene** al pago de la pensión de sobrevivientes a partir de la fecha de fallecimiento del señor JOSÉ MARTÍN PAMPLONA HERRERA,

se **condene** al pago de costas y agencias en derecho, se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** a la indexación **(fls.7 a 9)**.

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 4 a 6 del plenario en los cuales se señalaron el señor JOSÉ MARTÍN PAMPLONA HERRERA fue contratado verbalmente para laborar al servicio del señor RAFAEL LEAL RODRÍGUEZ y prestar sus servicios para la sociedad HUMUS DE LOMBRIZ SAN RAFAEL LTDA, en donde devengaba un salario de \$80.000 diarios, que el señor RAFAEL LEAL RODRÍGUEZ era quien determinaba los trabajos a realizar, especialmente conducir el vehículo de su propiedad de placas SUK 954, transportando todos los productos e insumos de la sociedad HUMUS DE LOMBRIZ SAN RAFAEL LTDA dentro y fuera de la ciudad de Bogotá. El día 29 de agosto de 2014, el señor JOSÉ MARTÍN PAMPLONA HERRERA dentro de sus funciones salió de la empresa HUMUS DE LOMBRIZ SAN RAFAEL LTDA, como se demuestra de la planilla de control de salida de cargue residuo aprovechable a la 1:45 p.m. transportando productos orgánicos para uso agrícola desde la ciudad de Bogotá D.C. hacia al Municipio de Fusagasugá, en cumplimiento de su actividad sufrió un accidente de tránsito en el Municipio de Granada -Cundinamarca en donde falleció, su empleador no lo afilió al sistema de seguridad social integral, que convivió en unión libre de manera permanente con la señora MARÍA ROSALBA ARDILA PADILLA con quien procrearon dos hijos DANIELA CAROLINA y KEVIN JOSÉ PAMPLONA ARDILA, quienes no ha recibido el pago de prestaciones sociales que le correspondía al causante, por lo que acudieron ante el Ministerio de Trabajo a fin de obtener una conciliación con los demandados, sin que estos asistieran, ni presentaran excusa alguna.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

Los demandados contestaron a través de curador ad litem, quien no acepto ninguno de los hechos y se opuso a las pretensiones de la demanda; y no propuso excepciones (fls.74 a 77).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 24 de septiembre de 2018, el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá **absolvió** a los demandados de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora en la suma de \$50.000 **(CD fl.113)**

Como **argumento de su decisión**, la Juez hizo referencia a la presunción contemplada en el artículo 24 del CST, frente a lo cual estableció que la parte demandante había aportado tarjeta de propiedad del vehículo de placas SUK 954, control de salida de carga y residuos aprovechable, informe policial de accidente, inspección técnica del cadáver, constancia de comparecencia ante el Ministerio de Trabajo, el testimonio de la señora Ingrid Lorena Galindo y el interrogatorio de la demandante, de donde se podía colegir que el vehículo era de propiedad del señor RAFAEL LEAL y que el mismo estaba siendo conducido por el señor Pamplona Herrera el día en que se ocasionó el accidente.

Frente a lo cual, consideró que con las anteriores pruebas no se encontraba probada la prestación personal del servicio del señor José Martin Pamplona Herrera con la sociedad Humus de Lombriz o con el demandado Rafael Leal Rodríguez, pues lo único que se podía inferir es que el día 29 de agosto de 2014, el señor Pamplona Herrera se encontraba conduciendo el vehículo de placas SUK 954, sin embargo para los días 20, 22, 24, 26, 27, 28 y 29 de agosto de 2014, no se sabía si era él quien conducía dicho vehículo, es decir, no se sabía si era el causante quien obraba como conductor del vehículo, más aún cuando no había realizado viaje todos los días, sumado a que la testigo Ingrid Lorena Galindo había señalado que la única función del causante era conducir el vehículo, si bien también había señalado que el señor José Martin Pamplona Herrera laboraba para la empresa que ella trabajaba, se tenía que el vehículo era de propiedad del señor Rafael Rodríguez, por lo que no se podía establecer con claridad si la prestación del servicio del causante para el día de los hechos había sido como conductor de la empresa convocada o como conductor de Leal Rodríguez.

Indicando, que lo único que se puede colegir del material probatorio era la prestación del servicio del causante como conductor para el día de los hechos, esto es para el día del accidente, más no si lo era para la sociedad demandada o para el señor Rafael Rodríguez, le restó credibilidad a lo dicho por la testigo Ingrid Lorena Galindo por su relación civil con la demandante, además de que su dicho resultaba contradictorio con lo declarado por la demandante, toda vez que mientras la testigo había señalado que el señor Pamplona Herrera ingresó el 17 de agosto de 2014, que no cumplía un horario y que estaba sujeto a los viajes que debía realizar en el camión de la empresa, la demandante había señalado que el causante se había vinculado a la empresa el 20 de agosto y en la demanda se había solicitado a partir del 17 de agosto 2014.

Se había manifestado también, que el causante cumplía un horario todos los días, porque este salía muy temprano de su casa y llegaba en la noche, lo que desvirtuaba

la subordinación y dependencia de la empresa frente al occiso, por cuanto de las planillas se infería que entre el periodo del 20 al 29 de agosto del mismo año, el vehículo de placas SUK 954, no realizó viajes los días 21, 23 y 26 de agosto, tampoco se encontraba probado que el actor debiera cumpliera ordenes de alguna persona que estuviera vinculado con la empresa demandada o del demandado Rafael Leal, en cuanto a la retribución la testigo Ingrid Lorena Galindo había manifestado que ganaba \$80.000 diarios, sin embargo la demandante en su interrogatorio había manifestado que eran \$40.000 por viaje, al ser revisada la información contenida en las planillas, se observa que el vehículo en mención el 20 de agosto había realizado un viaje, el 22 otro, el 24 otro, el 27 dos y el 29 uno, no entendiendo porque la actora en la demanda indicaba que el salario del causante era \$80.000, cuando no estaba acreditado que el vehículo hubiese realizado dos turnos por día, concluyendo, que con lo anterior no se podía aplicar la presunción contenida en el artículo 24 del CST.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante**, interpuso recurso de apelación argumentando que se había realizado diligentemente la notificación tanto a la compañía como al señor Rafael Leal Rodríguez, la cual no había sido exitosa por cuanto nunca se hizo presente y el curador al contestar manifestó no tener conocimiento y no constarle absolutamente nada.

Por otro lado, en cuanto al interrogatorio de parte rendido por la demandante como el testimonio recibido su cuñada, no había existido ninguna contradicción y estaban diciendo lo que realmente había ocurrido respecto de la contratación que se había llevado a cabo entre el causante y el señor Rafael Leal Rodríguez. Finalmente, indica que si se necesita hacer alguna adición dentro del término legal lo hará.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Previo a resolver el recurso de alzada, es de advertir que de conformidad con los artículos 10 y 13 de la Ley 1149 de 2007, que modificaron los artículos 66 y 82 del CPL la sustentación del recurso de apelación se hace de manera oral ante el Juez de primera instancia y no con posterioridad, por lo tanto, la en consonancia con el recurso interpuesto la Sala determinar si entre el señor JOSÉ MARTÍN PAMPLONA HERRERA

y los demandados existió una relación laboral entre el 17 de agosto al 29 de agosto de 2014. En caso afirmativo, se analizará si existió afiliación al sistema de seguridad social por parte del empleador, en caso de no encontrarse probado si hay lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de su compañera permanente y sus hijos como consecuencia del accidente sufrido al señor JOSÉ MARTÍN PAMPLONA HERRERA y que le ocasionó su fallecimiento el día 29 de agosto de 2014. Así mismo, se estudiará si proceden las demás pretensiones solicitadas en la demanda.

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.

En el presente asunto consideró la Juez de primera instancia que conforme las pruebas allegadas al proceso no se encontraba acreditada la prestación personal del servicio por parte del señor JOSÉ MARTÍN PAMPLONA HERRERA, como bien se mencionó en la sentencia recurrida obran como pruebas documentales; copia de la tarjeta de propiedad del vehículo de placas SUK 954 en la que aparece como dueño el señor RAFAEL LEAL RODRÍGUEZ, control de salida de cargue residuo aprovechable en la que aparecen registros de salida del vehículo de placas SUK 954 con sello de la empresa aquí demandada, informe policial de accidente de tránsito, acta de inspección de cadáver de donde se observa que el accidente en donde falleció el señor PAMPLONA HERRERA sucedió el día 29 de agosto de 2014, mientras conducía el vehículo de placas SUK 954, vía Bogotá -Girardot (fls. 33 a 46).

De otro lado, como prueba testimonial se trajo la declaración de la señora INGRID LORENA GALINDO MORENO quien manifestó ser cuñada de la demandante, aseguró que había prestado sus servicios para la empresa demandada, por lo que le constaba la relación laboral que había existido entre el señor JOSÉ MARTÍN PAMPLONA HERRERA y la accionada, la cual había comenzado el 17 de agosto de 2014, que el causante se desempeñaba como conductor, que le pagaban \$80.000 por viaje, que las personas que trabajaban para la empresa demandada no eran afiliados al sistema de seguridad social integral. Declaró también la demandante quien señaló que su esposo era conductor del vehículo de propiedad del señor RAFAEL LEAL RODRÍGUEZ, que el contrato se pactó verbalmente, que la labor no se desarrollaba todos los días, pero cuando lo hacía se cumplía un horario de 2 a.m. a 9 o 10 p.m., que el valor del viaje era de \$40.000 y se hacían 2 viajes por día.

Cabe resaltar que en el presente asunto fue notificado en debida forma a la empresa demanda y su representante legal el señor RAFAEL LEAL RODRÍGUEZ quien también funge como parte demandada, como se muestra a folios 17 a 19, en la cual se deja constancia por parte de la empresa de correo certificado que la causal de devolución de la notificación fue “*residente ausente*”, así mismo, se observa 2 intentos más de notificación por la parte actora, las cuales resultaron infructuosas, siendo este el motivo por el cual se ordenó el emplazamiento y consecuente nombramiento de curador ad litem, demostrándose con lo expuesto la renuencia de los demandados a comparecer al proceso, pues en ningún momento quedó acreditado que la dirección de notificación no correspondía a la de los accionados, sino que, la notificación no se pudo concretar por ausencia de estos en el lugar de notificación, motivo por el cual al no haber comparecido a la audiencia del artículo 77 del CPTSS, surgieron las consecuencias jurídicas contempladas en dicha normatividad, consistentes en que se tenga por ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión e indicio grave en su contra, pues cabe resaltar que el curador ad litem designado por el Juzgado no es parte del proceso, sino que simplemente comparece al mismo a fin de garantizar un debido proceso.

Por tal razón, en el caso *sub examine* se tiene que conforme las pruebas allegadas al plenario se acreditó la prestación el servicio del señor JOSÉ MARTÍN PAMPLONA HERRERA a favor del señor RAFAEL LEAL RODRÍGUEZ quien es gerente y representante legal de la empresa HUMUS DE LOMBRIZ SAN RAFAEL LTDA como consta en el certificado de existencia y representación legal de la empresa, expedida por la Cámara de Comercio de Bogotá (fls. 60 a 62), toda vez que al tenerse por ciertos

los hechos de la demanda ante la no comparecencia de la demandada, no cabe duda que el causante laboraba como conductor a favor de la empresa accionada, pues al momento de la ocurrencia del accidente transportaba productos de la empresa como consta en el control de salida de cargue de residuo aprovechable, en el vehículo de propiedad del señor RAFAEL LEAL RODRÍGUEZ, aspecto que además se corrobora como lo manifestado por la testigo INGRID LORENA GALINDO, quien si bien tiene cierta familiaridad con la demandante, su relato resulta creíble teniendo en cuenta que también prestó sus servicios a favor de la demandada, de manera que, conocía detalladamente la forma en cómo se acostumbraba a contratar a los conductores que transportaban los productos ofrecidos por la empresa, motivo por el cual se declarará la existencia del contrato laboral alegado con la empresa HUMUS DE LOMBRIZ SAN RAFAEL LTDA y solidariamente con el señor RAFAEL LEAL RODRÍGUEZ, toda vez que la parte actora cumplió con la presunción legal que contempla la normatividad laboral.

EXTREMOS LABORALES Y SALARIO

En cuanto a los **extremos laborales** manifiesta la parte actora que la labor inició el 17 de agosto de 2014, sin embargo, no obra prueba que así lo acredite, lo cual tampoco se puede corroborar con las declaraciones rendidas, pues allí en efecto se contradice con el inicio de la relación laboral, contándose únicamente con el control de salida de cargue de residuo aprovechable en el cual se evidencia que la primera salida del vehículo de placas SUK 954 fue el 20 de agosto de 2014, también se evidencia que la labor no se ejerció todos los días, pues únicamente se demuestran salidas los días 20, 22, 24 y 29 de agosto de 2014, aspecto que coincide con lo manifestado por la testigo INGRID LORENA GALINDO quien señaló que la labor se ejecutaba únicamente por viaje realizado, por ende, se tendrán como días laborados el **20, 22, 24 y 29 de agosto de 2014**, esta última fecha que corresponde al siniestro que ocasionó el fallecimiento del trabajador.

En lo que respecta al **salario** las deponentes manifestaron que se pagaba por viaje, por su parte la testigo INGRID LORENA GALINDO indicó que a los conductores le pagaban \$80.000 por viaje, mientras que la demandante adujo que el viaje correspondía a la suma de \$40.000, al revisarse la planilla de control de salida de cargue residuo aprovechable, se tiene que en la casilla de total de viajes realizados por parte del vehículo de placas SUK 954, aparecen 2 viajes realizados los días 20, 22, 24 y 29 de agosto de 2014, con lo cual se puede concluir que en efecto el causante devengó por cada día laborado la suma de \$80.000, teniendo en cuenta que cada viaje correspondía

a la suma de \$40.000, comprobándose así que las declarantes coincidieron en su relato.

ACREENCIAS LABORALES

Establece la parte actora que en toda la relación laboral la parte demandada no le pagó ningún concepto relacionado con vacaciones, primas, cesantías e intereses a las cesantías, sin que la parte accionada logrará desvirtuarlo, por lo tanto, le corresponde reconocerle al señor JOSÉ MARTÍN PAMPLONA HERRERA las siguientes sumas y conceptos, teniendo en cuenta los días laborados:

Primas: \$3.556

Vacaciones: \$1.778

Cesantías: \$3.556

Intereses a las cesantías: \$474

BENEFICIARIOS DE LAS ACREENCIAS LABORALES ADEUDADAS AL CAUSANTE

A folios 25 a 28 se encuentra declaración juramentada rendida por la señora MARÍA ELICENIA GUTIÉRREZ ROJAS en la cual manifiesta que conoció por más de 14 años al causante, por lo que le consta que convivió en unión marital de hecho por 14 años con la demandante MARÍA ROSALBA ARDILA PADILLA, entre el 20 de junio de 1999 al 29 de agosto de 2014, que dicha unión tuvieron 2 hijos de nombres DANIELA CAROLINA y KEVIN JOSÉ PAMPLONA ARDILA.

Obra también registro civiles de nacimiento de DANIELA CAROLINA y KEVIN JOSÉ PAMPLONA ARDILA en donde aparecen como padres MARÍA ROSALBA ARDILA PADILLA y JOSÉ MARTÍN PAMPLONA HERRERA, fecha de nacimiento de DANIELA CAROLINA 9 de diciembre del año 2000 y de KEVIN JOSÉ PAMPLONA ARDILA 26 de octubre de 2004. Con lo anterior, se concluye que quienes reclaman en el presente proceso son los verdaderos beneficiarios del causante.

Accidente de trabajo - pensión de sobrevivientes

En cuanto al accidente de trabajo se tiene que la norma llamada a regular el asunto es aquella vigente al momento de ocurrencia del siniestro, que en este caso lo fue el 29 de agosto de 2014, por lo tanto, corresponde a lo dispuesto en la Ley 1562 de 2012, que su artículo 3° establece que el accidente de trabajo es 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.

Teniendo en cuenta lo anterior y como quiera que quedó demostrado que el accidente de tránsito donde falleció el señor JOSÉ MARTÍN PAMPLONA HERRERA ocurrió en ejecución de su labor, pues se encontraba transportando los insumos de la empresa demandada como lo dejó ver la planilla de cargue de residuo que consta con el sello de la empresa, aunado a que el vehículo donde ocurrió el accidente era de propiedad del señor RAFAEL LEAL RODRÍGUEZ gerente y representante legal de la empresa accionada, por lo cual no cabe duda que se trató de un accidente laboral al ocurrir el siniestro durante la ejecución de su labor.

Ante la ausencia de afiliación al Sistema Integral de Seguridad Social, la única conclusión a la que puede llegar es que, la responsabilidad en el pago de la pensión de sobrevivientes de origen laboral con ocasión de fallecimiento de JOSÉ MARTÍN PAMPLONA HERRERA, está a cargo de su empleador al no haber acreditado la afiliación y consecuente subrogación al sistema de riesgos laborales, tal y como lo prevé el **literal e.) del artículo 4° del Decreto 1295 de 1994**, que dispone:

“ARTICULO 4o. CARACTERISTICAS DEL SISTEMA. El Sistema General de Riesgos Profesionales^{<1>} tiene las siguientes características:

“e. El empleador que no afilie a sus trabajadores al Sistema General de Riesgos Profesionales^{<1>}, además de las sanciones legales, será responsable de las prestaciones que se otorgan en este decreto”.

Así mismo, el artículo 11 de la Ley 776 de 2002, dispone:

“ARTÍCULO 11. MUERTE DEL AFILIADO O DEL PENSIONADO POR RIESGOS PROFESIONALES. Si como consecuencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional sobreviene la muerte del afiliado, o muere un pensionado por riesgos profesionales, tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes las personas descritas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, y su reglamentario”.

Como bien ya se dijo los demandantes acreditaron ser los beneficiarios del causante, por lo tanto, les corresponde el reconocimiento de la pensión solicitada a cargo del empleador **a partir del 29 de agosto de 2014**, fecha de la muerte del señor JOSÉ MARTÍN PAMPLONA HERRERA, en lo que tiene que ver con el valor de la **mesada pensional** establece el artículo 12 de la Ley 776 de 2002, que el monto de la mesada pensional corresponde al 75% del salario base de liquidación, al realizarse los cálculos

aritméticos se tiene que arroja una mesada pensional inferior al SMLMV, por lo que habrá de darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 13 de la citada Ley, que establece que ninguna pensión podrá ser inferior al SMLMV.

La prestación se debe distribuir así: 50% para la cónyuge MARÍA ROSALBA ARDILA PADILLA, de forma vitalicia y, el otro 50%, entre sus 2 hijos demandantes, en partes iguales, para DANIELA CAROLINA PAMPLONA HERRERA la mesada pensional se otorgará hasta el 9 de diciembre de 2018, momento en que acreditó la mayoría de edad y a KEVIN JOSÉ PAMPLONA ARDILA hasta el 26 de octubre de 2022, momento en que acredita la mayoría de edad y hasta los 25 años de edad a menos de que se demuestre su incapacidad laboral, por razones de estudio, una vez se extinga el derecho de alguno de los beneficiarios su parte acrecerá la de los demás, mesada pensional que se reconocerá en 13 mesadas al año.

Las mesadas pensionales adeudadas a los demandantes, deberán reconocérseles debidamente indexadas al día de su pago, de conformidad con la siguiente fórmula:

$$VA = VH \times IPC \text{ Final}$$

$$IPC \text{ Inicial}$$

Donde:

VA = Valor actualizado

VH = Mesadas pensionales debidas.

IPC Final= Índice de precios al consumidor correspondiente al mes en el que se efectuará el pago.

IPC Inicial= Índice de precios al consumidor correspondiente al mes de causación de cada una de las mesadas pensionales.

Perjuicios morales y materiales

Frente a estos dos pedimentos, no se accederá a los mismos, pues se entiende que con la pensión aquí reconocida se esta resarciendo el daño ocasionado ante la falta de afiliación al sistema a cargo del empleador, como referencia de la presente decisión se trae de presente auto proferido por la CSJ Sala de Casación Laboral AL 905 del 11 de marzo de 2020, radicado No. 64514, en el cual la Corte puntualizó:

“De ninguna de las sentencias traídas a colación por la demandada, se deduce que la pensión por accidente de trabajo o enfermedad profesional, en casos como el analizado, deba quedar al margen de la solidaridad que desarrolla el artículo 34 de la codificación laboral; para explicarlo, es menester tener en consideración que Lancheros Silva no estaba afiliado al sistema de riesgos profesionales por su empleador, por manera que, en los términos de la normatividad aplicable, este se hace responsable de las

prestaciones otorgadas por el Decreto 1295 de 1994 y la Ley 776 de 2002, dentro de las cuales se encuentra la pensión de sobrevivientes, que no estaba a cargo del sistema de seguridad social, simplemente, porque no hubo subrogación del riesgo.

De esa suerte, dicha pensión se convierte en una especie de resarcimiento ante el deber incumplido de inscripción al sistema de riesgos laborales, lo cual cabría adecuarlo en la expresión «indemnizaciones»; además, la redacción del artículo 34 indefectiblemente lleva a concluir que la prestación de sobrevivencia por ausencia de afiliación del trabajador fallecido está incluida en la garantía, pues carecería de sentido su exclusión, cuando en términos de esta Sala, «el espíritu de la norma es proveer por una mayor protección a los derechos que se generan de la relación de trabajo» (CSJ SL, 26 oct. 2010, rad. 35392)».

Así las cosas, se **revocará** la sentencia apelada.

COSTAS:

COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte demandada, 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 24 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la existencia de una relación laboral entre el señor JOSÉ MARTÍN PAMPLONA HERRERA (q.e.p.d) y la empresa HUMUS DE LOMBRIZ SAN RAFAEL LTDA durante los días 20, 22, 24 y 29 de agosto de 2014, en donde devengó como salario la suma de \$80.000 diarios, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la empresa HUMUS DE LOMBRIZ SAN RAFAEL LTDA y al demandado RAFAEL LEAL RODRÍGUEZ como solidario responsable a las siguientes sumas y conceptos a favor de los demandantes MARÍA ROSALBA ARDILA PADILLA en calidad de compañera permanente del señor JOSÉ MARTÍN PAMPLONA HERRERA y en representación de sus hijos DANIELA CAROLINA y KEVIN JOSÉ PAMPLONA ARDILA:

Primas: \$3.556

Vacaciones: \$1.778

Cesantías: \$3.556

Intereses a las cesantías: \$474

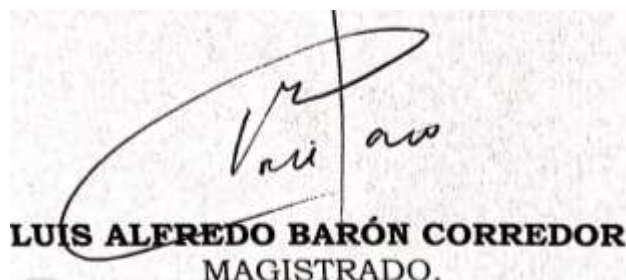
TERCERO: DECLARAR que el accidente ocurrido al señor JOSÉ MARTÍN PAMPLONA HERRERA que le ocasionó su muerte ocurrió durante la ejecución de su labor. En consecuencia, **CONDENAR** a la empresa HUMUS DE LOMBRIZ SAN RAFAEL LTDA y al demandado RAFAEL LEAL RODRÍGUEZ como solidario responsable al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de MARÍA ROSALBA ARDILA PADILLA en calidad de compañera permanente del señor JOSÉ MARTÍN PAMPLONA HERRERA y sus hijos DANIELA CAROLINA y KEVIN JOSÉ PAMPLONA ARDILA a partir del 29 de agosto de 2014, con una mesada pensional correspondiente al SMLMV, debidamente indexada al momento de su pago conforme a la formula indicada en esta decisión y en 13 mesadas pensionales al año.

CUARTO: CONDENAR la empresa HUMUS DE LOMBRIZ SAN RAFAEL LTDA y al demandado RAFAEL LEAL RODRÍGUEZ como solidario responsable a distribuir los porcentajes de la mesada pensional así: 50% para la cónyuge MARÍA ROSALBA ARDILA PADILLA, de forma vitalicia y, el otro 50%, entre sus 2 hijos demandantes, en partes iguales, para DANIELA CAROLINA PAMPLONA HERRERA la mesada pensional se otorgará hasta el 9 de diciembre de 2018, momento en que acreditó la mayoría de edad y a KEVIN JOSÉ PAMPLONA ARDILA hasta el 26 de octubre de 2022, momento en que acreditará la mayoría de edad y hasta los 25 años de edad si demuestra su incapacidad laboral, por razones de estudio, una vez se extinga el derecho de alguno de los beneficiarios su parte acrecerá la de los demás.

QUINTO: ABSOLVER a los demandados de las demás pretensiones incoadas en la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de los demandados, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

Notifíquese y cúmplase



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

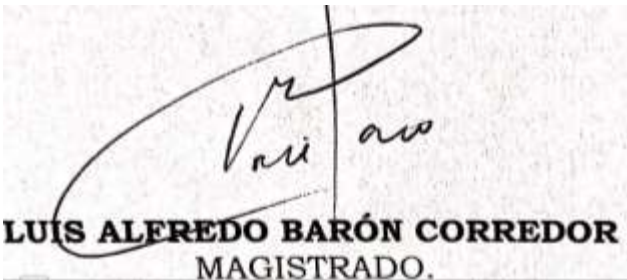


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandada 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**

1

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CLARA ISABEL MANRIQUE
BOCANEGRA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

En Bogotá D. C. a los veinticinco (25) días del mes de marzo 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 **CLARA ISABEL MANRIQUE BOCANEGRA** se **declare** la nulidad de traslado realizado el 19 de mayo del año 2000, del ISS hoy COLPENSIONES a la AFP PORVENIR S.A. y posteriormente, a la AFP BBVA hoy PROTECCIÓN S.A., se **ordene** a las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales, se **ordene** a COLPENSIONES realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen aprobado el 19 de mayo de 2000, se **ordene** a COLPENSIONES a recibirla sin solución de continuidad, se **condene** al pago de costas procesales y se **condene** ultra y extra petita (fls. 3 a 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl.4 a 5), señaló que nació el 24 de febrero de 1957, que al 1° de abril de 1994, contaba con 37 años de edad, siendo beneficiaria del régimen de transición, que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 6 de agosto de 1998, el 19 de mayo del 2000 se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a PORVENIR S.A. y posteriormente, a la AFP BBVA HORIZONTE hoy PROTECCIÓN S.A., el 19 de mayo del año 2000, PORVENIR S.A. no le comunicó que el traslado de régimen conllevaba la pérdida del régimen de transición, indica que el traslado realizado el 19 de mayo del 2000, se destacó por la indebida y nula información que suministraron los fondos privados, para convencerla que se trasladara de régimen, evidenciándose el engaño en el que incurrieron dichas AFPS. Adicionalmente, dichas AFPS no le informaron antes del 24 de febrero de 2014, sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión, que el 17 de noviembre de 2017, solicitó ante las demandadas su traslado de régimen.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 49 a 58), en la que se opuso a las pretensiones de esta, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 3, 4 y 11, no ser cierto el numeral 2, y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas e innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, **aduciendo que nunca ha sido afiliada a PROTECCIÓN S.A., ya que esta sociedad nunca ha denominado horizonte, tal denominación societaria va liga a la administradora PORVENIR S.A.,** en cuanto a los hechos manifestó no ser ciertos los numerales 7 y 8; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de nulidades por no configurarse un vicio en el

consentimiento, saneamiento por ratificación de la nulidad, prescripción e innominada o genérica (fls. 94 a 99).

La **AFP PORVENIR S.A.** se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos indicó ser el numeral 9, no ser ciertos los numerales 4 y 5; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y enriquecimiento sin justa causa (fls. 109 a 117).

3

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 13 de febrero de 2019 (CD – fl. 143), **declaró** la nulidad de la afiliación efectuada por la demandante al régimen de ahorro individual, el 19 de mayo del año 2000, por intermedio de la AFP PORVENIR S.A. en consecuencia **declaró** como afiliación válida la del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, **condenó** a PORVENIR S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES, para ello concedió el término de 1 mes, **condenó** a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media y a actualizar su historia laboral, **declaró** no probas las excepciones propuestas y **condenó** en costas a POVENIR S.A. en la suma de \$1.000.000.

Fundamentó su decisión, manifestó que se encontraba acreditado que la demandante se había afiliado al régimen de prima media con prestación definida desde el año 1998, así mismo, se tenía que se había afiliado a PORVENIR S.A. el 1° de junio de 2000. Paso seguido, señaló que conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se tenía que para poder considerar el traslado de un régimen pensional se requería que la administradora de ahorro individual hubiera suministrado información, completa, clara, oportuna y comprensible sobre las condiciones específicas de la situación pensional.

Refiere que, si bien para el momento del traslado no existía una obligación concreta de hacer cálculos o proyecciones pensionales, sí existía una obligación de suministrar información estipulada en el estatuto financiero en sus artículos 96 y 97. En cuanto a la carga de prueba, indicó que la misma recaía sobre quien gravita el deber de información, concretamente el impacto de cambio de régimen como lo estipula el artículo 1604 del Código Civil.

4

Adicionalmente, argumentó que cuando la actora manifestaba no haber recibido una obligación completa y suficiente, sobre las consecuencias y desventajas de cambiarse de régimen, se estaba frente a una negación de carácter indefinido, las cuales según el artículo 167 del CGP, hacen una inversión de la carga de la prueba, en tal sentido la persona que pretenda desvirtuar esa negativa debe probar que no sucedió de esa manera, lo cual es este caso le correspondía a POVENIR S.A.

Concluyendo, que conforme a las pruebas documentales e interrogatorios de parte rendidos no se logró acreditar por parte de POVENIR S.A. que la información se hubiere suministrado de manera adecuada y concreta a la demandante al momento de su traslado, se aportó también el formulario de traslado donde se hace constar que el cambio de régimen se hizo de manera libre y espontánea, sin embargo, con esa sola prueba no llevaba al convencimiento de que la información se hubiere suministrado de manera completa y oportuna.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. argumentó su recurso señalando que, la afiliación en el presente caso correspondía a un acto jurídico válido y sin presión entre las partes, no se había logrado comprobar que el engaño o precisión hubiere sido ejercida por esta administradora, que la afiliación fue de carácter voluntario, obedeció más a un mandato del empleador de la época de afiliación, que las múltiples semanas de afiliación al RAIS, 764 aproximadamente, rectifican la intención de la demandante de permanecer en el RAIS, no manifestando su inconformidad de querer regresar al régimen de prima media. Por último, la demandante no era beneficiaria del régimen

de transición, por lo tanto, no existe una expectativa legítima o perjuicio ocasionado en este aspecto.

COLPENSIONES también interpuso recurso de apelación, manifestando que se debe tener en cuenta que el objeto del litigio se centró en determinar si era nulo el traslado del demandante del régimen de prima media al RAIS, al no haberse suministrado información importante por parte de la AFP PORVENIR en el año 2000, que ese orden de ideas, se precisaba que las condiciones propias sobre las cuales opera el régimen de ahorro individual, estaban contempladas en los artículo 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, lo cual por ser de orden nacional impone el conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación, por consiguiente, no puede a estar alturas del proceso alegar la demandante que la AFP demandada no le suministró la información del cambio de régimen, cuando ha transcurrido más de 16 años, siendo que ella misma también tenía la posibilidad de acceder a la misma a través de la Ley 100 de 1993.

Aduce, que si bien es cierto la Ley 100 de 1993, no contempla como tal ventajas o desventajas de pertenecer a uno u otro régimen, sí trae consigo las características propias de cada uno de los dos, en este orden, de manera que, teniendo en cuenta lo señalado en el artículo 9° del Código Civil, la ignorancia de la Ley no sirve de excusa para alegar un supuesto vicio del consentimiento, el cual no se logró probar dentro del presente proceso, refiere, que también debe tenerse en cuenta que dadas las circunstancias de las situaciones expuestas, en el presente caso no se configuraría un error de hecho, sino un error de derecho, por lo tanto, los errores de derecho no vician el consentimiento, no habiendo lugar a declarar la nulidad de traslado, siendo que es la afiliada la que debe asumir las obligaciones propias de la suscripción del contrato con la AFP demandada, además de haber ratificado su deseo de pertenecer al régimen de ahorro individual al continuar afiliada por más de 17 años, sin mediar intereses por parte de la misma de querer retornar al régimen de prima media, tampoco es beneficiaria del régimen de transición por lo que no se le esta vulnerando ninguna expectativa legítima de pensión, con lo cual se pudiera perjudicar en este momento.

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.

6

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 CLARA ISABEL MANRIQUE BOCANEGRA el 1° de julio del año 2000 (fl. 119), 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. 118 a 120), aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES del 1° de septiembre de 1998 al 31 de mayo del año 2000 (fls. 54 a 63), habiendo prestado sus servicios con anterioridad a la Alcaldía de Ibagué, desde el 21 de julio de 1994 al 16 de septiembre de 1996 (fl. 24).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. obrante a folio 142 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 indicó el *a quo* en la sentencia apelada y contrario a lo señalado por las demandadas en sus recursos de alzada, 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 las entidades accionadas, no encuentren 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).

No obstante, se hace necesario ADICIONAR y por ende MODIFICAR, el ordinal primero del proveído apelado, en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. 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, motivo por el cual no resulta relevante los argumentos de COLPENSIONES.

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 las demandadas, teniendo en cuenta que sus recursos de alzada no prosperaron.

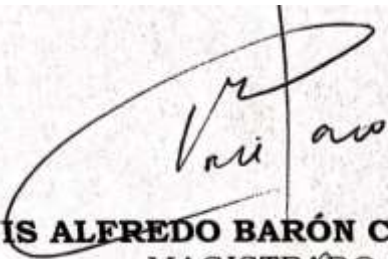
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a PORVENIR 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 y PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

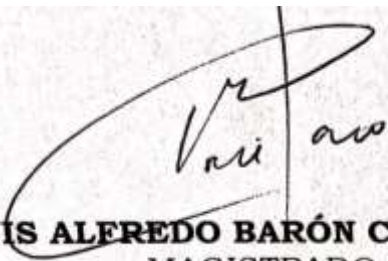


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandada AFP PORVENIR 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.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE OLGA MARGARITA BOHORQUEZ GONZÁLEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.

En Bogotá D. C. a los veinticinco (25) días del mes de marzo 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 **OLGA MARGARITA BOHORQUEZ GONZÁLEZ**, se **declare** la ineficacia del traslado de la afiliación en pensiones a la AFP COLFONDOS S.A., por cuanto la misma careció de información en el cambio de régimen pensional, debido a la fraccionada e incompleta asesoría sobre los riesgos que debía asumir en el cambio de régimen pensional, al no haber sido clara, completa o comprensible, la manera como estaba diseñado el régimen de ahorro individual, incumpliendo con el deber de información detallada que genera el consentimiento informado. Como consecuencia, se **condene** a COLFONDOS S.A. a trasladar todos los aportes efectuados, junto con todos los rendimientos a COLPENSIONES, se **condene** a COLPENSIONES a activar la afiliación en el régimen de prima media, se **condene** a COLPENSIONES a aceptar y recibir el traslado de los aportes, se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas procesales (fl. 5 a 6).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 2 a 5), señaló que nació el 7 de octubre de 1959, que se encontraba afiliada al régimen de prima media desde el año 1985, como trabajadora dependiente a cargo de varias empresas, aduce que con la expedición de la Ley 100 de 1993, los fondos privados iniciaron una gestión de venta, visitando a los trabajadores de las diferentes empresas, con el fin de atraer a los afiliados de prima media al nuevo sistema pensional, por lo que los asesores de COLFONDOS S.A. le informaron que el régimen de ahorro individual contenía muchas ventajas, sin que pudiera para ese momento la manera de comparar la forma en como estaba diseñado cada régimen, trasladándose en el año 1998.

Relata que la asesoría de COLFONDOS S.A. no contó con ningún tipo de ilustración en cuanto a la forma como se encontraba diseñado el sistema de ahorro individual, el asesor le indicó que en COLFONDOS S.A. tendría una cuantía de pensión mucho mejor, podía pensionarse a la edad que quisiera, informándole solo de las ventajas, pero no de las desventajas, no le informó que podía regresar al régimen de prima media, la forma y periodos en que debía hacerlo. Aduce, que en la actualidad no cuenta con el capital suficiente para pensionarse.

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, 2, 3, 6 y 30, en cuanto a los demás indicó no constarle, propuso como excepciones de fondo error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción (fls. 40 a 51).

La **AFP COLFONDOS S.A.** contestó también el libelo demandatorio, oponiéndose igualmente a las pretensiones de la demanda y en cuanto a los hechos admitió los contenidos en los numerales 1 a 4, no constarle los numerales 29 y 30; y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo validez de la afiliación a COLFONDO, buena fe, inexistencia de vicio

de consentimiento por error de derecho, prescripción e innominada o genérica (fls. 88 a 96).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 7 de febrero de 2019 (CD – fl. 128), **declaró** la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad con fecha 3 de marzo de 1998, por intermedio de COLFONDOS S.A. y en consecuencia **declaró** como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, **condenó** a COLFONDOS S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante, concediendo un término de 1 mes, **condenó** a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar la historia laboral, **declaró** no probadas las excepciones propuestas y **condenó** en costas a COLFONDOS S.A. en la suma de \$1.000.000.

Fundamentó su decisión, indicando que se encontraba acreditó que la demandante se afilió al régimen de prima media desde el año 1985, tal y como se constataba de la historia laboral expedida por COLPENSIONES, también se había allegado formulario de vinculación a COLFONDOS S.A. de fecha 3 de marzo de 1998, adujo que es criterio de la Corte suprema de Justicia Sala Laboral, que para que un traslado de régimen pensional estuviera procedida de voluntad y deseo del afiliado se requería que el régimen de ahorro individual hubiera suministrado toda la información completa, clara y comprensible sobre las situaciones específicas de su situación pensional.

Estableció, que si bien al momento del traslado no estaba inmersa la obligación de suministrar cálculos y proyecciones para que pudiera hacerse el traslado, no era menos cierto, que eso no eliminaba el deber de información que sí existía para esa época, conforme al estatuto financiero

en su artículo 97, carga de la prueba recaía sobre quien gravita el deber de información. Adicionalmente, señaló que cuando la demandante manifestaba que no había recibido la información suficiente sobre las desventajas del régimen, se esta bajo una negación de carácter indefinido, bajo ese entendido no estaba obligada a probar lo que no recibió, contrario a ello, quien sí debió suministrar la información o alegaba haberla suministrado, tenía la obligación de probar su dicho.

Sostuvo, que en el caso bajo estudio COLFONDOS no había demostrado que hubiera brindado toda la información, para que la demandante tomará una decisión informada sobre ese cambio de régimen y lo que conllevaba el mismo, no solamente brindándole las ventajas, sino también las desventajas, que en el interrogatorio de parte del representante legal de COLFONDOS, éste había manifestado que había suministrado la información pertinente, sin embargo, solo se tenía prueba de su dicho, pero no existía constancia de ello, a través de otra prueba documental adicional al formulario de afiliación, aunado a que si la demandante estaba o no en el régimen de transición, el deber de información era uno solo, por lo tanto, es el derecho que tienen todas las personas.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que la demandante de manera libre y voluntaria decidió suscribir un formulario de afiliación con la AFP COLFONDOS en el año 1988, en ese orden de ideas no puede predicarse la existencia de un error de hecho, sino de un error de derecho, en consecuencia, tal y como establece la legislación civil, los errores de derecho no vician el consentimiento, por consiguiente, no habría lugar a declarar la nulidad. Adicionalmente, solicita se tenga en cuenta que la Ley 100 de 1993, en sus artículos 99 y siguientes, establece las condiciones bajo las cuales operan los diferentes regímenes pensionales, por lo tanto, no puede a esta altura, cuando ya ha transcurrido más de 20 años de afiliación manifestar la ignorancia de la Ley, para querer sanear la decisión que se tomó en el año 1998, siendo que debe la demandante asumir las consecuencias de la suscripción del contrato firmado de manera libre y voluntaria.

Agrega, que en gracia de discusión, en el entendido de que existiera una nulidad esta se establecería de carácter relativo y al haber transcurrido más de 20 años desde la fecha de suscripción del contrato de afiliación, la misma ya se encontraría saneada, para lo cual debe tenerse en cuenta la sentencia STL 10825 de 2017, en donde se indicó que la nulidad de afiliación por falta del deber de información predicaría únicamente para las personas que fueran beneficiarias del régimen de transición, lo cual no acredita la demandante, por lo cual no se podría aplicar las consideraciones establecidas en primera instancia.

COLFONDOS interpuso también recurso de apelación, indicando que coincide con lo expuesto por COLPENSIONES, en cuanto a que no existe un error de hecho, sino de derecho, por lo tanto, la nulidad puede ser relativa y no vicia el consentimiento, como lo expresa el Código Civil. Por otra parte, establece que no existe la inversión de la carga de la prueba alegada, como quiera que la jurisprudencia existente no ha resuelto un caso como el estudiado, por lo que no puede predicarse que exista el principio de la carga de la prueba, por el contrario la demandante sí tiene carga de la prueba consistente en desvirtuar el principio de buena fe y bajo ese hecho en particular no existe ninguna prueba en que demuestre el vicio del consentimiento al que fue sometida, por el contrario, lo que expuso el representante legal de COLFONDOS es que efectivamente se le informó de manera verbal las características de cada régimen de pensiones.

Añade, que las diferencias de la mesada pensional, no prueban por si sola el vicio del consentimiento, si bien se confirme por parte del Tribunal que se dio un vicio del consentimiento debe tenerse en cuenta que los gastos de administración, son gastos de conservación y administración de los recursos del sistema de seguridad social, son gastos que se causan tanto en el régimen de ahorro individual como en el régimen de prima media, de tal manera que no puede ordenarse una devolución de los aportes, sin descuento de administración, porque son gastos que son propios de ambos regímenes pensionales, de tal manera que COLPENSIONES no sufre ningún tipo de detrimento, pues esta recibiendo unos aportes con una rentabilidad superior, tampoco podría hablarse de una equivalencia financiera dado que la equivalencia financiera de uno u otro sistema, esta predicada de traslado por

el cumplimiento de condiciones de existencia del régimen de transición de los afiliados, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

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, 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 OLGA MARGARITA BOHORQUEZ GONZÁLEZ el 3 de marzo de 1998 (fls. 110 a 111), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS, encontrándose afiliada en la actualidad a ésta, efectuando cotizaciones en el RAIS desde mayo del año 1998 a la fecha (fl.110). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES del 28 de febrero de 1985 al 31 de diciembre del año 1997 (fls. 69 a 71).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 111 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, 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, como lo indicó el *a quo* en la sentencia apelada y contrario a lo señalado por las accionadas 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.

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 **ADICIONARÁ Y MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

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,

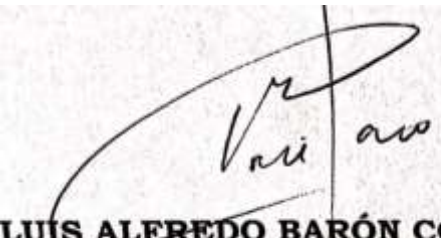
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a COLFONDOS 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 y COLFONDOS S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

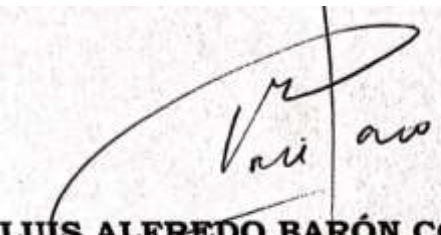


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandada AFP COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES en la suma de \$ 900.000 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 JUAN CARLOS GRAU FONSECA contra
SOLUCIONES INMEDIATAS S.A.**

En Bogotá D. C. a los veinticinco (25) días del mes de marzo 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 **JUAN CARLOS GRAU FONSECA** solicita se **declare** que entre las partes existió un contrato laboral el cual terminó por causas imputables al empleador, se **condene** a la empresa demandada a reintegrarlo a su puesto de trabajo, teniendo en cuenta las recomendaciones medicas planteada por la EPS, se **condene** a la empresa demandada a reconocerle los emolumentos legales dejados de percibir desde el momento en que se produjo el despido injusto y hasta el momento del reintegro, se **condene** a la empresa accionada a abstenerse de despedir al trabajador en cuanto subsistan las causas que le permitieron al Juez Octavo Civil Municipal de Barranquilla y Juez Sexto Civil del Circuito de barranquilla proteger el estado de debilidad manifiesta en que la que se encuentra, se **condene** a la empresa demandada al pago de costas procesales (fl.5).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 3 a 5 del plenario en los cuales se señalaron que suscribió un contrato a término indefinido con la empresa demandada el 17 de marzo de 2015, devengando como salario la suma de \$1.200.000, que por disposición del empleador cumplía funciones de mantenimiento preventivo y correctivo en la empresa auto mundial Barranquilla, en calidad de

trabajador en misión, en desarrolló de su función sintió fuertes dolores que le impedían continuar con cabal cumplimiento sus labores, solicitando ayuda médica a través de la EPS SURA en donde le realizaron varios exámenes determinándose poliartrósis degenerativa y una espondiolitis lumbar; y cervical, pese al diagnóstico y tratamiento iniciado fue despedido por la empresa el 12 de junio de 2015, ante la situación de calamidad que empezó a vivir a causa de haber perdido su empleo se vio en la necesidad de interponer acción de tutela que le correspondió al Juzgado Octavo Civil Municipal de Barranquilla, quien el 8 de junio de 2015, falló a su favor tutelando los derechos fundamentales a la salud, mínimo vital y debido proceso, decisión que fue impugnada por la empresa accionada, siendo ratificada la decisión por parte del Juzgado Sexto Civil del Circuito de Barranquilla haciendo salvedad que los salarios dejados de percibir durante el tiempo en que el trabajador estuvo por fuera de la empresa, así como la estabilidad laboral debía dirimirse ante un Juez Laboral del Circuito, siendo reintegrado el 15 de junio de 2015. Indica que por tratarse de una enfermedad degenerativa el trabajador se ha visto impedido de trabajar en las actividades de planta donde se encontraba la empresa auto mundial Barranquilla, pero tiene la toda la disposición de seguir laborando dado su conocimiento en el campo técnico, que el 2 de junio de 2015, solicitó a EPS ser enviado a la Junta Regional de Calificación de Invalidez a fin de ser calificado.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La empresa **SOLUCIONES INMEDIATAS S.A.** contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 3, 4, 6, 12 y 14, no ser ciertos los numerales 2, 5, 9, 11 y 13; y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, genérica, carencia de norma jurídica, falta de causa y buena fe (fls. 135 a 156).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 25 de octubre de 2018, **declaró** la ineficacia del despido ocurrido el 12 de junio de 2015 y por tanto, **ordenó** a la empresa demandada al reintegro del trabajador al cargo que venía desempeñando al momento del despido o a uno de mejor categoría, junto con el pago de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social dejados de percibir entre el despido y el reintegro, salvo los 4 meses que fue reintegrado en

virtud de la orden de tutela proferida por el Juzgado Octavo Civil Municipal del Circuito de Barranquilla dentro de la acción de tutela 2015-00590, **absolvió** a la demandada de las demás pretensiones incoadas y la **condenó** en costas en 1 SMLMV (CD fl. 205).

Como **argumento de su decisión**, el *a quo* hizo referencia a las pruebas documentales e interrogatorios de parte, también señaló que de oficio había decretado la valoración del actor por parte de la Junta de Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, emitiéndose el correspondiente dictamen pericial que no había sido objetado por las partes, en la cual se estableció una pérdida de capacidad laboral del 41.03% por enfermedad de origen común con fecha de estructuración 20 de junio de 2017.

Estableció el sentenciador que no se discutía la existencia de la relación laboral, hizo referencia a la normatividad y jurisprudencia que regulan la estabilidad laboral reforzada, considerando que la restricción dispuesta en el artículo 26, consistía para aquellas personas que tuvieran al momento del despido una pérdida de capacidad superior al 15%, por lo que al revisarse el acervo probatorio, se tenía que el señor Juan Carlos Grau Fonseca había sido calificado posterior al despido con una pérdida de capacidad del 41.03%, es decir, superior a la pérdida de capacidad severa determinada por la Corte Suprema de Justicia, por lo que en principio el despido no era de aquellos que pudieran verificarse de acuerdo a las prohibiciones dispuestas en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, teniendo en cuenta que al momento del despido aún no se encontraba estructurado el estado de invalidez.

Sin embargo, el *a quo* hizo referencia a lo dispuesto en la sentencia SU 049 de 2017, estableciendo que una vez revisada la historia clínica del 4 de abril de 2015, el actor había presentado un cuadro clínico con dolor en región cervical diagnosticado como cervicalgia, lumbago no especificado, gastritis y equimosis espontánea, continuando en tratamiento médico, además de haber presentado un estado de incapacidad por más de 26 días, el cual inició el 1° de abril de 2015, hecho que había sido ratificado por la representante legal en su interrogatorio de parte, lo cual demostraba que el actor se encontraba en un estado de salud crítico, aspectos por los cuales debía darse aplicación a lo dispuesto en la sentencia SU 049 del 2017, por cuanto el estado de salud del actor era conocido por el empleador, máxime que las patologías venían de tiempo atrás y según lo establecido por la Junta Regional de Calificación las patologías del actor son degenerativas.

Agregó, el sentenciador que la parte demandada, afirmaba que la relación laboral no había terminado por razón de su discapacidad física, si no por razón del término pactado, frente a lo cual consideraba que teniendo en cuenta las recomendaciones médicas, incapacidades reiterativas, estaba en la obligación al momento del despido de solicitar la respectiva autorización al Ministerio del Trabajo, pues gozaba estabilidad laboral reforzada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandada**, interpuso recurso de apelación argumentando que la sentencia proferida por el Juez de primera instancia se alejaba totalmente del criterio valorativo exigido por la legislación colombiana, por cuanto se decretaba una estabilidad laboral reforzada a un vínculo laboral que había tenido una duración de menos de tres meses, frente a una patología de origen común que había tenido sus inicios 5 años antes del vínculo laboral y que había sido calificado tres años después por la Junta Regional, a través de una prueba de oficio decretada por el despacho, con una historia clínica que jamás había sido conocida por el empleador, los cuales por si solos no justifican la presencia de algo.

Añade, que la incapacidad que le decretaron al actor de 26 días tampoco era garantía foral, porque fue dos meses después de dicha incapacidad que se dio por terminado el vínculo laboral, pues la incapacidad correspondió del 1° al 26 de abril de 2015 y el contrato se dio por terminado por finalización de la obra o de la labor el 12 de junio de 2015, no probándose que la terminación del contrato hubiere sido por su estado de salud, además que el actor sabía cómo lo había expresado en la demanda, que venía con una enfermedad degenerativa que se venía presentando desde hacía 5 años atrás y en el examen de ingreso, el médico le decretó aptitud para desarrollar las funciones para las cuales había sido contratado.

Aduce que se citaron unas sentencias de la sala laboral de la CSJ, pero no se había tenido en cuenta lo dispuesto en la sentencia con radicado el 32532 del 15 de julio de 2008, en la cual se decía que el Tribunal no había incurrido en ningún desatino, pues no había desconocido la existencia de incapacidad médica, sino que había estimado que el dictamen de la junta de calificación había sido notificado con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, el cual se había dado por terminado por vencimiento del plazo inicialmente pactado, luego para ese momento

el empleador no tenía conocimiento de la discapacidad de la actora, tampoco es cierto, que las incapacidades por sí solas acrediten que la persona se encuentra en limitación física para ser cobijado por la protección a que se refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Hace referencia también a lo dispuesto en la sentencia 39207 del 28 de agosto de 2012, considerando que la única prueba con la que contaba el empleador en el presente asunto es la incapacidad que había terminado el 26 de abril de 2015, que las funciones desarrolladas por el actor fueron tranquilas en el cumplimiento de todas sus funciones. Adicionalmente, el representante legal había manifestado que conocía de esa incapacidad porque había sido arrimada por el actor, pero sin que se conociera más allá sobre la enfermedad del actor, aspecto que no había sido teniendo en cuenta por el *a quo*, toda vez que no era que el demandante estuviera enfermo desde hacía 4 años, sino que él había dicho era que le dolía el hombro desde hacía cuatro años, de manera que el trabajador nunca informó de toda su patología, tampoco informó del origen degenerativo, tan solo había presentado una incapacidad, por lo que se le había dado un reconocimiento de manera exagerada haciendo énfasis en lo dispuesto por la Corte Constitucional, apartándose del estudio probatorio de manera racional, juiciosa, equitativa y equilibrada.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si al momento de la culminación del contrato de trabajo por duración de obra o labor determinada que unía a las partes, el actor gozaba de estabilidad laboral reforzada y en caso afirmativo, establecer si hay lugar a reintegrarlo al mismo cargo que ocupaba a la finalización del vínculo u otro de igual o superior categoría, junto al pago de salarios y prestaciones sociales dejados de pagar desde el momento del despido y hasta que se produzca el reintegro.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que existió entre las partes lo cual fue aceptado por la demandada y se encuentra corroborado con la documental que milita a folios 19, 20, 157 y 158, de donde se colige que el señor JUAN CARLOS GRAU

FONSECA laboró al servicio de SOLUCIONES INMEDIATAS S.A. mediante contrato de trabajo por duración de obra o labor determinada, el cual inició el 17 de marzo de 2015 y finalizó el 12 de junio de 2015 (fl.34), en donde el actor se desempeñó como electromecánico, devengado como salario la suma de \$1.200.000

Estabilidad laboral reforzada

Al respecto, 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 reqlamentación 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 en 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 sicológica, 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.”

De otro lado, la Corte Suprema de Justicia cambió el criterio frente al tema de la estabilidad laboral reforzada y en sentencia SL 1360 del 11 de abril de 2018, efectuando una interpretación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, señaló:

“a) La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima.”

“b) A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.”

“c) La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas.”

Hechas las anteriores precisiones, lo primero que debe resaltar la Sala es que no es cierto como lo señaló el *a quo*, que la demandante debía acreditar su estado de discapacidad entre grave, severa y profunda al momento del despido, pues si bien la CSJ Sala de Casación tenía por sentado dicha tesis, a raíz de su último pronunciamiento quedó claro que al trabajador únicamente le corresponde demostrar que estuviera en situación de discapacidad al momento del despido y al empleador demostrar las justas causas alegadas para que se configure la estabilidad laboral reforzada, de manera que no se requiere la existencia de una calificación previa que acredite una discapacidad, argumento que además coincide con lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia anteriormente referida.

En cuanto a los **contratos por duración de la obra o labor determinada**, como fue el tipo de vinculación que tuvo el demandante, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se pronunció en sentencia SL 2586 de 2020, en la cual estableció lo siguiente:

“Por tanto, en los casos de las personas con discapacidad es necesario que la facultad del empleador para terminar los contratos a término fijo tenga una dosis mínima de racionalidad o de objetividad, precedida de motivos creíbles y objetivos,

que descarten sesgos discriminatorios. De modo que, si se alega que la decisión está libre de estos prejuicios, necesariamente es el empleador quien tiene el deber de demostrar que ello es así, aportando el medio de convicción de la objetividad de su decisión. Y tal prueba no es otra que aquella que acredite que la necesidad empresarial para la que fue contratado el trabajador, desapareció, pues no de otra forma podría justificarse la no renovación del contrato.

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

*En consecuencia, **la Corte adocctrina que, en el caso de los trabajadores con discapacidad contratados a término fijo, es necesario que la decisión de no prórroga proveniente del empleador esté fundamentada en la desaparición efectiva de las actividades y procesos contratados. Por consiguiente, si el trabajador promueve juicio laboral, el empleador tiene la carga probatoria de demostrar, de manera suficiente y creíble, que en realidad la terminación del contrato fue consecuencia de la extinción de la necesidad empresarial; solo así quedará acreditado que su decisión de no renovar el contrato de trabajo estuvo desprovista de una conducta discriminadora***. (subrayado y negrilla fuera del texto original).

De conformidad con la jurisprudencia anteriormente señalada, se procede a verificar el material probatorio allegado al plenario a fin de establecer si se dan cada uno de los presupuestos enunciados, a folios 54 a 113 se encuentra historia clínica del actor, de donde se puede ver que el 4 de abril de 2015, fue diagnosticado con cervicalgia, lumbago no especificado, gastritis, equimosis espontánea, se observa incapacidades médicas desde el 1° de abril de 2015.

A folios 185 a 193 se encuentra calificación de pérdida de capacidad laboral del actor emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca de fecha 11 de mayo de 2018, del cual relata el *a quo* que fue una prueba de oficio decretada por el despacho, en la cual se determinó: “*diagnóstico desde el año 2014 cuadro de dolor cervical, tomaron RMN de columna cervical encontrando discopatía cervical múltiple asociada a espondilosis. En el año 2015 dolor lumbar tomaron RMN de columna lumbar el 16/4/2015 que evidenció espondilosis lumbar, discopatía múltiple, canal estrecho lumbar en L3-L4. El 15/5/2015 tomaron EMG y NC de MMSS que reportó síndrome de túnel del carpo derecho mínimo. En junio de 2015, tomaron esofagogastroduodenoscopia que evidenció gastropatía erosiva, tomaron biopsia que mostró esofagitis crónica. En octubre de 2015 se encuentra concepto de fisioterapia que registra que presenta poliartrósis, poliartralgia, cervicolumbalgia crónica,*

espondiloartrosis cervical y lumbar, gastritis severa, esofagitis, insomnio y STC derecho. El 27/4/2016 en consulta por anestesiología se encuentra además que presenta fibromialgia". Teniendo en cuenta los antecedentes clínicos del demandante, estableció una pérdida de capacidad laboral del 41.03% con fecha de estructuración 20 de junio de 2017.

En interrogatorio de parte el representante legal de la empresa demandada, manifestó que la primera incapacidad presentada por el actor fue el 1° de abril de 2015, la cual perduró por 26 días, en la cual solo aparecía un diagnóstico, sin que se pudiera tener más información ya que la misma es confidencial, de manera que no se tenía más conocimiento de la enfermedad del trabajador por cuanto la misma no había sido suministrada. De otro lado, el demandante en su declaración señaló que un día en su trabajo al observar que una tubería se había descolgado decidió coger una escalera y con una palanca lograr subir el tubo, que al terminar su jornada regresó a su casa y empezó a sentir un dolor lumbar, pensó que se iba a pasar, pero no fue así, viéndose en la necesidad de acudir a urgencias, empezando desde ese momento las incapacidades y exámenes médicos que finalmente determinaron fibromialgia.

De lo anterior, si bien se tiene que el empleador no conocía el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del demandante, pues el dictamen fue emitido solo por orden judicial, las probanzas si dejan ver que el empleador conocía de los padecimientos que aquejaban a su trabajador, lo cual lo llevó a tener una incapacidad de 26 días como lo reconoció el representante legal de la empresa accionada. Ahora, si bien alega la demandada que para el momento del despido no se encontraba con incapacidad médica, pues la misma había finalizado el 26 de abril de 2015, lo cierto es que del historial clínico deja ver que el actor siguió en controles, tratamientos y exámenes médicos relacionados con las molestias que generaron la incapacidad a fin de determinar la razón de sus dolores, que finalmente como bien lo dijo en su declaración el actor se determinó fibromialgia, entre otras enfermedades, de manera que, la discapacidad del trabajador era evidente por la naturaleza de sus limitaciones o deficiencias físicas, pues todas estas se encontraban relacionadas con dolores de lumbalgia y cervical, los cuales previamente habían sido puestos en conocimiento al empleador a través de la incapacidad médica.

De esta forma, está plenamente acreditado que, con antelación a la terminación del contrato de trabajo, el empleador estaba enterado de la magnitud de la enfermedad, pues conforme su dolencias debieron haber limitado el normal desarrollo de sus

actividades, con una incapacidad que como bien se ha mencionado de 26 días, lo que demuestra que no se trataba de una enfermedad pasajera, sino que evidencia una discapacidad notoria, que conllevaron al actor a seguir en controles médicos permanentes, por lo que no puede considerarse que para determinar su estado de discapacidad, debía ponerle de presente previamente al empleador el diagnóstico médico, como lo hace entender el recurrente, pues téngase en cuenta que ni el mismo trabajador para el momento del despido sabía el tipo de enfermedad que tenía, motivo por el cual manifiesta tanto en su declaración como el historial médico que venía presentando molestias en el hombro u otras partes del cuerpo desde tiempo atrás que fueron incrementado y que finalmente concluyo en la enfermedad antes referida, por consiguiente, al haber acreditado el actor que se encontraba en tratamiento médico desde el momento en que se puso de presente la incapacidad al empleador y hasta el momento del despido, es más que suficiente para establecer que la empresa accionada sí tenía conocimiento del estado de salud del señor JUAN CARLOS GRAU.

Adicionalmente, establece la jurisprudencia previamente referida que al tratarse de un contrato por tiempo determinado, como fue la vinculación del actor, le incumbe al empleador probar que la terminación del contrato fue consecuencia de la extinción de la necesidad empresarial y solo así quedará acreditado que su decisión de no renovar el contrato de trabajo estuvo desprovista de una conducta discriminadora, el caso *sub examine* no queda acreditada tal condición, toda vez que al revisarse la carta de terminación del contrato folio 34 se dice que el motivo consiste en los términos estipulados en el artículo 5°, literal d.) de la Ley 50 de 1990, pero no se menciona por qué la empresa usuaria dio por finalizada la obra contratada, aspecto que tampoco lo manifiesta el representante legal en su declaración, tampoco se aportó documento que contenga dicha información, incluso el demandante manifestó en su interrogatorio que el día en que se le dio por terminado el contrato él iba en camino para mundial de llantas, porque le habían dicho que lo iban a reubicar allá, para hacer labores de oficina, pero recibió una llamada donde le dijeron que debía presentarse a la oficina de Soluciones Inmediatas, cuando llegó a soluciones inmediatas fue cuando le presentaron la carta de renuncia, versión que deja ver que la finalización del contrato no se debió a la extinción de la necesidad empresarial, pues si hubiere sido así se le hubiera informado al trabajador anticipadamente y no le hubieren manifestado que lo iban a reubicar.

Así las cosas, no le asiste razón al recurrente y por lo tanto, habrá de **confirmarse** la decisión de primera instancia, toda vez que conforme se expuso nada tiene que ver la

duración del contrato para establecer que una persona goza de estabilidad laboral reforzada por enfermedad si así lo acredita, como tampoco la jurisprudencia citada por el apelante puede variar la decisión de primera instancia, toda vez que el actual criterio de la CSJ Sala Laboral establecen unos parámetros diferentes a los que anteriormente tenía, los cuales se encuentran acordes a los criterios de la Corte Constitucional como la sentencia SU – 049 de 2017, que fue el fundamento jurídico del Juez de primera instancia.

COSTAS:

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada, como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

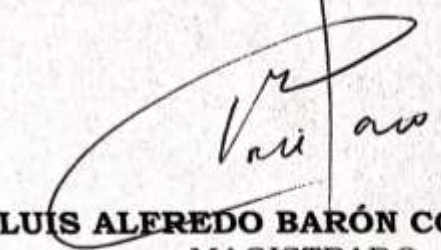
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

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

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

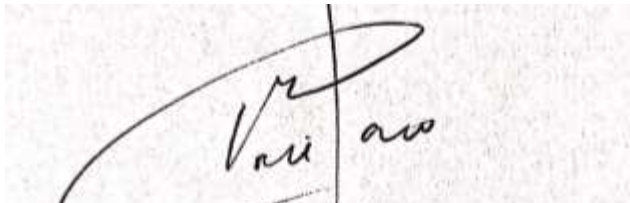


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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.



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 LEONOR CRISTINA CORTES ROZO
contra ASOCIACIÓN COLOMBIANA PRO NIÑO RETARDADO MENTAL

En Bogotá D. C. a los veinticinco (25) días del mes de marzo 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 **LEONOR CRISTINA CORTES ROZO** se **declare** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada entre el 2 de enero de 1995 al 15 de marzo de 2015, se **declare** que el salario devengado correspondió a la suma de \$1.152.756 o de manera subsidiaria se **declare** que el salario correspondió a la suma de \$1.130.000, se **declare** que la relación laboral término sin justa causa. Como consecuencia, de lo anterior se **condene** a la demandada al reconocimiento de una pensión sanción, se **condene** al pago de las cesantías teniendo en cuenta el salario real, se condene al reconocimiento de intereses a las cesantías, se **condene** a la sanción por no consignación a las cesantías, se **condene** al pago de prima legal de toda la relación laboral, se **condene** a la indemnización moratoria, se **condene** a la indemnización por despido sin justa causa, se **condene** al pago de vacaciones de toda la relación laboral, se **condene** al pago de costas procesales, se **condene** ultra y extra petita (fls. 6 a 9).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls.4 a 6) se señalaron en síntesis que inició su relación laboral con la demandada el 25 de enero de 1995, para desempeñarse como trabajadora social, siendo despedida sin justa causa el 15 de marzo de 2015, que la forma en como fue contratada fue a través de contrato de prestación de servicios, debiendo atender personalmente las labores encomendadas por sus patrones, aduciendo que es salido de toda razón que un contrato sin subordinación tenga continuos 20 años, que el salario devengado correspondió a la suma de \$1.152.756 el cual se depositaba mensualmente.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La **ASOCIACIÓN COLOMBIANA PRO NIÑO RETARDADO MENTAL-ACONIR** contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó no contarle el numeral 11, en cuanto a los demás señaló no ser ciertos, propuso como excepciones de fondo falta de requisitos para declarar la existencia de relación laboral, cobro de lo no debido, inexistencia de causa para demandar y prescripción (fls. 75 a 98).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 17 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 21 de noviembre de 2018, **declaró** probadas las excepciones de inexistencia de la relación laboral y falta de causa para demandar, declaró que no prosperaba la tacha de sospecha propuesta a testigo JUAN CARLOS ECHEVERRY GARCÍA, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, condenó en costas a la parte actora en la suma de \$300.000 (CD fl.220).

Como argumento de su decisión, señaló el *a quo* que la demandante había logrado demostrar la prestación de unos servicios, quedando así establecido el primer elemento sustancial de la relación laboral que se alegaba, por lo que en principio quedaba amparada por la presunción legal. Seguidamente, hizo relación a las pruebas aportadas al plenario, así como la prueba testimonial, resaltando de esta que se había dicho que las actividades desplegadas por la demandante no estaban sujetas al cumplimiento estricto de un horario de trabajo o a unas condiciones impuestas por el representante de la demandada,

haciendo referencia especial a lo dicho por la testigo María Elsy Palacios Gómez.

Considerando el *a quo*, que la demandante no estaba sujeta de manera estricta al cumplimiento de unas condiciones de trabajo que representaran una permanente subordinación o dependencia, sosteniendo que lo que había quedado demostrado que quien se fijaba las directrices de las labores a realizar era la misma demandante, fijándose los días y las horas en las que podía asistir a la sede de la fundación demandada a brindar acompañamiento social a los infantes, e incluso se fijaba límites a las tareas que cumplía, aspecto que se encontraba demostrado con la documental de folio 108, la cual correspondía a una comunicación remitida el 27 de agosto de 2014, en la que la demandante informaba que no se haría responsable de situaciones de salud de los niños, niñas, adolescentes y adultos de la modalidad de internado, que no le fueran informadas a tiempo, circunstancia que se ratificaba con la comunicación de fecha 27 de agosto, en la que la trabajadora informaba la decisión de laborar para ACONIR 3 días en la jornada de la mañana, lo que permitía concluir que en efecto se daba esa flexibilidad en las condiciones de servicios propias del contrato de prestación de servicios.

Estableciendo, el sentenciador que esa situación no encajaban dentro de un ámbito de subordinación laboral, pues este se caracterizaba, por el cumplimiento y sujeción extrita a un horario de trabajo, aunado a que de acuerdo a las documentales que obraban a folios 199 a 216, se establecía que la demandante además prestaba servicios en virtud a una relación legal y reglamentaria como docente de la Secretaria de Educación del Distrito, por lo que ante esa circunstancia debió asistir a reuniones propias de su actividad como orientadora en trabajo social, que requería reuniones en horarios diferentes o en horarios o momentos específicos, que debían ser atendidos en los momentos en que la demandante prestaba sus servicios a la fundación demandada. Por esas razones, declaró que la relación entre las partes, no obedecía a un contrato de trabajo.

Agregando, que la demandante luego de permanecer alrededor de 5 años vinculada a la demandada, mediante contratos de prestación de servicios, suscribió dos contratos de trabajo que fueron debidamente terminados y liquidados por la demandada, uno a partir del 20 de enero de 2001 y que se

extendió hasta el 30 de noviembre del mismo año y otro más a partir del 1° de abril de 2002 y que terminó el 30 de noviembre de 2002, lo que de entrada permitía concluir que la relación, cualquiera que hubiese sido se interrumpió por lo menos entre los periodos del 1 de diciembre de 2001 hasta el 30 de marzo de 2002, pues a partir del día siguiente se celebró el otro contrato y se interrumpió, además por lo menos para el periodo final, por los últimos meses del año 2002, desvirtuándose lo afirmado por la demandante de que la relación se desarrolló de manera continua y permanente durante la época y los años en que lo indico en su demanda.

Finalmente, indicó que del testimonio rendido por la señora Lucía Rojas sarmiento, quien informó conocer a la demandante hace más de 20 años y fueron compañeras en ACONIR, desempeñándose como directora pedagógica de la entidad hasta julio del año 2007, tal testimonio realizado con detenimiento, tampoco alcanzaba para desvirtuar las conclusiones a las que se había llegado, por estar limitado en el tiempo, pues ubica los hechos que conoció con anterioridad a julio de 2007, sin que después de ese mes y ese año le conste o se hubiese enterado de ninguna de las condiciones o circunstancias en que se desarrolló la relación contractual entre las partes.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que en la decisión de primera instancia se valoraban todas las pruebas, frente a lo cual procedía a referirse al testimonio de LUCÍA ROJAS, quien había sido vinculada a la institución demandada y quien ya no trabaja para ella, por lo que no tenía beneficio en las resultados del presente proceso y quien había manifestado que le constaba las órdenes que se le daban a la actora, narrando varios eventos en que lo percibió, también se encontraba dentro del expediente declaración extra juicio en el mismo sentido, que habían órdenes de la fundación o de los directivos hacia Leonor Cristina.

Aduce, que el contrato laboral que existió entre las partes del cual no hubo discusión y que se ejecutó entre el año 2001 al año 2002, no tuvo ninguna variación con las labores ejecutadas entre el año 1995 hasta el 2015. En cuanto a los testimonios de la parte demandada, se había traído unos testigos

que aún tenía vínculo con la entidad, por lo cual se preguntaba “¿quién va a alegar en contra de la cuchara?, no lo hace nadie”. Aunado en que en un país donde es muy difícil acceder a una plaza de trabajo, nadie se atreve a declarar en contra de su empleador.

Reitera en el testimonio de la señora LUCÍA ROJAS, pues en su sentir está por encima de los testigos de la parte accionada, ya se encuentra jubilada, motivo por el cual su declaración no se basó en hablar mal de alguien o bien de alguien, sino de lo que sus sentidos captaron, siendo su versión lucida, destacando que frente al servicio personal y el salario no había existido controversia, razón por la cual solicita se revoque el fallo en su totalidad y en su lugar se condene como se pidió en el libelo inicial.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Debe la Sala determinar si la demandante estuvo ligada por una relación laboral dependiente y subordinada con la ASOCIACIÓN COLOMBIANA PRO-NIÑO RETARDADO MENTAL “ACONIR”, 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 que se ejecutaron los contratos existentes entre las partes, esto es, si la actora actuaba con autonomía técnica y directiva, o si por el contrario se encontraba subordinada.

En el presente asunto, se encuentra acreditada la prestación personal del servicio de la actora para la institución demandada ASOCIACIÓN COLOMBIANA PRO- NIÑO RETARDADO MENTAL “ACONIR”, ejerciendo su profesión como trabajadora social, por lo tanto, de conformidad con lo expuesto por la CSJ SL 1021-2018, se tiene que en el presente caso, estamos ante una profesión de carácter liberal, de contenido y desarrollo exclusivamente intelectual, que marca su autonomía; por ello, el análisis sobre la prestación personal del servicio y su ejecución bajo el concepto de independencia debe ser más riguroso.

Se observa dentro del plenario, que la demandante fue contratada por la entidad accionada a través de numerosos contratos de prestación de servicios desde el 2 de enero de 1995 hasta el 15 de marzo de 2015 (fls. 120 a 197), en los cuales se estipuló una intensidad horaria, incluyéndose en alguno de estos la prestación del servicio los días sábados 1 vez al mes. A efectos de desvirtuar los contratos celebrados, la parte demandante trajo como prueba testimonial la declaración de la señora LUCÍA ROJAS SARMIENTO, quien laboró para la entidad accionada entre 1969 al 2007, ejerciendo el cargo de directora pedagógica, quien manifestó que la actora prestaba sus servicios a la institución todos los días de 8:00 a.m. a 12:00 del mediodía y en la tarde ejercía su labor en otro lugar, que la señora LEONOR CRISTINA realizaba labores adicionales a su profesión, tales como solicitar citas médicas a los alumnos, reclamar medicamentos, llevar a los alumnos a las clínicas, visitarlos, atención de padres y niños. Adicionalmente, mencionó que durante todo el tiempo en que estuvo laborando para la institución la demandante ejerció las mismas funciones como trabajadora social, que la demandante recibía órdenes por parte del comité de salud, el cual realizaba reuniones con frecuencia y donde debía asistir. Así mismo, sostuvo que ella le dio instrucciones sobre las funciones que debía hacer, como la asignación de niños, vistas a los padres, citaciones y reuniones.

Se aportó también dentro del expediente dos cartas de fechas 2 de agosto de 2013 y 27 de abril de 2012 (fls. 32 a 33), en las cuales la demandante solicita permisos para no asistir a la institución, dirigidas a los Doctores OSCAR ECHEVERRI y MARÍA ELSY PALACIOS GÓMEZ el cual consta con recibido, sin que los mismos fuesen tachados de falsos por la demandada, se aportó también escrito denominado memorando el cual se encuentra dirigido a la

demandante en la que se le requiere para que anexara o entregara soportes de acciones realizadas con la joven MERY MACHADO.

Del anterior material probatorio, considera esta Sala de decisión que le asiste razón al recurrente en cuanto a que se dieron varios elementos con los cuales se puede establecer que la demandante realmente estuvo atada a una relación laboral y no de prestación de servicios como se hace creer por parte de la pasiva, pues si bien los testigos que declararon a favor de la institución, afirmaron que la actora no estaba obligada al cumplimiento de un horario, de los contratos de prestación de servicios aportados dejan entrever una situación distinta, toda vez que como bien se anotó, se estipuló una intensidad horaria, aunado a que para poderse ausentar la actora debía solicitar permisos previamente ante los directivos de la institución. Ahora, si bien no se discutió el hecho de que la actora laboraba como docente para la Secretaría de Educación del Distrito, dicha labor la ejercía en horas de la tarde, de manera que ello no desvirtúa la existencia del contrato, más aún cuando la norma laboral permite la concurrencia de contratos al tenor de lo dispuesto en el artículo 25 del CST, a menos de que se hubiere pactado cláusula de exclusividad, lo cual no se encuentra aquí demostrado.

En relación a las tareas ejercidas por la actora, las mismas no se ejercieron de manera autónoma e independiente como lo sostuvo el Juez de primera instancia, toda vez que las mismas estaban supeditadas a las instrucciones que le imponía la institución y que se encontraban conexas con las obligaciones impuestas por el ICBF como lo menciona la pasiva, por lo que el no cumplimiento de alguna de ellas, se procedía a requerir a la demandante para que fueran subsanadas en la brevedad posible tales inconsistencias, tal y como se observa del memorando antes mencionado y el cual se encuentra firmando por las señoras ELSY PALACIOS en calidad de directora de ACONIR y LILIANA INFANTE en calidad de Coordinadora, corroborándose lo dicho por la declarante LUCÍA ROJAS SARMIENTO en cuanto a que las labores eran impuestas por la directora de la institución, cabe resaltar que la labor ejercida por la señora LEONOR CRISTINA consistió en la de trabajadora social, por lo que al ser una labor profesional le permitía realizar las actividades encomendadas bajo su propia experticia y conocimiento, por lo que la subordinación no necesariamente debía ser constante, también debe tenerse en cuenta que se le encomendaron labores adicionales a las contratadas, tal

y como lo mencionó la testigo LUCÍA ROJAS SARMIENTO, quien si bien declaró sobre hechos limitados en el tiempo, como lo adujo el *a quo*, pues se retiró en el año 2007 de la institución demandada, su versión no deja de ser relevante, pues durante el tiempo en que estuvo como directora pudo presenciar varias situaciones que demostraron la dependencia de la actora para con la demandada, las cuales se siguieron manteniendo igual durante el resto de la vinculación contractual, como lo acreditan las demás pruebas recaudadas.

Igualmente se tiene que la función ejercida por la actora era indispensable para la accionada, pues era un requisito exigido por el ICBF la presencia de una trabajadora social para el apoyo de los niños internados provenientes de dicha institución, lo cual conlleva a establecerse que correspondía en una labor permanente, si bien la testigo MARÍA ELSY PALACIOS GÓMEZ como directora actual de la institución, indicó en su declaración frente a ello, se contaba con una trabajadora social de planta, no especificó quien ejercía dicha labor, pues tan solo manifestó que han pasado muchas trabajadoras sociales, tampoco se aportó documento en el cual se indicara quien ejerció dicha labor, aspecto que causa extrañeza, pues si es así como lo manifiesta la testigo, quien realmente demostró haber ejercido esa labor de manera permanente fue la demandante; pues su labor ejerció desde el año 1995, y es que no resulta razonable que la entidad hubiere contratado los servicios de la actora a través de un contrato laboral durante el periodo comprendido entre los años 2001 a 2002, ejerciendo la misma labor que ejecutó en los contratos de prestación de servicios, como así lo reconocen los testigos de la demandada y como lo reafirmó el señor OSCAR ECHEVERRÍ en su declaración de parte, lo cual también se prueba con los contratos suscritos que se encuentran visibles a folios 128 a 132, en donde incluso se estipuló que la labor sería ejercida entre las 7:00 a.m. a las 12:00 p.m., horario que se mantuvo durante todo vínculo contractual como bien quedó demostrado, lo cual confirma que la actividad desarrollada por la señora LEONOR CRISTINA tenía características propias de un contrato laboral, sin que el hecho de que la trabajadora suscribiera contratos de prestación de servicios y no hiciera ningún reparo durante la relación, desnaturalizara el vínculo laboral, pues durante la prestación de sus servicios era la parte débil y en muchas ocasiones se veía compelida a aceptar condiciones alejadas de la legalidad por la necesidad de obtener ingresos (SL 2053 de 2020).

Recalca el sentenciador de primera instancia las documentales obrantes a folios 199 y 216, para establecer la ausencia de subordinación, sin embargo, revisadas las mismas, lo que demuestran es todo lo contrario, pues si bien la carta dirigida a los Doctores OSCAR ECHEVERRI y MARÍA ELSY PALACIOS y efectuada por la actora de fecha 27 de agosto de 2014, ésta manifiesta: *“me permito informara ustedes que debido a la no respuesta positiva a mi solicitud fechada 27 de enero del año en curso, he tomado la decisión de laborar para ACONIR tres (3) días a la semana en la jornada mañana”*, no se traduce en un acto de autonomía, pues sí fuera así no tendría por qué haber informado de su decisión a las directivas de la institución, por el contrario se entiende como una solicitud más de permiso y en cuanto al otro documento tampoco demuestra que la demandante ejerciera su labor de manera autónoma, pues si bien en el mismo informa que no se haría responsable de situaciones de salud de los niños, niñas, adolescentes y adultos de la modalidad de internado que no fueran informados a tiempo, lo que deja entrever es más una queja ante la falta de información por parte de la institución en relación a las situaciones médicas de los internados como del suministro de medicamentos, lo cual dificultaba que su actividad se pudiera ejercer cabalmente.

Son todos estos indicios de la existencia de un vínculo laboral; que en términos de la Resolución No 198 de 2006 de la OIT sobre la relación de trabajo, interpretados en armonía, con el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades previsto en el art. 53 constitucional, y la jurisprudencia sobre el mismo; le permiten concluir a la Sala la existencia del elemento de la subordinación, por lo cual habrá de declararse la existencia de una relación laboral con la ASOCIACIÓN COLOMBIANA PRO- NIÑO RETARDADO MENTAL “ACONIR”.

Extremos temporales y salario

Al respecto, se tiene que la señora LEONOR CRISTINA CORTES estuvo vinculada de la siguiente forma:

Año	Término del contrato	Honorarios = salario a tener en cuenta para liquidación
1995	No se aportó el contrato, entendiéndose la prestación del servicio durante todo el año (carga probatoria demandada)	Se toma SMLMV al no existir prueba de lo devengado

1996	1° de enero al 30 de diciembre	\$ 132.000
1997	No se aportó el contrato, entendiéndose la prestación del servicio durante todo el año (carga probatoria demandada)	Se toma SMLMV al no existir prueba de lo devengado
1998	1 de febrero al 30 de noviembre	\$226.000
1999	1° de febrero al 26 de noviembre	\$262.160
2000	1° de febrero al 30 de octubre	\$300.000
2001	20 de enero al 30 de noviembre (contrato laboral)	\$436.560
2002	1° de abril al 30 de noviembre (contrato laboral)	\$331.169
2003	2 de enero al 30 de junio, 1 de julio al 15 de agosto, 16 de agosto al 31 de diciembre	\$340.000
2004	19 de enero al 31 de mayo, 1° de junio al 31 de octubre, 1° de diciembre al 30 de diciembre	\$586.300
2005	1° de enero al 30 de junio, 1° julio al 30 de noviembre	\$607.407
2006	1° de marzo al 30 de junio, 1° de julio al 30 de noviembre, 1 de diciembre al 11 de diciembre	\$637.777
2007	1° de marzo al 31 de mayo, 1° de junio al 30 de junio, 1° de julio al 31 de octubre, 1° de noviembre al 30 de noviembre, 1° de diciembre al 18 de diciembre	\$660.000
2008	1° de febrero al 30 de junio, 1° de julio al 30 de septiembre, 1° de octubre al 30 de noviembre, 1° de diciembre al 26 de diciembre	\$636.000
2009	13 de enero al 30 de enero, 1° de febrero al 30 de junio, 1 de julio al 30 de diciembre	\$680.000 \$721.000 \$800.000 Promedio año \$757.083
2010	1 de enero al 30 de junio, 1 de noviembre al 31 de diciembre	\$824.000 \$1.024.000
2011	2 de enero al 30 de junio, 1 de julio al 20 de diciembre	\$1.064.960
2012	1 de enero al 30 de junio, 1 de julio al 30 de septiembre, 1 de octubre al 30 de diciembre	\$1.096.910
2013	1 de enero al 30 de junio, 1 de julio al 15 de diciembre	\$1.130.000
2014	1 de enero al 31 de julio, 1 de agosto al 31 diciembre	\$1.164.000
2015	1 de enero al 15 de marzo 2015	\$1.206.700

De lo anterior se colige, que el servicio prestado por la demandante tuvo **vocación de permanencia dentro del periodo comprendido entre el 2 de enero de 1995 al 31 de diciembre de 1997**, lo mismo que ocurrió entre el **2 de enero del año 2003 al 30 de noviembre de 2005 y del 1° de noviembre de 2010 al 15 de marzo de 2015**, en cuanto a los otros años se evidencian interrupciones de más de 30 días, lo cual ponen en evidencia que durante esos periodos no hubo una prestación del servicio, por lo que no es dable establecer la continuidad del servicio desde 1995 al 2015, imposibilitándose la configuración de un solo vínculo de trabajo, en relación a tal asunto es pertinente traer a colación lo señalado por la CSJ Sala de Casación Laboral en sentencia SL4816-2015, en la cual se indicó:

“(..) esta Sala de la Corte ha expresado que las interrupciones que no sean amplias, relevantes o de gran envergadura, no desvirtúan la unidad contractual, ello ha sido bajo otros supuestos, en los que se ha estimado que «las interrupciones por 1, 2 o 3 días, e incluso la mayor de

*apenas 6 días, no conducen a inferir una solución de continuidad del contrato de trabajo real [...]» (CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 40273). **Sin embargo, ese análisis no puede hacerse extensivo a este caso en donde lo que está probado es que la relación tuvo rupturas por interregnos superiores a un mes, que, lejos de ser aparentes o formales se aduce, son reales, en tanto que ponen en evidencia que durante esos periodos no hubo una prestación del servicio; sin que, además, exista prueba eficiente de la intención de la demandada desde o con el demandante en esos periodos”.** (subrayado fuera del texto original).*

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 institución demandada de conformidad con lo dispuesto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la S.S., observándose que el contrato finalizó el **15 de marzo de 2015**, contando la actora con 3 años para reclamar ante la demandada o para acudir ante la jurisdicción ordinaria, término prescriptivo que se interrumpió con la presentación de la demandada la cual fue radicada **25 de julio de 2017** (fl.41) y al haberse notificado a la demandada del auto admisorio dentro al año siguiente, se cumplió así con lo establecido en el artículo 94 CGP, por lo que las acreencias labores como primas se encuentran prescritas con anterioridad al **15 de marzo de 2014** y las vacaciones al **15 de marzo de 2013**.

Respecto a los **intereses a las cesantías** el empleador tiene como plazo máximo para que sean canceladas hasta el 31 de enero de cada año, como lo dispone el numeral 2 del artículo 1° de la ley 52 de 1975, frente a lo cual la CSJ SL rad. 43897 de 2015, ha señalado “*Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantías, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año*”, por consiguiente, los intereses correspondientes a los contratos suscritos entre 1995 a 2010, se encuentran prescritos, debiéndose cancelar únicamente los intereses de los años 2011 a 2014 y proporcionalmente los del año 2015.

Frente a las **cesantías** establece el artículo 249 del CST que todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores al terminar el contrato de trabajo,

como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año, lo cual significa que las cesantías son exigibles al trabajador una vez se termina el contrato de trabajo, por lo que la prescripción empieza a correr a partir del día siguiente a la terminación del contrato de trabajo, tal y como lo sostiene también la CSJ Sala de Casación Laboral en sentencia SL 46704 del del 26 de octubre de 2016, en la que dijo:

“En este punto debe aclararse, que las cesantías así se tengan que consignar anualmente en un fondo de pensiones, se hacen exigibles a la terminación del contrato de trabajo, ya que por la naturaleza y finalidad de esta prestación social, destinada a atenuar las vicisitudes que pudieren sobrevenir de la condición de cesante en que pudiera encontrarse el trabajador, solo a la finalización del vínculo aquél podría beneficiarse sin las limitaciones exigidas en los casos en que durante la vigencia de la relación laboral necesitara anticipos parciales o préstamos sobre las mismas, lo que significa que desde el día siguiente a culminarse el contrato resulta dable contar con la efectiva libertad de disposición”.

De manera que, al no haberse demostrado en el presente asunto la existencia de un solo contrato, como se analizó anteriormente, sino que se suscribieron varios contratos laborales, tenía entonces la demandante la obligación de reclamar dentro de los 3 años siguientes a la terminación de cada uno de ellos el pago de las cesantías, lo cual tan solo hizo con la presentación de la demanda (10 de julio de 2017), por consiguiente, se encuentran prescritas las cesantías que se causaron entre el 2 de enero de 1995 al 30 de octubre del año 2000 y del año 2003 al 30 de junio del año 2010, **debiéndose reconocer únicamente las cesantías correspondientes entre el 1° de noviembre de 2010 al 15 de marzo de 2015**, pues durante ese interregno no hubo interrupciones del contrato considerándose la existencia de uno solo, cabe resaltar que en cuanto a las cesantías del periodo comprendido entre el 20 de enero al 30 de noviembre del 2001 y del 1° de abril al 30 de noviembre de 2002, fueron canceladas oportunamente por parte del empleador como se evidencia de las documentales que militan a folios 130 y 132 del expediente.

Así las cosas, corresponde reconocerle a la señora LEONOR CRISTINA CORTES, las siguientes sumas y conceptos:

Primas: \$3.683.954

Vacaciones: \$2.351.957

Cesantías: \$4.874.581

Intereses a las cesantías: \$540.825

Despido sin justa causa.

Frente al particular, ha de indicarse que en reiteradas oportunidades la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ha referido sobre la carga demostrativa a la que se somete cada una de las partes en discusión sobre la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral y ha sostenido que la demostración del despido le corresponde al actor y la justificación o comprobación de las causales o hechos que motivaron la decisión, le corresponden a la demandada.

Aduce la entidad demandada, que la terminación del contrato se dio por vencimiento del término pactado en la prorroga suscrita el 5 de marzo de 2015, en la cual se estipuló que el término de duración del contrato de prestación de servicios profesionales lo sería hasta la primera quincena del mes de marzo de 2015 (197). Frente a lo cual se tiene, que si bien el artículo 61 del CST, estipula la expiración del plazo pactado o de la obra contratada como modalidades de finalización del contrato de trabajo, las mismas no son causales aplicables al contrato a término indefinido, como es el que se halló probado en el presente caso, pues ello no sería compatible en su esencia, en la medida en que el contrato a término indefinido se caracteriza por no tener un límite de tiempo o de actividad definida para su ejecución, elemento que lo diferencia sustancialmente de los contratos de trabajo por obra o labor determinada, y el contrato a término fijo, de manera que, no es procedente invocar dicha causal como modalidad de finalización del contrato, como referente a lo dicho se trae a colación lo dispuesto en la sentencia SL 912 del 13 de marzo de 2018, de la CSJ Sala de Casación Laboral, en la cual se dijo:

“Ello es así, porque, en el marco del principio de primacía de la realidad sobre las formas, el «VENCIMIENTO DEL CONTRATO», en uno que no tiene fecha definida de extinción, no es más que la decisión de la parte contratante de finalizar unilateralmente el vínculo, lo que se traduce en un despido.

Por otro lado, teniendo en cuenta que, al tenor de los artículos 62 y 63 del CST, modificados por el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, el motivo referido no constituye una justificación legal de finalización de un contrato de trabajo a término indefinido, el despido de la demandante fue injusto.

Así lo ha expuesto la Sala, por ejemplo, en la sentencia CSJSL4984-2017, en la que dijo:

[..] el contrato de trabajo a término indefinido de la demandante terminó unilateralmente y sin fundamento en alguna de las justas causas estipuladas en el artículo 7 del Decreto Ley 2351 de 1965, dado que, el vencimiento del

plazo pactado en el contrato de prestación de servicios no tiene efectos para su finalización, a más que no se agotó un trámite previo antes de darlo por terminado”.

Así las cosas, la parte demandada no demostró las razones justificables por las cuales decidió dar por terminada la relación laboral, siendo este su deber, en consecuencia, se condenará a la accionada al pago de la indemnización de que trata el art. 64 el CST., por lo que, una vez efectuadas las operaciones matemáticas del caso, se tiene que la misma asciende a la suma de **\$3.921.775** que corresponden al periodo comprendido entre 1° de noviembre de 2010 al 15 de marzo de 2015, que fue el último contrato continuo existente entre las partes, en cuanto a los demás contratos al no haberse reclamado la indemnización oportunamente, se entiende que también se encuentran afectados por el término prescriptivo.

PENSIÓN SANCIÓN

Solicita la demandante la pensión sanción al no haber sido afiliada al sistema de seguridad sociales en pensiones por parte de su empleador, teniendo en cuenta la fecha del despido injusto, lo cual ocurrió el 15 de marzo de 2015, se tiene que la norma que regula el asunto en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, que señala:

“ARTÍCULO 133. PENSIÓN SANCIÓN. El artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990, quedará así:

El trabajador no afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad si es hombre, o cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produce por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión se pagará cuando el trabajador despedido cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad si es hombre, o cincuenta (50) años de edad si es mujer, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida y se liquidará con base en el promedio devengado en los últimos diez (10) años de servicios, actualizado con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor certificada por el DANE.

(..)

PARÁGRAFO 3o. *A partir del 1o. de enero del año 2.014 las edades a que se refiere el presente artículo, se reajustarán a sesenta y dos (62) años si es hombre y cincuenta y siete (57) años si es mujer, cuando el despido se produce después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, y a sesenta (60) años si es hombre y cincuenta y cinco (55) años si es mujer, cuando el despido se produce después de quince (15) años de dichos servicios”.*

De conformidad con lo anterior, para acceder a la pensión en comento es necesario cumplir con los siguientes requisitos: **1.** haber laborado para el empleador entre 10 y 15 años o más de 15 años, **2.** existir un despido sin justa causa y, **3.** no haber sido afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión de aquél.

Sumados los tiempos laborados por la demandante para la institución demandada conforme al cuadro antes referido, esto es, teniendo en cuenta las interrupciones allí señaladas, la actora logró acreditar un total de **17 años y 10 meses se servicios**, es decir, de otro lado, se observa la ausencia de afiliación al sistema pensional por parte de la accionada y se acreditó como bien ya se dijo la terminación del contrato sin justa causa, de manera que la actora reunió los requisitos para acceder a la pensión sanción solicitada a cargo del empleador, para lo cual se deberá entender que cotizó un total de 904,72 semanas (equivalente a 6.333 días).

Así las cosas, la pensión se **causó a partir del 15 de marzo de 2015**, momento en que finiquito la relación laboral y **será exigibles a partir del cumplimiento de los 55 años de edad**, pues conforme se desprende de la documental obrante a folio 200, la señora LEONOR CRISTINA CORTES nació el 5 de noviembre de 1963, por lo que para la fecha de la terminación del contrato contaba con tan solo 52 años de edad cumplidos.

En cuanto al momento de la mesada, establece el inciso tercero del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, que la cuantía de la pensión “*será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida*”, lo que significa que el mínimo de semanas requeridas para el 2015, correspondía a 1,300 tal y como lo exige el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, de manera que, al tenerse

en cuenta el monto de las cotizaciones realizadas dentro de los 10 últimos años se obtiene una tasa de remplazo del 42% y un IBL en la suma de \$1.020.596,32 ¹ que al aplicarse la tasa de remplazo referida se obtiene una mesada para el año 2015 en la suma de \$432.092,65, la cual es inferior al salario mínimo, razón por la cual se reconocerá la prestación conforme al SMLMV, que para el año 2015 correspondía a la suma de **\$644.350**, valor que deberá ser indexado desde la fecha de retiro hasta aquella en que la actora cumpla la edad, conforme a la siguiente fórmula:

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

De donde:

VA = IBL o valor actualizado

VH = Ingreso base de liquidación

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad de la fecha de cumplimiento de la edad de 55 años.

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad de la fecha de desvinculación.

Indemnización del art. 65 CST y sanción por no consignación a las cesantías

En lo referente a esta indemnización 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, para determinar si hubo buena fe en la actuación del empleador, se deben considerar los elementos y las circunstancias existentes al momento de la finalización del vínculo laboral, que se supone es el momento en que el empleador debe satisfacer las obligaciones económicas que tiene con el trabajador, tal y como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en

¹ liquidación efectuada con apoyo del grupo liquidador, que se relaciona de forma detallada al final de la providencia

sentencia del 08 de abril de 2008 con radicado No. 29999, posición reiterada en sentencia del 24 de enero de 2012, expediente No. 37288.

En el caso concreto, la buena fe no fue demostrada, pues a sabiendas de que la labor ejecutada por la actora era necesaria, indispensable y continua para la institución, ésta procedió a vincularla a través de numerosos contratos de prestación de servicios a fin de disfrazar la verdadera relación laboral que existió entre las partes, por lo tanto, al no haberse acreditado las razones de incumplimiento en el pago de las acreencias laborales por parte de la institución demandada, ni haberse justificado su comportamiento, le incumbe el reconocimiento de la indemnización solicitada en la suma de **\$40.223,33** que corresponde a un día de salario por cada día de mora, que equivalen para el mes 24 en la suma de **\$28.960.800** (*fecha reparto 10 julio 2017 fl.1*) y a partir del mes 25, esto es, a partir del 16 de marzo de 2017 (*fecha finalización contrato 15 marzo 2015*), el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera hasta cuando el pago se verifique.

En cuanto a la **indemnización por no consignación de las cesantías** de que trata el art. 99 de la ley 50 de 1990, establece 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, en tal medida se tiene que la sanción por no consignación a las cesantías corresponde a un día de salario por cada día de retardo, en caso de que se adeuden las cesantías de años consecutivos, la indemnización se liquida desde la insatisfacción de la primera consignación con la base salarial vigente para el momento de la causación y hasta cuando haya incumplimiento por segunda vez.

Así mismo, dicha sanción también ésta sujeta al fenómeno de la prescripción, término que se empieza a contabilizar una vez el empleador tiene la obligación de consignarlas, es decir, antes del 15 de febrero de cada año. De tal manera, que se encuentra **prescrita parcialmente** la sanción por no consignación a las cesantías reclamadas, toda vez que la señora LEONOR CRISTINA CORTES tan solo las reclamó 10 de julio de 2017, momento en que presentó la demanda, de manera que la sanción por no consignación a las cesantías

causadas con anterioridad al 10 de julio de 2014 se encuentran prescritas, por lo tanto, corresponde reconocerle como sanción por no consignación a las cesantías la suma de **\$9.570.303,19**, teniendo en cuenta como base salarial la vigente para los años 2014 y 2015. En cuanto al año 2015, se tiene que para el momento en que finalizó la relación laboral aún no había surgido la obligación para el empleador de consignarlas.

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 17 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la existencia de distintos contratos laborales entre la señora LEONOR CRISTINA CORTES ROZO y la demandada ASOCIACIÓN COLOMBIANA PRO-NIÑO RETARDADO MENTAL, así:

Del 2 de enero de 1995 al 31 de diciembre de 1997

Del 1° de febrero al 30 de noviembre de 1998

Del 1° de febrero al 26 de noviembre de 1999

Del 1° de febrero al 30 de octubre del 2000

Del 2 de enero de 2003 al 30 de noviembre de 2005

Del 1° de marzo al 11 de diciembre de 2006

Del 1° de marzo al 18 de diciembre de 2007

Del 1° de febrero al 26 de diciembre del 2008

Del 13 de enero al 30 de diciembre de 2009

Del 1° de enero al 30 de junio de 2010

Del 1° de noviembre de 2010 al 15 de marzo de 2015

SEGUNDO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción, de acuerdo a la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la ASOCIACIÓN COLOMBIANA PRO-NIÑO RETARDADO MENTAL a las siguientes sumas y conceptos:

Primas: \$3.683.954

Vacaciones: \$2.351.957

Cesantías: \$4.874.581

Intereses a las cesantías: \$540.825

Indemnización moratoria: en la suma de \$40.223,33 que corresponde a un día de salario por cada día de mora, que equivalen para el mes 24 en la suma de \$28.960.800 y a partir del mes 25, esto es, a partir del 16 de marzo de 2017, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera hasta cuando el pago se verifique.

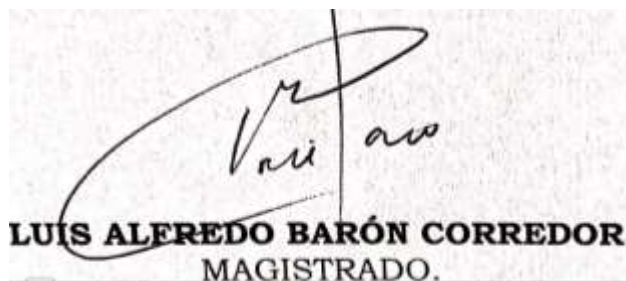
Indemnización por despido sin justa causa: en la suma de \$3.921.775.

Sanción por no consignación a las cesantías: en la suma de \$9.570.303,19

CUARTO: CONDENAR a la ASOCIACIÓN COLOMBIANA PRO-NIÑO RETARDADO MENTAL a reconocer a favor de la demandante LEONOR CRISTINA CORTES ROZO la pensión sanción contemplada en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, a partir del 15 de marzo de 2015, momento en que finiquito la relación laboral sin justa causa y exigible a partir del cumplimiento de los 55 años de edad, teniendo en cuenta como mesada pensional en la suma de \$644.350, la cual deberá ser indexada desde la fecha de retiro hasta aquella en que la actora cumpla la edad, conforme a la fórmula establecida en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la demandada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

Notifíquese y cúmplase

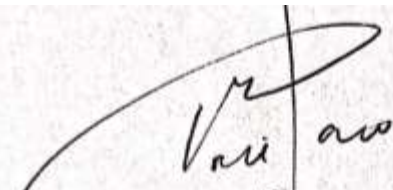


LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.


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 en la suma de \$ 900.000.


LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2004	300	76,029	118,15	1,554	\$ 586.300,00	\$ 911.128,63	\$ 9.111.286,30
2005	330	80,209	118,15	1,473	\$ 607.407,00	\$ 894.740,98	\$ 9.842.150,78
2006	281	84,103	118,15	1,405	\$ 637.777,00	\$ 895.978,63	\$ 8.392.333,16
2007	287	87,869	118,15	1,345	\$ 660.000,00	\$ 887.458,91	\$ 8.490.023,59
2008	326	92,872	118,15	1,272	\$ 636.000,00	\$ 809.116,10	\$ 8.792.394,94
2009	348	100,000	118,15	1,182	\$ 759.741,38	\$ 897.647,04	\$ 10.412.705,62
2010	240	102,002	118,15	1,158	\$ 874.000,00	\$ 1.012.379,60	\$ 8.099.036,76

2011	348	105,237	118,15	1,123	\$ 1.064.000,00	\$ 1.194.579,35	\$ \$ 13.857.120,46
2012	360	109,157	118,15	1,082	\$ 1.096.910,00	\$ 1.187.292,25	\$ \$ 14.247.507,01
2013	345	111,816	118,15	1,057	\$ 1.130.000,00	\$ 1.194.030,03	\$ \$ 13.731.345,29
2014	360	113,983	118,15	1,037	\$ 1.164.000,00	\$ 1.206.575,39	\$ \$ 14.478.904,66
2015	75	118,152	118,15	1,000	\$ 1.206.700,00	\$ 1.206.700,00	\$ \$ 3.016.750,00
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2015	\$ 122.471.558,58
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$1.020.596,32
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					42%
		Primera mesada					\$432.092,65
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2015					\$644.350



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 ISABEL CRISTINA BETANCOURT IDARRAGA, VIOLETA PIEDAD SALCEDO, CLAUDIA PATRICIA CADAVID, JAQUELINE MORENO LLANOS, CLEMENCIA CEDIEL y JORGE ENRIQUE LOMBANA contra la PREVISORA S.A. como vocera y representante del patrimonio autónomo de remanentes ETESA EN LIQUIDACIÓN, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y COLJUEGOS

En Bogotá D. C. a los veinticinco (25) días del mes de marzo 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

Solicitan los demandantes **ISABEL CRISTINA BETANCOURT IDARRAGA, VIOLETA PIEDAD SALCEDO, CLAUDIA PATRICIA CADAVID, JAQUELINE MORENO LLANOS, CLEMENCIA CEDIEL y JORGE ENRIQUE LOMBANA** se **declare** la existencia de una sustitución patronal, al haber asumido COLJUEGOS el desarrollo de las actividades misionales de ETESA, se **declare** que la nueva empresa COLJUEGOS debe atender los derechos adquiridos de los trabajadores que por orden judicial fueron incorporados a ETESA, luego de la liquidación de ECOSALUD. Como consecuencia, se **reliquiden** las obligaciones laborales a favor de los demandantes, se **condene** a la indemnización moratoria, se **condene** ultra y extra petita; y se condene al pago de costas procesales (fls.50 a 54).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls.49 a 50) se señalaron en síntesis que la actual empresa del Estado COLJUEGOS nace de la disolución y liquidación de ETESA, empresa también del Estado que nace de la disolución y liquidación de ECOSALUD S.A., todas estas que han tenido el mismo objeto social, sostiene que existen antecedentes probatorios que indican como el Estado ha cambiado la denominación de la entidad creada para el recaudo de los impuestos y tasas que genera los juegos de azar, que por tercera vez en los últimos 30 años, la administración Nacional ha disuelto y liquidado las empresas públicas destinadas al recaudo de los impuestos y tasas que generan los juegos de azar, en su orden ECOSALUD y ETESA cuya única consecuencia de tal cambio, es el despido masivo de sus trabajadores.

Aduce que los demandes han recurrido a todas las vías posibles para que sus derechos sean restablecidos y es así como se produce la sentencia que ordena el reintegro de los trabajadores vinculados a COLJUEGOS y son reintegrados efectivamente a ETESA, quienes solicitaron vía derecho de petición el reintegro en retiradas oportunidades, siendo negada por la entidad ECOSALUD, acudiendo incluso a la acción de tutela por considerar vulnerados sus derechos fundamentales, siendo resultado el derecho de petición el 7 de septiembre de 2012.

Refieren, que fueron liquidados por la extinta ETESA sin considerar los derechos convencionales que les fueron mantenidos incólumes por sentencia judicial, que pese a las condiciones personales de los trabajadores, con la capacidad de mover y continuar con la contratación de los trabajadores en la nueva empresa creada COLJUEGOS, no fueron atendidas sus solicitudes favorablemente, quedando pre pensionados y madres cabeza de hogar sin trabajo, ETESA hoy liquidada es la obligada a los pagos ocasionados con el reintegro de orden judicial, dado el proceso provocado por el Estado de desaparecer la entidad, la nueva empresa ECOSALUD ha abierto convocatoria para llenar las vacantes de su planta de personal cumpliéndose con las exigencias de dichos cargos, la convención colectiva que los cobija, vigente por sentencia judicial reconoce que los trabajadores tienen contratos a término indefinido. Por último, manifiestan que fueron desvinculados de ETESA el 30 de agosto de 2012.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La **NACIÓN-MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser parcialmente cierto el hecho 5 y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo falta de legitimidad en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, inexistencia de la facultad y consecuente deber jurídico de este Ministerio para reconocer y pagar prestaciones sociales y derechos convencionales, cobro de lo no debido, inexistencia de solidaridad entre ETESA y el Ministerio e innominada (fls. 101 a 121).

COLJUEGOS contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó no constarle los numerales 8 a 13, 15 y 16, en cuanto a los demás señaló no ser ciertos, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la sustitución de empleador, imposibilidad de reintegrar a los demandantes por no existir orden judicial para el efecto respecto de COLJUEGOS, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, prescripción e innominada (fls. 134 a 141).

La PREVISORA S.A. como vocera y representante del patrimonio autónomo de remanentes ETESA EN LIQUIDACIÓN siendo notificada del auto admisorio de la demanda guardó silencio, teniéndose por no contestada la demanda mediante auto de fecha 27 de septiembre de 2017 (fl.169).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 12 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 8 de noviembre de 2018, **absolvió** a las demandadas de todas y cada una de las suplicas de la demanda incoadas por los demandantes, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación; y se **abstuvo** de condenar en costas (CD fl. 201).

Como argumento de su decisión, el *a quo* hizo relación a los términos de vinculación que tuvieron cada uno de los demandantes con las empresa ECOSALUD S.A. y posteriormente, con ETESA de la siguiente forma: ISABEL CRISTINA BETANCOURT IDARRAGA tuvo un contrato a término fijo y a partir del 1° de enero de 2008, se pactó a término indefinido, el cual se liquidó hasta el 30 de agosto del año 2012, la señora JAQUELINE MORENO LLANOS se vinculó del 1° de febrero del año 2008 al 18 de septiembre de 2013 y, mediante contrato a término indefinido, el señor JORGE ENRIQUE LOMBANA se vinculó el 17 de junio del año 1997 hasta el 30 de junio de 2001, a quien se le ordenó su reintegro sin solución de continuidad a ETESA, prestando sus servicios hasta el 31 de agosto del año 2012, la señora CLAUDIA PATRICIA CADAVID ingresó también el 17 de junio de 1997 hasta el 17 de julio de 2001, se terminó unilateralmente el contrato y fue reintegrada, en virtud de la sentencia de fuero sindical de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, la señora CLEMENCIA CEDIEL tuvo contrato desde el 27 de octubre de 1997 hasta el 30 de junio de 2001, también fue reintegrada en virtud de la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá del 16 de julio del año 2006 y su contrato perduró hasta el 31 de agosto de 2012 y VIOLETA PIEDAD SALCEDO tuvo vinculación desde el 10 de septiembre del año 1999 hasta el 30 de junio de 2001, mediante contrato a término indefinido, reintegrada también en virtud de la sentencia emitida por el Tribunal, extendiéndose su vinculación al 31 de agosto de 2012.

Seguidamente, advirtió el *a quo* que los demandantes JORGE ENRIQUE LOMBANA y CLAUDIA PATRICIA CADAVID tuvieron decisión judicial de fuero sindical a través de la sentencia emitida el 7 de diciembre del año 2006, sin embargo, no se contaba con prueba documental de dicho proveído.

Razón por la cual, procedió a estudiar la sentencia de fuero sindical aportada al plenario emitida por Tribunal Superior de Bogotá, en la cual se estudio los casos de las demandantes VIOLETA PIEDAD SALCEDO y CLEMENCIA CEDIEL, aduciendo que la *ratio decidendi* de dicha decisión giraron en torno a determinar los efectos del artículo 8° del Decreto 1100 del año 2001, frente al cual se tenía la continuidad del trabajador en los casos en los cuales, se sujetarán al contenido de la norma en la cual se establecía “*la prescripción de la legislación laboral aplicable*”, tal y como sucedía en los casos de trabajadores aforados, situación por la cual las demandantes habían sido

beneficiadas. Considerando en tal medida el *a quo* que en ese momento de la relación laboral se había presentado un fenómeno jurídico en el cual se le había dado la continuidad de las obligaciones laborales, situación que no había ocurrido con la liquidación de ETESA, pues en el decreto que reglamentaba su liquidación contemplaba la condición de terminar los contratos de los trabajadores oficiales y empleados públicos, cuyos cargos fueran suprimidos.

Entendiéndose que a partir de la fecha de expedición del decreto se daban por terminados los contratos de trabajo, sin embargo, habían actividades con las cuales se podía seguir o continuar funcionando hasta el vencimiento del término de la liquidación, excluyéndose el objeto social, circunstancia que hacía que los trabajadores al tener una condición de laboralidad posterior al año 2010 pero previo al 2012, sin que obrase un cambio de empleador lo que configuraba era la inexistencia de la condición de sustitución patronal que para el caso pertinente, si bien podría darse una discusión con el ejercicio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, lo que se observa es que dentro del periodo del proceso de creación de COLJUEGOS mediante el Decreto 4142 del 2011, se consideraba como una entidad del Estado cuyo control de tutela escaba del Ministerio de salud y protección social y pasaba al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en consecuencia no se puede predicar una continuidad del empleador.

De otro lado, indica el sentenciador de primera instancia que, si lo pretendido por los actores es dar aplicación a los artículos 405, 406 y 407 del CST los trabajadores debieron haber presentado en vez de una demanda ordinaria un proceso especial de fuero sindical.

Por último, refiere que conforme al Decreto 54 del año 2000, esta terminación de los contratos de trabajo conllevaría a una causa legal de terminación del contrato de trabajo, con su respectiva indemnización conforme lo dispone el Decreto 175 de 2010, situación que había ocurrido con los demandantes. En cuanto al punto del retén social, discutido en la demanda, arguyó el *a quo* que tal beneficio se basaba en dos condiciones esenciales, por ser madre o padre cabeza de familia y pre-pensionado, circunstancias que no se lograban probar en el presente asunto, además que según lo dispuesto en la sentencia SU 377 del 2014, este derecho de permanecer en el cargo se daba hasta el

último cargo de liquidación de la entidad y siendo que la entidad demandada ETESA se había liquidado el 31 de agosto del año 2012, todos los contratos de trabajo ya habían fenecido, sumado a que dicha garantía se había dado únicamente para empleados públicos de carrera y en ese caso se trataba de trabajadores oficiales, no siendo entonces el Juez Laboral competente para dirimirlo.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que si bien el despacho hacía una exposición de términos normativos para argumentar la absolución de las condenas a las demandadas y no acceder a las pretensiones de la demanda, en este caso se estaría violando el derecho a la igualdad, el cual debía verse de manera subjetiva, como lo ha manifestado la Corte en sus sentencias C-495 de 1995, C 250 de 2012 y otras similares, en donde se establece que la igualdad es un derecho subjetivo, en donde se incluye un trato semejante cuando hay un patrón de igualdad, por lo que revisándose las actuaciones del Estado como contratante y cuando se presentaban estas situaciones de desaparecer una entidad para nombrar otra que cumpliera el mismo objeto social, como había sucedido al desaparecer ECOSALUD y entrar ETESA para desarrollar el mismo objeto social, resultaban ser circunstancias subjetivas que toca revisar.

Así mismo, teniendo en cuenta el derecho fundamental al trabajo, debe revisarse la escala de valores legales, ponderando cuales son los derechos superiores, por lo que no pueden Decretos y normas inferiores vulnerar derechos que estas titulados en primer orden, que es el orden constitucional, como lo es el artículo 25 de la CP del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, así como el artículo 13 que es el derecho a la igualdad sustantiva y no el mero ejercicio del derecho a la igualdad revisándolos desde los hechos objetivos.

Debido a lo cual, al negarse el reintegro de los demandantes se esta vulnerando esos derechos subjetivos a la igualdad por encima de decretos, porque precisamente la demanda se presentaba al considerarse que se crean una serie de Decretos para darle legalidad a la terminación y con más veras

cuando se liquida ECOSALUD en uno de sus apartes se estableció que se terminarían los contratos, pero para evitarse el reconocimiento de derechos laborales en el decreto de la liquidación de ETESA, contempla que al liquidarse dicha empresa también se liquidarían los contratos. Insistiendo el recurrente, que la demanda se enfoca respecto de la vulneración de derechos subjetivos de cada uno de los trabajadores por encima de las normas que decretaron la liquidación de ETESA, toda vez que se desaparece una empresa para dejarlos sin su puesto de trabajo.

Aduce, también que se encuentra probado dentro del proceso en las hojas de vida de los demandantes los antecedentes de reintegro, del traslado de trabajadores de ECOSALUD a ETESA y la terminación de ETESA que afecta a estos trabajadores y en las mismas condiciones de desigualdad quedan expuestos al no ser reubicados nuevamente a COLJUEGOS. Por lo tanto, existe la violación de derechos fundamentales y desequilibrio social al desampararse a estos trabajadores frente a una empresa del Estado con todas las capacidades económicas y administrativas de garantizar el derecho al trabajo, debiéndose revisar las condiciones de afectación personal de cada uno de los trabajadores a quienes sin ninguna justificación económica ni legal y teniendo en cuenta que estamos bajo un mismo estado social de derechos, un mismo empleador, independiente de los nombres que asuma para operar el desarrollo del sentido del Estado como administrador, razón por la cual no se justifica como se les niega el derecho al trabajo y el derecho de igualdad a los demandantes bajo argumentos que se justifican en decretos con una condición de legalidad, lo que es injusto y lo que es vulneratorio de derechos fundamentales no es legal.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En consonancia con el recurso de alzada, corresponde a esta Sala de decisión establecer si la desvinculación de los demandantes por supresión y liquidación de las empresas demandadas se torna ilegal y violatoria de sus derechos fundamentales, por crearse otra empresa con el mismo objeto social. En consecuencia, si deben ser reintegrados a sus puestos de trabajo u otro cargo con iguales o mejores condiciones de las que venían ejerciendo.

Existencia de la relación laboral

Frente a este tópico, se tiene que no existe discusión en cuanto a la relación laboral que ató a los demandantes con la empresa ECOSALUD S.A. Así como el reintegro de alguno de los actores a la empresa ETESA por decisión judicial, en los parámetros señalados por el *a quo*, lo cual se comprueba con las documentales que militan a folios 38 a 45, 228 a 245 del expediente.

Prelación de derechos fundamentales sobre decretos y normas legales

En el presente asunto alega la recurrente afectación de los derechos fundamentales al trabajo e igualdad de los demandantes, ante las actuaciones del Estado en las liquidaciones de las empresas ECOSALUD S.A. y ETESA, en relación a lo cual considera que debe analizarse desde el punto de vista de la igualdad subjetiva, para determinar si ello es así, debe por precisarse previamente que se entiende por igualdad subjetiva al tenor de lo dispuesto por la Corte Constitucional, para lo cual se trae a colación lo señalado en la sentencia C-178 de 2014, en la cual se indicó:

“Por ese motivo, la Sala recuerda que este principio es un mandato complejo en un Estado Social de Derecho. De acuerdo con el artículo 13 Superior, comporta un conjunto de mandatos independientes y no siempre armónicos, entre los que se destacan (i) la igualdad formal o igualdad ante la ley, relacionada con el carácter general y abstracto de las disposiciones normativas dictadas por el Congreso de la República y su aplicación uniforme a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación, que excluye la legitimidad constitucional de cualquier acto (no solo las leyes) que involucre una distinción basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien, la prohibición de distinciones irrazonables; y (iii) el principio de igualdad material, que ordena la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales.

En ese orden de ideas, la Corporación ha resaltado que el principio de igualdad posee un carácter relacional, lo que significa que deben establecerse dos grupos o situaciones de hecho susceptibles de ser contrastadas, antes de iniciar un examen de adecuación entre las normas legales y ese principio. Además, debe determinarse si esos grupos o situaciones se encuentran en situación de igualdad o desigualdad desde un punto de vista fáctico, para esclarecer si el Legislador debía aplicar idénticas consecuencias normativas, o si se hallaba facultado para dar un trato distinto a ambos grupos; en tercer término, debe definirse un criterio de comparación que permita analizar esas diferencias o similitudes fácticas a la luz del sistema normativo vigente; y, finalmente, debe constatarse si (i) un tratamiento distinto entre iguales o (ii) un tratamiento igual entre desiguales es razonable. Es decir, si persigue un fin constitucionalmente legítimo y no restringe en exceso los derechos de uno de los grupos en comparación.

(...)

La oposición entre derechos subjetivos (individuales) y derechos colectivos no constituye entonces un criterio válido para iniciar el juicio de igualdad. Y parte de conceptos erróneos (puramente subjetivos) de los conceptos de derecho subjetivo, derecho colectivo y derecho individual.

Sin embargo, el concepto jurídico de derechos subjetivos no hace referencia al carácter individual del interés comprometido, sino a la posibilidad de definir con precisión los tres componentes de una posición jurídica específica. Esto es, un titular, un obligado y un contenido claramente definidos (estructura de relación triádica de los derechos subjetivos). Además, según distintas aproximaciones teóricas, un derecho subjetivo solo se configura cuando existe una garantía judicial para su satisfacción, mientras que otras afirman que puede haber derechos subjetivos sin garantías, aunque ello supone una laguna que deberá colmarse por diversos mecanismos^[9].

Y en esa perspectiva, es posible establecer la existencia de derechos subjetivos desde el punto de vista estructural, cuyo titular no es una persona individualmente considerada sino un grupo o un colectivo, como se percibe claramente en el caso de los derechos de los pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes.

La categoría que de forma más plausible podría oponerse a la de derechos subjetivos no es la de derechos colectivos, **sino la de derecho objetivo, que hace referencia a las normas abstractas vigentes en un orden jurídico determinado.** En esa dirección, y en materia de derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha acogido la posibilidad de distinguir entre la dimensión objetiva y la dimensión subjetiva de los derechos constitucionales; es decir, entre las normas jurídicas que consagran derechos en abstracto y las posiciones jurídicas concretas, definidas a partir de la relación “triádica” ya mencionada”.

En relación a la sentencia referida, se tiene entonces que el presente asunto no debe analizarse desde el punto de vista de la igualdad subjetiva como lo alude la recurrente, sino que debe analizarse sobre la prohibición de discriminación, que excluye la legitimidad constitucional de cualquier acto (no solo las leyes) que involucre una distinción basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien, la prohibición de distinciones irrazonables; por cuanto lo que alude la parte actora es la afectación del derecho al trabajo en la forma en cómo se estableció normativamente la supresión y liquidación de las 2 entidades demandadas en donde se presencia la existencia de un trato diverso.

La discusión entonces tiene que ver, con el artículo 8° del Decreto 1100 del año 2001 y del Decreto 175 de 2010, que dispusieron la supresión de cargos de las empresas ECOSALUD S.A. y ETESA, así:

“Decreto 1100 de 2001, artículo 8: “Supresión de cargos y de empleos. Dentro del término legal previsto para la liquidación de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S. A., Ecosalud S. A. se procederá a la terminación de los contratos de trabajo y se suprimirán todos los cargos y empleos existentes en la

entidad, **con sujeción a las prescripciones de la legislación laboral aplicable**. Todo convenio colectivo de trabajo o laudo arbitral en ECOSALUD S. A., tendrá vigencia hasta cumplirse el plazo fijado en el artículo 4° de este decreto. **Parágrafo.** La Empresa Territorial para la Salud, ETESA, asumirá los pasivos laborales que generen obligaciones dinerarias exclusivamente, provenientes de reclamaciones de trabajadores oficiales y empleados públicos de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S. A., ECOSALUD S. A., y sólo hasta concurrencia de los activos que reciba por la liquidación de ésta”.

Decreto 175 de 2010, ARTÍCULO 8°. Supresión de empleos. El Liquidador, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que asuma sus funciones elaborará un programa de supresión de cargos, determinando el personal que por la naturaleza de las funciones desarrolladas debe acompañar el proceso de liquidación. Al vencimiento del término de la liquidación quedarán automáticamente suprimidos los cargos existentes y terminarán las vinculaciones de acuerdo con el respectivo régimen legal aplicable. **PARÁGRAFO 1°.** El personal que tenga la condición de cabeza de familia sin alternativa económica; limitación visual o auditiva; limitación física o mental y personas próximas a pensionarse en el término de tres (3) años, contados a partir de la vigencia del presente decreto, continuará vinculado laboralmente hasta la culminación de la liquidación de la entidad o hasta que mantengan la condición para estar amparados con la protección especial, lo que ocurra primero. **PARÁGRAFO 2°.** Para efectos de la desvinculación del personal que actualmente goza de la garantía del fuero sindical, el liquidador adelantará el proceso de levantamiento de dicho fuero, dentro de los términos y condiciones establecidos en las normas que rigen la materia. Los jueces laborales deberán adelantar los procesos tendientes a obtener permiso para despedir a un trabajador amparado con fuero sindical, dentro de los términos establecidos en la ley y con prelación a cualquier asunto de naturaleza diferente, con excepción de la acción de tutela”.

De lo anterior, considera la parte actora que con lo dispuesto en el Decreto 175 de 2010, se buscó evitar el reconocimiento de derechos laborales, frente a lo cual considera esta Colegiatura que no es un hecho cierto, pues precisamente lo que se denota de las dos disposiciones normativas, es que el legislador quiso dejar de manera clara y precisa con el Decreto 175 de 2010, lo concerniente a la definición de “sujeción a las prescripciones de la legislación laboral aplicable”, que se dispuso en el decreto de liquidación de ECOSALUD S.A., pues precisamente, fue el tema que motivo el reintegro de las trabajadoras VIOLETA PIEDAD SALCEDO y CLEMENCIA CEDIEL, pues al no especificarse en dicha norma lo referente a la sujeción a las prescripciones de la legislación laboral aplicable, el empleador omitió al momento del despido el proceso de levantamiento de fuero sindical de las trabajadoras aforadas, lo cual generó el reintegro, situación que se precavió posteriormente cuando surgió el despido de estas trabajadoras ante la liquidación de ETESA, ya que en esa oportunidad se procedió a iniciarse previamente el correspondiente proceso de levantamiento de fuero sindical, como lo contemplaba concretamente el decreto que ordenó la liquidación. Por consiguiente, no se trata de una desigualdad del contenido de las dos normas, pues ambas plasmaron lo mismo de distinta manera.

Legalidad del despido por supresión del cargo

Cabe resaltar, que la figura de liquidación forzosa de las entidades de administración pública busca mejorar las condiciones irregulares presentadas a fin de reorganizar su estructura y, en ese proceso, eventualmente racionalizar las plantas de personal de las entidades estatales, sin que tal decisión deba tomarse de manera sorpresiva, por el contrario, debe garantizarse la estabilidad de quienes tengan condiciones especiales, así como compensar al trabajador que se vio afectado ante dicha decisión.

Razón por la cual, la jurisprudencia reiterada de la CSJ Sala de Casación Laboral, ha explicado que, pese a ser legal el despido de trabajadores oficiales por la clausura o liquidación de una entidad estatal, esa calificación no implica que la desvinculación del trabajador esté amparada en una justa causa, pues tal motivo no está contemplado dentro de las taxativas causales establecidas por el artículo 48 del Decreto 2127/1945, como justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo (SL9951-2014), de manera que, al no ser una justa causa surge el reconocimiento de la indemnización, aspecto que cumplieron las entidades demandadas ante el despido de los demandantes, como se observa de las resoluciones que militan a folios 228 a 244.

Adicionalmente, téngase en cuenta que los artículos 189 y 15 de la Constitución Política atribuye al presidente de la República a “*suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley*”. En igual sentido la Ley 489 de 1998 lo faculta para suprimir o disponer la disolución y la consiguiente liquidación de las entidades u organismos del orden nacional cuando la evaluación de la gestión administrativa aconseje la supresión o la transferencia de funciones a otra entidad, en tal sentido los decretos de liquidaciones objeto de estudio, fueron expedidos bajos facultades constitucionales.

Sustitución patronal entre ETESA y COLJUEGOS

En cuanto a la sustitución patronal, tal condición se da cuando se cambia de un empleador a otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad

del establecimiento, es decir, cuando no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios, así mismo, la sola sustitución no extingue, suspende, ni modifica los contratos de trabajo existentes, tal y como lo consagra los artículos 67 y 68 del CST. Siguiendo los lineamientos normativos es claro que aquí no existe dicha figura, pues, en primer lugar; lo sucedido con la empresa ETESA correspondió a una liquidación, entendiéndose esto que desapareció como persona jurídica, de suerte que, no fue un cambio de un empleador a otro, en segundo lugar; debía acreditarse por parte de los demandantes que sus cargos y nombres quedaron incorporados a la planta de personal de la nueva entidad y tercero; si bien la empresa COLJUEGOS mantuvo la explotación, administración y operación de los juegos que hagan parte del monopolio rentístico sobre los juegos de suerte y azar, como lo establece el artículo 2° del Decreto 4142 del 3 de noviembre de 2011, lo cierto es que la administración de los recursos para desarrollar dicho objeto social varió, pues inicialmente dependía del Ministerio de Salud y Protección Social y ahora depende del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

De igual manera, es dable señalar que el hecho de que algunos de los trabajadores aquí demandantes fueran reintegrados a ETESA a raíz de las decisiones de fuero sindical, no se debió ante la existencia de la figura de sustitución patronal, sino porque de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8° del Decreto 1100 de 2001, ETESA quedó encargada de asumir los pasivos laborales de los trabajadores pertenecientes a ECOSALUD, por consiguiente, al ordenarse el reintegro debía asumir dicha responsabilidad, aspecto que no se contempló en el Decreto 175 de 2010, que liquidó a la empresa ETESA, pues en este caso se siguió a través de un liquidador con un trámite específico dentro de un tiempo determinado, entendiéndose que una vez culminado el mismo, dicha entidad desapareció por completo de la vía jurídica, imposibilitándose un futuro reintegro.

Lo anterior, tampoco podría considerar como violatorio de derechos fundamentales, pues es pertinente que a través de la promulgación de nuevas normas se corrijan vacíos existentes en otras, por lo que en este caso en particular no es que se este vulnerando el derecho al trabajo, pues precisamente a fin de poder hacer uso de liquidación forzosa de las entidades de administración pública, derecho legalmente constituido, la normatividad laboral le permite al empleador compensar a sus trabajadores que se ven

afectados con dicha decisión con el reconocimiento de la indemnización, salvaguardando la permanencia del empleo hasta la liquidación total de la entidad únicamente de quienes ostentan condiciones especiales de debilidad manifiesta, como lo sería, una madre o padre cabeza de familia o un pre-pensionado, sin que esto signifique permanencia total del empleo, situaciones que se tuvieron en cuenta en el decreto de liquidación de ETESA.

Así las cosas, es claro que no les asiste a los demandantes el derecho a ser reincorporados a la empresa COLJUEGOS, pues claramente no se dan las mismas condiciones de las sentencias de fuero sindical que beneficio en su oportunidad a los señores VIOLETA PIEDAD SALCEDO, CLEMENCIA CEDIEL, JORGE ENRIQUE LOMBANA y CLAUDIA PATRICIA CADAVID, aunado que, si en gracia de discusión fuere así, en efecto como lo contempló el *a quo*, este no sería escenario para resolver el mismo, pues se trataría de un proceso especial de fuero sindical.

Y en cuanto a las demandantes ISABEL CRISTINA BETANCOURT IDARRAGA y JAQUELINE MORENO LLANOS, no se demuestra que al momento de la liquidación de la empresa ECOSALUD tuviesen la calidad de aforadas y en caso de ser así, pues evidentemente debieron seguir el proceso que realizaron sus demás compañeros, aspecto que como bien se dijo no se puede discutir en este trámite judicial, aunado a que tampoco se demostró tener la condición de sujetos de especial protección constitucional, como para contemplar la posibilidad de un reintegro, el cual no sería permanente, sino hasta la liquidación de la empresa ETESA, como bien sucedió con los otros demandantes, bajo los argumentos ya expuestos, como tampoco podría analizarse la existencia de un retén social, pues esta figura está contemplada únicamente para los empleados públicos, condición con la que no cuentan las actoras.

Por lo tanto, habrá de **CONFIRMARSE** la decisión de primera instancia.

COSTAS:

COSTAS en esta instancia a cargo de los demandantes como quiera que el recurso de alzada no prosperó.

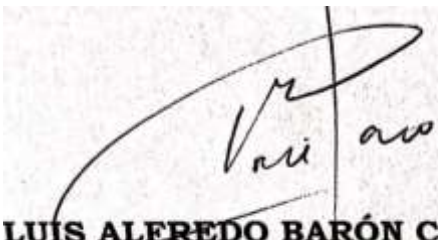
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ-SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 12 Laboral del circuito de Bogotá por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de los demandantes.

Notifíquese y cúmplase



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

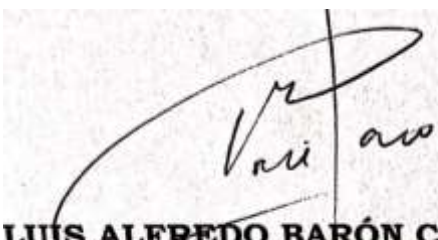


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de los demandantes en la suma de \$ 300.000.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.**

1

**SALA LABORAL
SENTENCIA**

ANTECEDENTES

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GILMA DEL CARMEN ZAMBRANO FARIETA contra LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los veinticinco (25) días del mes de marzo 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 la señora **GILMA DEL CARMEN ZAMBRANO FARIETA**, se **condene** que COLPENSIONES debe reliquidar la mesada pensional teniendo en cuenta el valor real de las cotizaciones realizadas en toda su vida laboral, de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aplicando principio de favorabilidad, se **condene** a COLPENSIONES debe reconocer y pagar en la pensional el incremento pensional del 7% por su hijo JAVIER LEONARDO ALDANA ZAMBRANO, se **condene** a que el reconocimiento del incremento del 7% sea a partir del de la fecha en que adquirió el status de pensionada y mientras subsistan las causas que le dieron origen, se **condene** a reconocer el incremento del 7% en 14 mensualidades, se **condene** a que las sumas reconocidas sean debidamente indexadas, se **condene** al pago de intereses moratorios

contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se **condene** ultra y extra petita y se **condene** al pago de costas procesales (fl.26 a 27).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 23 a 25), señaló que prestó sus servicios como empleada de varias empresas privadas en el país desde el 1° de octubre de 1979 al 30 de noviembre de 2011, que realizó sus aportes pensionales al ISS hoy COLPENSIONES, que COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez a través de la resolución No. 102867 del 13 de febrero de 2012, a partir del 1° de diciembre de 2011, teniendo en cuenta 1,251 semanas de cotización, que para establecer el monto de la mesada pensional tomó el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años y una tasa de remplazo del 90%, sin haber teniendo en cuenta el principio de favorabilidad, esto es, calculando la mesada con lo cotizado en toda su vida laboral, que al momento del reconocimiento omitió reconocer el incremento establecido en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, por su hijo JAVIER LEONARDO ALDANA ZAMBRANO, que el Juzgado 20 de Familia de Bogotá, la designó como curadora de su hijo. Por último, señala que radicó reclamación administrativa ante la entidad demandada el 17 de mayo de 2016, negándose la reliquidación mediante resolución GNR 194120 del 30 de junio de 2016, que asignarse el derecho pensional se desconoció la indexación de la primera mesada pensional, de acuerdo con el IPC establecido para el periodo de toda su vida laboral.

2

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 68 a 73), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 3 a 5, 7, 9 a 19, no constarle los numerales 1, 2 y 8; y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo falta de causa y título de los derechos reclamados, respecto de la reliquidación pensional, inexistencia de la obligación respecto del incremento por persona a cargo, prescripción, buena fe, compensación y genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 8 de febrero de 2019 (CD – fl. 87), **absolvió** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, **declaró** probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, **declaró** relevado del estudio de los demás medios exceptivos propuesto por la pasiva en su contestación y **condenó** en costas a la demandante en la suma de \$100.000.

3

Fundamentó su decisión, indicando que no era objeto de discusión que la entidad demandada le reconoció a la demandante la pensión de vejez a partir del 1° de diciembre de 2011, en cuantía inicial de \$1.003.771, que para su liquidación tuvo en cuenta el promedio de lo cotizado en los 10 últimos años y una tasa de remplazo del 90%, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, como se observaba de la resolución No. 102867 del 13 de febrero de 2012. Así mismo, quedaba demostrado que COLPENSIONES había reliquidado la mesada pensional de la demandante, mediante resolución GNR 194120 del 30 de junio de 2016, en la que reconoció una mesada pensional a partir del 17 de mayo de 2013, por valor de \$1.084.946.

En cuanto a la reliquidación solicitada, refirió la sentenciadora que conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se tenía que la demandante nació el 29 de agosto de 1954, en consecuencia al 1° de abril de 1994, contaba con 39 años de edad, por lo que le hacían más de 10 años para adquirir el derecho, que con el reporte de semanas cotizadas allegado por COLPENSIONES se establecía que la demandante cotizó un total de 1,278.14 semanas, conforme a dicho parámetro procedió el despacho a realizar la correspondiente liquidación que arroja un IBL en la suma de \$901.754 y un IBL de los últimos 10 años por valor de \$1.118.592, concluyendo que le resultaba más favorable a la demandante el IBL del promedio de los 10 últimos años, resaltando que incluso el valor calculado por el despacho resultaba inferior al reconocido por COLPENSIONES.

En relación al incremento del 7%, estableció que no se había aportado el registro civil de nacimiento del hijo y en cuanto a la sentencia expedida por

el Juzgado 20 de Familia, se indicaba que se declaraba en interdicción judicial definitiva a JAVIER LEONARDO ALDANA ZAMBRANO, en cual fue objeto de consulta por el Tribunal Superior de Bogotá que revocó el estado de interdicción por discapacidad mental absoluta y no en interdicción judicial definitiva, por lo cual no era dable inferir que se encontraba actualmente en condición de discapacidad, aunado a ello, no obraba prueba que acreditará que el señor JAVIER LEONARDO ALDANA ZAMBRANO dependiera económicamente de la demandante.

4

CONSULTA

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

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Corresponde a esta Sala de Decisión establecer si hay lugar a reliquidar la mesada pensional de la demandante, si los incrementos por hijo menor o invalido a cargo establecidos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 se encuentran vigentes, en caso afirmativo, se establecerá 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 GILMA DEL CARMEN ZAMBRANO FARIETA, conforme se infiere de la copia de la Resolución No.102867 del 13 de febrero de 2012 (fl. 9 a 10), mediante la cual el ISS hoy COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez en cuantía de \$1.003.771 a partir del 1° de diciembre de 2011, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990. Así mismo, que dicha mesada pensional le fue reliquidada mediante resolución GNR 194120 del 30 de

junio de 2016, a partir del 17 de mayo de 2013, en cuantía de \$1.084.946 (fls. 11 a 16)

Reliquidación mesada pensional

Aduce la demandante, en el escrito de demanda que la entidad demandada no le calculó la mesada pensional con lo cotizado durante toda su vida laboral, situación que generaría una mesada pensional más favorable, al revisarse la resolución GNR 194120 del 30 de junio de 2016, en la cual le fue reliquidada la mesada pensional, se tiene que la entidad accionada sí tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicable para el caso de la demandante, esto es, realizando el cálculo de la mesada pensional teniendo en cuenta lo cotizado en toda la vida laboral y los 10 últimos años, al haber reunido la actora un total de 1,268 semanas de cotización, tal y como se desprende del cuadro que se relaciona en el acto administrativo (fl.13 v/to), en donde se indica IBL 1 e IBL 2, frente a lo cual la entidad demandada, señaló lo siguiente:

*“que Colpensiones efectuó un nuevo estudio de su pensión por vejez, teniendo en cuenta un total de 1,268 semanas cotizadas, obteniendo un valor mensual para el año 2016 de \$1.224.089, suma que resulta ser mayor a la que percibe actualmente, **razón por la cual se procede a efectuar la reliquidación de la mesada pensional teniendo en cuenta las cotizaciones efectuadas en los últimos 10 años, es decir, el IBL 1 toda vez que resulta más favorable que el de toda la vida laboral, es decir, el IBL 2 tal y como se evidencia en el cuadro anterior**”.* (subrayado y negrilla fuera del texto original).

Demostrándose con lo anterior que, la llamada a juicio tuvo en cuenta el cálculo de la mesada pensional más favorable para la actora, como se solicita en libelo demandatorio, determinando que le es más favorable con lo cotizado en los 10 últimos años, lo cual resulta acertado, pues al efectuarse las operaciones aritméticas por parte de esta instancia, se obtiene un IBL con toda la vida laboral en la suma de \$971.059,18, la cual resulta efectivamente inferior a la tenida en cuenta por COLPENSIONES en la resolución GNR 194120 del 30 de junio de 2016, la cual correspondió a la suma de \$1.205.496, situación por la cual habrá de **confirmarse** la decisión de prima instancia respecto a este punto.

Incremento por hijo menor o invalido 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:

6

“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

“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 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.

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*

L

*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

10

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° diciembre de 2011** 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 la actora no tenga derecho a los mismos.

En tales condiciones y sin más consideraciones, se **CONFIRMA** la decisión de primera instancia, pero por las razones anteriormente expuestas.

COSTAS

SIN COSTAS en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional consulta.

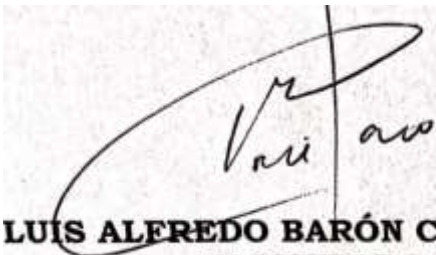
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, proferida por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, por tratarse del grado jurisdiccional consulta.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
Salva voto parcial



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 FRANCY ESCOBAR SUAREZ CONTRA
LABORTORIOS NUTRIPHARMA S.A.S.**

En Bogotá D. C. a los veinticinco (25) días del mes de marzo 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 **FRANCY ESCOBAR SUAREZ** se **declare** que el contrato que existió con la demandada terminó sin justa causa el 29 de diciembre de 2015, se **condene** a la demandada a pagarle saldo de cesantías, intereses a las cesantías y saldo de primas de servicios del año 2011, junto con su respectiva indemnización moratoria, se **condene** al pago de cesantías, saldo intereses a las cesantías, saldo prima de servicios del año 2012, junto con su respectiva indemnización moratoria, se **condene** a pagar cesantías, saldo intereses a las cesantías, saldo prima de servicios del año 2013, junto con su respectiva indemnización moratoria, se **condene** al pago de cesantías, saldo intereses a las cesantías, saldo prima de servicios del año del año 2014, se **condene** a pagar el saldo de cesantías, saldo intereses a las cesantías, saldo prima de servicios del año 2015, junto con su respectiva indemnización moratoria, se **condene** a la empresa demandada al pago del saldo de indemnización sin justa causa, se **condene** al pago del

saldo de las vacaciones por haber laborado 179 días, se **ordene** a la demandada al pago de las cotizaciones a salud y pensión, al no haberse tenido en cuenta el pago de comisiones, pagando por debajo de lo real (fls. 9 a 21).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 3) se señalaron en síntesis que el día 4 de enero de 2010, celebró un contrato a término indefinido con la empresa demandada para desempeñarse en el cargo de directora comercial devengado un salario base mensual en la suma de \$800.000 más comisiones, aduce que las comisiones fueron pactadas de manera verbal las cuales estarían entre el 1% al 2.5% de acuerdo a las ventas y a las empresas que se les vendiera, correspondiéndole las comisiones sobre el valor de la factura, las cuales debían ser liquidadas tan pronto como fuera cancelada por los clientes, que para el segundo semestre del año 2011, se cambiaron los criterios de la liquidación del salario variable, sin previo aviso, además de reportarse un salario distinto para seguridad social, así mismo, se le pagaron las prestaciones sociales solamente sobre el salario base sin tener en cuenta las comisiones, asegura que para el segundo semestre del año 2011, presentaba un salario variable de \$7.288.018 por ende el valor de la prima debía ascender a la suma de \$3.563.031,02, sin embargo, la misma fue cancelada en la suma de \$1.250.000, situación que siguió sucediendo en los siguientes años, que para el año 2015, decidió comprar un apartamento contando para ello con el ahorro de sus cesantías, pero al momento de ser solicitadas se llevó la sorpresa de que su empleador nunca había consignado las mismas ante fondo de cesantías, motivo por el cual procedió a reclamarlas, informándose por parte de la empresa que no habían sido consignadas por cuanto no tenía plata, ante varias reclamaciones frente a dicho pago, la empresa demandada el día 27 de mayo de 2015, le realiza una consignación en la suma de \$8.425.851, aduciendo que correspondía a las cesantías de los años 2012, 2013 y 2014, dejando como constancia recibo de egreso con número 17712, debe tenerse en cuenta que el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece que el empleador debe consignar las cesantías del empleado antes del 15 de febrero del año siguiente al que se liquidaron y si el empleador no paga dentro a la oportunidad contemplada por la norma deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.

Indica el demandante que dicho pago debe tomarse como una abono a las cesantías, ya que el valor consignado no corresponde con lo que debieron haberle pagado, que para el mes de junio de 2015, se empezó a dar cuenta que habían variado la forma de liquidar su seguridad social, por lo que empieza a exigirle a la empresa demandada que sean ajustados dichos pagos, frente a lo cual se le ofreció un acuerdo transaccional el cual no fue aceptado por el valor de la transacción, tiempo después ingresó a laborar a la empresa la esposa del gerente, sintiendo un acoso constante, lo cual la llevó aceptar el acuerdo transaccional ofrecido el día 29 de diciembre de 2015, en la cual consta la liquidación final de prestaciones, pero el mismo no coincide con el salario real devengado, razón por la cual las prestaciones no se encuentran ajustadas a derecho, el día 30 de diciembre de 2015, la empresa le abonó la suma de \$30.000.000, el 28 de enero de 2016, recibe un segundo abono por la suma de \$13.571.400. finalmente, refiere que dicho acuerdo debe ser nulo por cuanto se trata de derechos ciertos e indiscutibles.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La demandada **LABORATORIOS NUTRIPHARMA S.A.S.** contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 26, 30 y 31, parcialmente ciertos los numerales 1, 4 a 7, 12, 15, 24, 25, 27, 28, 33 y 34; y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de indemnizaciones, mala fe y declaratoria de otras excepciones (fls.580 a 587).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 6° Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 24 de octubre de 2018, **absolvió** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas a la parte actora en la suma de \$800.000 (CD fl.653).

Como argumento de su decisión, señaló que a folios 33 a 35, se encontraba documento denominado transacción en el cual la empresa demandada se obligaba a pagar a la demandante la suma de \$18.078.650 por comisiones,

correspondientes a saldos de agosto y septiembre, mayo, junio y julio y las comisiones reportadas de los meses de octubre y noviembre de 2015 y la suma de \$125.000.000 por concepto de prestaciones sociales que se había causado desde el 1° de septiembre de 2009 hasta el día 31 de diciembre de 2015, sin que dentro de dicho documento se especificara los conceptos y valores de las prestaciones sociales que se estaban cancelando, de forma tal que debía inferirse que el reconocimiento de la existencia de una deuda y la obligación que asumía la empresa demandada en el sentido de pagar las prestaciones de los años 2012, 2013 y 2014 y la prima de servicios correspondientes al segundo semestre de 2015.

Adujo la sentenciadora que la empresa demandada había admitido en la contestación que se había efectuado un pago parcial referente a dicha transacción, así mismo en el interrogatorio de parte el representante legal había manifestado que adeudaba a la demandante la suma de \$77.428.600, de manera que se trataba de un reconocimiento expreso, claro y exigible de una deuda laboral con mérito ejecutivo, impidiéndose que nuevamente se efectuara un pronunciamiento frente al reconocimiento de una obligación relacionadas con el pago de auxilio de cesantía, de los años 2012, 2013 y 2014 y la prima de servicios correspondientes al segundo semestre de 2015, ya que para ello debía acudir a la vía ejecutiva con la finalidad de obtener el pago del valor absoluto de la obligación.

Refiere la *a quo* que en el acuerdo de transacción también se acordó la terminación del contrato de trabajo a partir del 29 de diciembre de 2015, frente al cual la empresa demandada había cancelado la suma de \$30.000.000 el día 30 de diciembre de 2015, que corresponde al valor liquidado a la terminación del contrato de trabajo, suma en la cual se encuentra incluido el valor de las cesantías del año 2015, intereses sobre la misma, vacaciones e indemnización bonificación especial y la suma de \$13.571.400 que pagó la empresa demandada el día 28 de enero de 2016, suma que cubre las prestaciones sociales adeudadas, esto es, teniendo en cuenta el salario base percibido por la demandante para el año 2010 en la suma de \$800.000, 2011 la suma de \$2.500.000 y a partir del año 2013 la suma de \$2.600.000, sin que se demostrará el valor de las comisiones efectivamente percibidas por la demandante durante los periodos respectivos, sin que existiera constancia de ello. Considerando que, si la

jurisprudencia otorgaba validez a los acuerdos de pago, celebrados con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, se infería que el pago parcial que había efectuado la empresa demandada, cubría el valor de las prestaciones respecto de las cuales se alegaba falta de pago total y en tal sentido no generaba la indemnización moratoria reclamada.

Resaltó la *a quo* que tampoco había lugar a reconocer la indemnización por despido sin justa causa, teniendo en cuenta que en la liquidación del contrato de trabajo se había incluido el reconocimiento de la misma en la suma de \$21.666.667 por concepto de indemnización, aunado que dentro del acuerdo de transacción se había acordado que el contrato terminaría de mutuo acuerdo, lo cual no generaría la indemnización por despido. En relación con el reajuste de las acreencias laborales, cesantías, intereses sobre las mismas, primas de servicios, compensación de vacaciones, correspondientes a los periodos determinados en la demanda, con sujeción al salario real que había percibido la demandante incluidas las comisiones a partir del 30 de julio de 2011, precisó que en la liquidación final se había establecido por concepto de comisiones la suma de \$5.000.000, así mismo, la empresa demandada en el acuerdo de transacción se había obligado a pagarle los saldos de agosto, septiembre, mayo, junio y julio y las comisiones reportadas de los meses de octubre y noviembre de 2015, por valor de \$18.078.650, sin especificar mes a mes el valor de las comisiones.

Por otra parte, indicó que dentro del plenario obraban unos documentos en los cuales se especificaba el salario base y la comisión, pero los mismos no se encontraban firmados por el empleador, contándose únicamente con constancia real de las comisiones el acuerdo transaccional en donde la demandada reconocía dicho beneficio, sin embargo, no se acreditaba de manera específica dentro del proceso el salario base de liquidación de las acreencias laborales, sin que se pudiera hacer un comparativo de las comisiones que efectivamente percibió la demandante y el cálculo que realizó la empresa demandada, sin que hubiese existido discusión en su momento por la parte actora en relación a la liquidación efectuada por la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que el acuerdo de transacción suscrito entre las partes no se había cumplido, por ende, no tenía efectos legales. De igual manera, debía tenerse en cuenta que se había aportado al proceso todos los pagos efectuados durante la relación laboral, sin que se hubiera valorado como se debía la liquidación de las comisiones, la cual fue realizada por el contador de aquella época y aportada al proceso en la cual se liquidaba las comisiones desde enero de 2013 hasta junio de 2015.

Igualmente, debía tenerse en cuenta que si bien el acuerdo transaccional no se cumplía, servía como prueba para establecer que el empleador no pagó los salarios como habían sido pactados, igualmente tampoco se valoró en su debida forma como se pagaron las cesantías del año 2012, 2013 y 2014, de los cuales giraron solamente una consignación por \$8.000.000 cuando los salarios la actora eran muchísimos más, de igual manera, existe jurisprudencia donde se establece que si el empleador no consigna las cesantías en el momento oportuno, debe reconocer una moratoria la cual no había sido reconocida por la Juez, también se había solicitado en la demanda el pago de la prima del año 2015, la cual no había sido incorporada en la liquidación final de prestaciones.

CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

En consonancia con el recurso de alzada, corresponde a esta Sala de decisión establecer si el acuerdo de transacción suscrito entre las partes tiene plena validez y, por consiguiente, si tiene efectos de cosa juzgada, en caso negativo si hay lugar a reconocer las pretensiones de la demanda. Así mismo, se analizará si procede la indemnización contemplada en el artículo 65 del CST, la sanción por no consignación a las cesantías establecida en el numeral 3 del artículo 99 de la ley 50 de 1990 y la indemnización por despido sin justa causa, como también se estudiará si hay lugar al pago de prima de servicios correspondientes al año 2015.

Existencia de la relación laboral

No existió controversia frente a la relación laboral que ató a las partes, la cual se llevó acabo entre el 4 de enero de 2010 al 29 de diciembre de 2015, a través de un contrato a término indefinido, en el cual la demandante se desempeñó como directora comercial (fl.42). Cabe aclarar que ese fue el extremo laboral señalado por la actora en líbello demandatorio y reconocido por la parte demandada y el cual se prueba con la documental anexa. No obstante, se observa del acuerdo de transacción del cual se hará referencia más adelante, que se indica como extremo inicial de la relación laboral 1° de septiembre de 2009, de lo cual se deduce que se trata de un error de transcripción.

Validez acuerdo de transacción

Aduce la parte actora en los hechos de la demanda que entre las partes se suscribió un acuerdo de transacción el 29 diciembre de 2015, en el cual se acordó el pago de prestaciones adeudadas y comisiones, sin embargo, refiere que el mismo desconoció derechos ciertos e indiscutibles, además de no haberse pagado en su totalidad el valor acordado, razón por la cual el empleador le adeuda saldos de prestaciones y vacaciones desde el año 2011 hasta la finalización del contrato, así como el reajuste de portes a salud y pensión al no haberse incluido el valor de las comisiones como factor salarial.

Verificado el acuerdo de transacción el cual milita a folios 33 a 35 del expediente, se observa que allí se transó lo siguiente:

“SEGUNDA: *el empleador y la trabajadora han acordado que aceptan como único valor por concepto de prestaciones sociales por el tiempo laborado desde el 1° de septiembre de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2015, la suma de CIENTO VEINTICINCO MILLONES DE PESOS (\$125.000.000) mcte.*

TERCERA: *el valor consignado en la cláusula anterior será pagado por el empleador LABORATORIOS NUTRIPHARMA SAS a la trabajadora FRANCY ESCOBAR SUAREZ en (8) cuotas así:*

- 1. La suma de TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000) mcte, el día 30 de diciembre de 2015.*
- 2. La suma de TRECE MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$13.571.400) mcte, el día 28 de enero de 2016.*

3. *La suma de TRECE MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$13.571.400) mcte, el día 26 de febrero de 2016.*
4. *La suma de TRECE MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$13.571.400) mcte, el día 30 de marzo de 2016.*
5. *La suma de TRECE MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$13.571.400) mcte, el día 29 de abril de 2016.*
6. *La suma de TRECE MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$13.571.400) mcte, el día 31 de mayo de 2016.*
7. *La suma de TRECE MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$13.571.400) mcte, el día 30 de junio de 2016.*
8. *La suma de TRECE MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$13.571.400) mcte, el día 29 de julio de 2016.*

CUARTA: *LABORATORIOS NUTRIPHARMA SAS se compromete a pagar a FRANCY ESCOBAR SUAREZ las comisiones de los pedidos entregados, facturados, facturados y pagados por los clientes correspondientes a saldo de agosto y septiembre, saldo de mayo, junio y julio y las comisiones reportadas de los meses de octubre y noviembre de 2015, según relación adjunta por valor de DICIOCHO MILLONES SETENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$18.078.650), los cuales se pagaran de la siguiente forma: DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000) mcte el día 20 de enero de 2016, COHO MILLONES SETENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA PESOS el día 29 de enero de 2016.*

(...)

SEPTIMA: *por todo lo anterior, la trabajadora declara a LABORATORIOS NUTRIPHARMA SAS a paz y salvo por todo concepto de orden laboral, por todo concepto surgido de la relación laboral que los unió y especial por conceptos de prestaciones sociales y comisiones”.*

Si bien es cierto como lo asegura la parte actora que no es posible transar derechos ciertos e indiscutibles por cuanto son derechos mínimos e irrenunciables para el trabajador, como lo es en el caso de las prestaciones sociales, lo cierto es que las partes; sin dejar de reconocer esos derechos ciertos e indiscutibles, pueden discutir el monto que se adeuda, pues el valor de las prestaciones puede variar por distintos conceptos que se pueden incluir o no en la base para su liquidación.

En la transacción pactada entre las partes se evidencia que la empresa demandada no dejó de reconocer que le adeudaba a la actora valores por concepto de prestaciones sociales durante la relación laboral, aceptando como valor adeudado la suma de \$125.000.000, por lo tanto, en este caso en particular, no se negoció como tal la existencia de los mismos, si no que lo negociado correspondió en la forma en como la demandada daría cumplimiento al pago de prestaciones sociales adeudadas, por consiguiente, se insiste no se dejó reconocer derechos ciertos e indiscutibles como lo

asegura la parte actora, aunado a que de la suma acordada no se observa lesiva a los intereses de la demandante.

Téngase en cuenta además que dentro del acuerdo transaccional se reconoció también por parte de la empresa demandada que adeudaba valores por concepto de comisiones, comprometiéndose a cancelar a la actora la suma de \$18.078.650, a fin de dejar transado todo concepto derivado del mismo, acuerdo que fue aceptado por la promotora del proceso, entendiéndose con ello que se encontraba conforme a lo acordado, sin que en esta oportunidad se esté solicitando la nulidad de dicha transacción, pues como tal no fue solicitado en las pretensiones de la demanda, por ende con el anterior acuerdo se dispuso precaver las eventuales diferencias que surgieran relacionadas con las comisiones, incluido en ello, la naturaleza de éstos.

Al respecto, es procedente citar la sentencia SL 975 del 19 de marzo de 2019, en la cual la CSJ Sala de Casación Laboral recordó que no es dable entrar a analizar el carácter salarial sobre algún concepto frente al cual las partes acordaron las diferencias a través del pago de una suma transaccional, señalando:

“Resulta entonces claro que no sólo erró el Tribunal en el análisis de los beneficios extralegales «de campaña» y «garantía de eficiencia» para conceder o no su carácter salarial, sino que, a renglón seguido, persistió en el error de obviar que aún si existía alguna duda sobre la naturaleza salarial o no salarial de los citados beneficios, las partes mismas ya habían acordado aquellas diferencias a través de un contrato de transacción que hizo tránsito a cosa juzgada y en virtud del cual no le era dable al fallador decidir sobre la suerte de una controversia que las partes ya habían dado por superada mediante el pago de una suma transaccional.

La demandante no desconoció el citado acuerdo, ni lo tachó de falso ni demostró haberlo suscrito con vicio del consentimiento alguno. Tampoco acreditó que versara sobre derechos mínimos e irrenunciables, lo que ni siquiera fue un asunto propuesto en la demanda ni acompañó la discusión probatoria y jurídica en las instancias. Ello deja al descubierto el error que el Tribunal cometió en la valoración de las pruebas enlistadas por la censura, en la medida que, de haber seguido el camino argumentativo aquí señalado, hubiera arribado a una conclusión diametralmente distinta y que se impone declarar por la Corte en la sede de instancia respectiva, previo la casación de la providencia impugnada. La mención puramente tangencial del ad quem sobre el acuerdo transaccional y haberse sustraído de aplicar sus efectos, entre otros ya señalados, constituyó el error recriminado al fallador y que tiene como consecuencia derruir la providencia.

No sobra aclarar por la Sala que, respecto de la transacción, esta Corporación ha sostenido que, si bien no nace como una institución puramente laboral, sí tiene efectos dentro del mundo de las relaciones del trabajo, con las consabidas restricciones que imponen los derechos ciertos e indiscutibles de las leyes sociales y el principio de irrenunciabilidad (CSJ SL10249-2017).

No es entonces extraña la figura de la transacción en el marco del derecho del trabajo, de forma que nada impide a las partes trabadas en una relación laboral acudir a este mecanismo para solventar sus diferencias, con los límites antes señalados. Para el caso concreto, la transacción que versó concretamente sobre «el desarrollo y terminación de la relación laboral» y «por la naturaleza de los pagos recibidos por la extrabajadora laboral, específicamente por la naturaleza de los pagos recibidos por la extrabajadora, las comisiones canceladas, los beneficios por campaña, la garantía de eficiencia y su reajuste pagado y los descuentos efectuados en vigencia del contrato [...]», no resulta para la Sala desbordantes de los límites legales propios de esta figura jurídica ni fue desdibujada por la presencia de un vicio del consentimiento por alguna de las partes.

En el mismo sentido, importa por la Corte recordar que una vez acreditados los requisitos formales de un acto mutuo como la transacción o la conciliación en materia laboral la justeza misma del contenido del acto no es un asunto que esté bajo la órbita del fallador reconocer, comoquiera que son las partes las que autónomamente fijaron los linderos de su controversia y la dieron por superada mediante alguno de aquellos actos jurídicos, con prescindencia de la administración de justicia”.

Así las cosas, siguiendo el derrotero jurisprudencial expuesto, no resulta apropiado darle incidencia salarial a las comisiones como lo pretende la parte actora, pues al ser transadas las sumas relacionadas con dicho concepto, tal acuerdo tiene tránsito a cosa juzgada, por lo tanto, no resulta apropiado imponer condena por una obligación que ya fue materia de transacción entre las partes, además que de la liquidación final de prestaciones se puede ver que el empleador tuvo como base para la liquidación el salario básico más las comisiones, entendiendo con ello que incluyó la comisión como factor salarial (fl.32) y si bien alega que aún no se ha cumplido con el pago total de la obligación, resulta acertado como lo señaló la *a quo* que tal obligación presta mérito ejecutivo, por lo que, podrá a través de este mecanismo judicial solicitar el pago total de lo adeudado.

Indemnización del art. 65 CST y sanción por no consignación a las cesantías

En lo referente a estas dos indemnizaciones 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.

Para determinar si hubo buena fe en la actuación del empleador, se deben considerar los elementos y las circunstancias existentes al momento de la finalización del vínculo laboral, que se supone es el momento en que el empleador debe satisfacer las obligaciones económicas que tiene con el trabajador, tal y como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 08 de abril de 2008 con radicado No. 29999, posición reiterada en sentencia del 24 de enero de 2012, expediente No. 37288.

En relación a las cesantías, manifestó la actora que durante a vigencia del contrato laboral, se dio cuenta que la empresa no le había consignado en un fondo el valor de las mismas, razón por la cual le solicitó al empleador que le fueran consignadas directamente, tal y como se evidencia a folio 608 del expediente, procediendo la empresa demandada a cancelarle la suma de \$8.425.851, como consta a folio 592, en donde se relaciona que canceló a la actora las cesantías de los años 2012, 2013 y 2014, entendiéndose con ello que no se adeudan valores por dicho concepto, máxime que en la liquidación final de prestaciones que obra a folio 32 se canceló las cesantías correspondientes al año 2015 y si bien, en el acuerdo de transacción se dice que se adeudan prestaciones sociales, no se especifican cuáles son esas prestaciones adeudadas, ni los periodos exactos, por lo que no puede entenderse que corresponde a las cesantías y si en gracia de discusión se adeudaran saldos de cesantías, en las pretensiones de la demanda no se solicitó como tal el reconocimiento de esta sanción, motivo por el cual la *a quo* no hizo pronunciamiento al respecto, lo cual imposibilitaría a esta instancia realizar condena alguna sobre un concepto no solicitado, ni discutido.

Ahora, en lo que tiene que ver con la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las prestaciones, debe decirse que no se observó por parte del empleador actuaciones de buena fe, pues una vez reconoció que adeudaba a la trabajadora acreencias laborales y se comprometió a pagarlos en el acuerdo de transacción, no cumplió a cabalidad con lo acordado, tan solo canceló la suma de \$30.000.000 y \$13.571.400, valores que no cubren en su totalidad el valor de las prestaciones sociales adeudadas, ya que reconoció que las mismas ascendía a la suma de \$125.000.000, de manera que, le incumbe el reconocimiento de la indemnización solicitada en la suma de **\$166.666,66** que corresponde a un día de salario por cada día de mora, teniendo en cuenta el último salario devengado por la actora el cual

correspondió en la suma de \$5.000.000 como consta en la liquidación final (fl.32), a partir del 30 de diciembre de 2015 y hasta que se haga efectivo su pago, teniendo en cuenta que al haberse presentado la demanda dentro de los 24 meses siguientes a la culminación del vínculo laboral (*fecha de reparto 01/04/2016*), y hasta tanto las mismas sean canceladas, al tenor de lo dispuesto en el mencionado artículo 65 del CST y lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C – 781 de 2003.

Indemnización por despido sin justa causa

Sobre este concepto no se impondrá condena alguna, como quiera que de la liquidación final de prestaciones se observa que la empresa reconoció como motivo de retiro terminación del contrato sin justa causa por parte del patrono, cancelando como indemnización la suma de \$21.666.667.

Prima de servicios año 2015

Al observarse la liquidación final de prestaciones de la cual se ha hecho referencia en efecto no se encuentra incluida esta acreencia. No obstante, se aportó por la pasiva documento en el cual consta que se canceló a la demandante la prima de junio de 2015 en la suma de \$1.450.000 (fl. 596), documento que tiene plena validez, pues consta con la firma de la actora, obra también a folio 593 un documento en el cual se señala que le fue consignada a la demandante la suma de \$2.237.500, correspondiente a las prima del segundo semestre de 2015, pero el mismo no tiene constancia de la transacción bancaria, ni tampoco se encuentra firmado por la demandante, de manera que, si bien se entendiera que se adeuda dicho valor, el mismo se encuentra incluido en el valor transado por las partes correspondiente a prestaciones adeudadas durante la relación laboral, pues allí como bien se indicó no se especificó de manera concreta que conceptos incluían, ni los tiempos, por lo que puede cobijar la prima del segundo semestre de 2015, al señalar de manera general que deuda prestaciones sociales de toda al relación laboral.

Así las cosas, se **revocará parcialmente** la sentencia apelada, para reconocer únicamente la indemnización moratoria solicitada y se **absolverá** en lo demás.

COSTAS:

COSTAS en ambas instancias a cargo de la demandada, 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

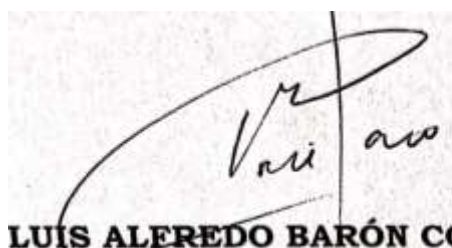
R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 6° Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **CONDENAR** a la empresa LABORATORIOS NUTRIPHARMA S.A.S. a reconocer a la demandante FRANCY ESCOBAR SUAREZ la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST en la suma de \$166.666,66 que corresponde a un día de salario por cada día de mora a partir del 30 de diciembre de 2015 y hasta que se haga efectivo su pago, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

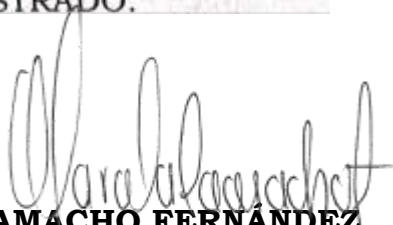
SEGUNDO: CONFIRMA en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la demandada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

Notifíquese y cúmplase



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

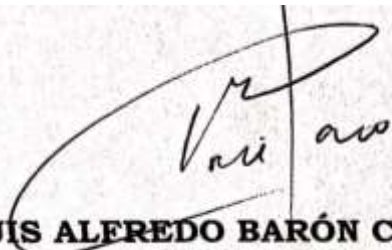


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandada en 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 SANDRA PATRICIA VALDERRAMA ROJAS
contra COOPERATIVA DE VIGILANTES STARCOOP LTDA**

En Bogotá D. C. a los veintiséis (26) días del mes de marzo 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 **SANDRA PATRICIA VALDERRAMA ROJAS** se **declare** que existió un contrato de trabajo asociado entre el 21 de mayo de 2015 hasta el 23 de noviembre de 2016. Como consecuencia, se **condene** a la demandada al pago de la distribución equitativa de los excedentes de capital utilidades generadas por la cooperativa demandada desde el año 2015 a 2016, se **condene** al pago de costas procesales y se **condene** ultra y extra petita (fls.3 a 4).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 4 a 5 del plenario en los cuales se señalaron que ingresó a trabajar al servicio de la demandada el 21 de mayo de 2015, mediante convenio individual de trabajo asociado, desempeñando las funciones de vigilante, el día 23 de noviembre de 2016, la empresa demandada realizó la exclusión de la cooperativa, que no ha recibido distribución equitativa de los excedente de capital “utilidades” que ha obtenido la cooperativa, de conformidad con el artículo 108 numeral 4° de los estatutos de la cooperativa.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La demandada **COOPERATIVA DE VIGILANTES STARCOOP C.T.A.** contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó no ser cierto los numerales 2 y 4; y parcialmente ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de una relación laboral, principio de autonomía de la voluntad privada, falta de funciones misionales, de la distribución de los excedentes y la aplicación de los mismos de conformidad con lo señalado en la Ley 1988 y 863 de 2002, cláusula compromisoria y proceso de reorganización (fls. 102 a 112).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 31 de octubre de 2018, el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá, **absolvió** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y se **abstuvo** de condenar en costas **(CD fl.368)**.

Como **argumento de su decisión**, señaló adujo la Juez que, dentro del convenio de trabajo asociado suscrito entre las partes, no se había incluido ninguna cláusula sobre el reparto de los excedentes reclamados, sin embargo, se observaba que dentro de los estatutos se había incluidos unos excedentes los cuales se observaban en el artículo 108, que para ser analizados se debía tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 79 de 1988.

Concluyendo, que teniendo en cuenta las cuatro opciones contempladas en la norma antes referida, para la utilización del valor correspondiente para el remanente, no se utilizaba un reparto equitativo entre los asociados como lo pretendía la parte actora; razón por la cual, se encontraba ajustada la destinación que había realizado la cooperativa, respecto de los excedentes de los años 2015 y 2016; que habían sido aprobados en las asambleas generales ordinarias celebradas en esos mismos años, en donde se había aprobado que dicha suma se destinaría a la revalorización de aportes.

Estableció que si bien en gracia de discusión, se hubiera demostrado que la normatividad aplicable permitiera el reparto equitativo del remanente, no se había demostrado con prueba documental, ni tampoco con la testimonial rendida: el número total de afiliados de la cooperativa, con el cual se pudiera realizar la división que arrojará el valor de la proporción que correspondiera a la actora.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante** interpuso recurso de apelación, manifestando que, si bien en la demanda se había solicitado como carga dinámica de la prueba conforme al artículo 167 del CGP, que a petición de parte o de oficio se allegará por parte de la demandada los siguientes documentales: planillas, hoja de vida, balance general consolidado y estados financieros correspondientes 2015 y 2016. Aportándose así toda la documental pertinente, así como también lo hizo la cooperativa, incluso el consolidado solicitado.

Motivo por el cual no comparte lo decidió por el Despacho, por cuanto se ha demostrado que le asiste derecho a la demandante a esos excedentes o esas revalorizaciones que se están solicitando durante los años 2015 y 2016, derecho que fue reconocido por el mismo representante legal de la cooperativa, al manifestar que esos fondos educacionales o aportes sociales que se estaban generando al interior de la cooperativa, la demandante nunca tuvo ningún beneficio, ni tampoco tuvo acceso a los mismos. En cuanto a los remanentes, ni siquiera el apoderado, ni el representante legal de la cooperativa tuvieron conocimiento cuantos afiliados tuvo la cooperativa, por consiguiente, era la misma cooperativa quien tenía la carga de la prueba de manifestar cuantos asociados tenían en su momento la cooperativa, no correspondiéndole esa carga a la demandante, por cuanto ella no estaba en la parte administrativa, ni manejó alguna información privilegiada, de manera que, lo que se prueba es que con los balances entregados y los estados financieros sí hubo remanentes entregados en su momento, los cuales debieron haber sido repartidos a los asociados.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En consonancia con el recurso de alzada, corresponde a esta Sala de decisión determinar si debe reconocerse a favor de la demandante retorno de remanentes de excedentes en relación con el uso de los servicios o la participación en el trabajo por parte de la cooperativa demandada durante el tiempo en que estuvo como trabajadora asociada.

Existencia del convenio de trabajador asociado

Frente a este aspecto, se tiene que no existe discusión en cuanto a que la demandante ostentó la calidad de trabajadora asociada para la cooperativa demandada entre el 21 de mayo de 2015 al 23 de noviembre de 2016, calidad que se adquirió a través de un convenio de trabajo asociado para ejercer la actividad de vigilante, tal y como se evidencia de las documentales obrantes a folios 113 a 117.

Remanentes de excedentes

Para resolver la controversia es necesario analizar en su integridad los artículos 54 a 56 de la Ley 79 de 1988, que fue la normatividad que reguló el tema frente a las Cooperativas de Trabajo Asociado, en las cuales se dispone lo siguiente:

“Artículo 54. Si del ejercicio resultaren excedentes, estos se aplicarán de la siguiente forma: Un veinte por ciento (20%) como mínimo para crear y mantener una reserva de protección de los aportes sociales; un veinte por ciento (20%) como mínimo para el Fondo de educación y un diez por ciento (10%) mínimo para un Fondo de solidaridad.

El remanente podrá aplicarse, en todo o parte, según lo determinen los estatutos o la asamblea general, en la siguiente forma:

- 1. Destinándolo a la revalorización de aportes, teniendo en cuenta las alteraciones en su valor real.*
- 2. Destinándolo a servicios comunes y seguridad social.*
- 3. Retornándolo a los asociados en relación con el uso de los servicios o la participación en el trabajo.**
- 4. Destinándolo a un Fondo para amortización de aportes de los asociados.*

Artículo 55. No obstante lo previsto en el artículo anterior, el excedente de las cooperativas **se aplicará en primer término a compensar pérdidas de ejercicios anteriores.**

Cuando la reserva de protección de los aportes sociales se hubiere empleado para compensar pérdidas, la primera aplicación del excedente será la de establecer la reserva al nivel que tenía antes de su utilización.

Artículo 56. Las cooperativas podrán crear por decisión de la asamblea general otras reservas y fondos con fines determinados.

Igualmente podrán prever en sus presupuestos y registrar en su contabilidad, incrementos progresivos de las reservas y fondos con cargo al ejercicio anual”.

Así mismo, se observa de los estatutos de la cooperativa, que en sus artículos 108 y 109, se estipuló:

“artículo 108: el ejercicio económico de la cooperativa será anual y se cerrará el 31 de diciembre, el balance general consolidado será sometido a la aprobación de la asamblea acompañados de los demás estados financieros, en caso de quedar excedentes cooperativos se harán las siguientes asignaciones dentro de los límites establecidos por la Ley.

1. Un 20% para la reserva de protección de sus aportes legales que ampare el capital.
2. Un 20% para el fondo de educación cooperativa de los asociados.
3. Un 20% para el fondo de solidaridad, con el fin de otorgar auxilio para el asociado en caso de calamidad.
4. El remanente se distribuirá según lo establecido por la asamblea general de acuerdo a lo estipulado en el artículo 54 de la Ley 79 de 1988, ajustándose automáticamente a las disposiciones posteriores que rijan la materia.

Artículo 109: la asamblea podrá ordenar que se constituyan fondos especiales debidamente reglamentados para ciertos fines, tales como reintegro, amortización de aportes, o apropiarse más para incrementar más los fondos legales conformados con cuotas de los asociados, las sumas necesarias para tales fines se tomarán del remanente de que trata el artículo anterior”.

Como bien se puede apreciar no se estipuló dentro de los estatutos de la cooperativa el pago de excedentes de capital de utilidades, como lo solicita la parte actora en su escrito de demanda, sin embargo, al estipularse en el numeral 4° que los remanentes se distribuirán según lo establecido por la asamblea general de acuerdo a lo estipulado en el artículo 54 de la Ley 79 de 1988, se entienden entonces que lo pretendido se asocia a lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 54, esto es, al retorno de excedentes a los asociados en relación con el uso de los servicios o la participación en el trabajo.

Respecto de lo cual no cabe duda que le asiste ese derecho a la demandante, pues así lo contempla la misma norma. No obstante, debe tenerse en cuenta que el otorgamiento del mismo no se hace de manera automática, sino que previamente se deben repartir los excedentes entre crear y mantener una reserva de protección de los aportes sociales, para el Fondo de educación y lo restante se distribuye en los aspectos consignados en la norma o en los que la cooperativa determine en sus estatutos, como bien se transcribió anteriormente. Así mismo, al ser excedentes se entiende dineros que sobran de los balances, el inventario y el estado de resultados, que como bien lo establece el artículo 53 de la Ley 79 de 1988, se hace a final de cada año, por lo tanto, no se trata de un reconocimiento permanente.

De otro lado, conforme las normas transcritas se tiene que la asamblea general es el máximo organismo social y por ende es potestativo de tomar decisiones respecto del

patrimonio de la cooperativa, así como determinar el procedimiento más lógico de dicha destinación, al revisarse la documental anexa se tiene que la asamblea distribuyó todos los excedentes generados en el ejercicio económico del año 2015 y 2016, como se puede ver a folios 188 a 193, 196 a 227, sin que dentro de las mismas se tuviera en cuenta capitalización alguna o retorno en cabeza de los asociados, de tal suerte que, la demandante no tiene derecho al reconocimiento de excedentes, cabe resaltar que los asociados participan en cada una de estas asambleas en donde conocen el estado financiero de la cooperativa y las distribuciones que surgen de la misma, siendo entonces en dicha oportunidad que el asociado debe poner de presente en caso de existir excedentes de remanentes que los mismos sean distribuidos de manera equitativa, incluyéndose la repartición para cada uno de los asociados.

Aunado a ello, se observa que dentro de las reuniones de asamblea realizadas durante el tiempo en que la actora estuvo como trabajadora asociada, que la cooperativa realizó las distribuciones correspondientes de los remanentes como lo establece la norma de cooperativismo, así mismo se evidencia que a folio 19 del expediente la cooperativa canceló a la actora en la liquidación final excedentes la suma de \$8.563. En tal sentido se tiene entonces, que la cooperativa cumplió con la carga de prueba, si bien la demandante no tenía la obligación de poner de presente al Juez de primera instancia, cuántos asociados tenía la cooperativa para la época, pues claramente es una información con la cual no cuenta, sí era su deber demostrar que existieron excedentes de remanentes para el retorno a los asociados en relación con el uso de los servicios o la participación en el trabajo, como bien ya se dijo; o en dado caso acreditar que la distribución de los remanentes conforme lo hizo la demandada no estuvo ajustada, acreditándose de manera detallada las deficiencias frente a esa distribución, ni siquiera se evidencia de las reuniones de asamblea en donde participó la demandante que manifestará alguna inconformidad relacionada con lo solicitado.

Ahora, si bien esos excedentes pueden ser utilizados por el asociado en los servicios que ofrezca la cooperativa, como lo sería el de educación no se vislumbra tampoco que la actora los hubiere solicitado y que los mismo hubieren sido negados, sin que ello se puede establecer de lo narrado por el testigo EDISON SÁNCHEZ GUEVARA, quien también fue trabajador asociado de la cooperativa y quien manifestó que había solicitado el apoyo para estudiar teniendo en cuenta el convenio que tenía la cooperativa con el ICETEX y el mismo había sido negado, pues su dicho se basó en aspectos personales, más no que le hubiere sucedido a la actora.

Así las cosas, no tiene más esta Sala de decisión que **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.

COSTAS:

COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandante.

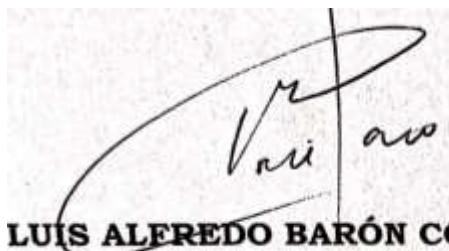
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ- SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte actora.

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 parte demandante en la suma de \$100.000.



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 JEIMMY LILIANA CLEVES contra
QUEST GROUP SAS Y solidariamente contra ROBERT BOSCH LTDA

En Bogotá D. C. a los (26) días del mes de marzo 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 **JEIMMY LILIANA CLEVES ANTONIO** se **declare** que existió una relación laboral con la sociedad QUEST GROUP S.A.S. regida por un contrato de trabajo a término indefinido y cuyos extremos temporales fueron entre el 1° de marzo de 2010 y el 30 de abril de 2016, se **declare** que las actividades de asesoría en ventas realizadas por JEIMMY LILIANA CLEVES en favor de la sociedad ROBERT BOSCH LTDA. califican como labores propias de la actividad de ROBERT BOSCH LTDA, se **declare** la responsabilidad solidaria de los demandados QUEST GROUP S.A.S. y ROBERT BOSCH LTDA., siendo QUEST GROUP S.A.S. obligado principal y ROBERT BOSCH LTDA obligado solidario, de acuerdo a lo establecido en el art. 34 del CST, se **declare** que el 30 de abril de 2016 la sociedad QUEST GROUP S.A.S dio por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa, se **declare** que QUEST GROUP S.A.S. adeuda el valor de la indemnización por despido sin justa causa a la demandante, se **declare** que QUEST GROUP S.A.S. adeuda los salarios causados entre el 13 de abril de 2016 y el 30 de abril de 2016, se

declare que la sociedad QUEST GROUP S.A.S., adeuda el valor de la sanción prevista en la ley 50 de 1990, por no consignación de las cesantías de 2015 en el fondo PORVENIR, al que se encuentra afiliada la demandante, se **declare** que la QUEST GROUP S.A.S. adeuda el valor de la sanción por el pago tardío de los intereses sobre las cesantías previstas en el Decreto Reglamentario 1072 de 2015 art. 2.2.1.3.8 por los intereses causados en 2015 a favor de la demandante, se **declare** que la sociedad QUEST GROUP S.A.S. adeuda el valor de la indemnización moratoria contemplada en el art. 65 del CST, por el retardo injustificado en el pago de las prestaciones sociales causadas en los años 2015 y 2016, puesto que el contrato laboral efectivamente terminó el 30 de abril de 2016 y la liquidación fue pagada hasta el 3 de noviembre de 2016.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a la sociedad QUEST GROUP S.A.S. y solidariamente a la sociedad ROBERT BOSCH LTDA., al pago de la indemnización por despido sin justa causa por causa del contrato a término indefinido que existió con JEIMMY LILIANA CLEVES ANTONIO, se **condene** a la sociedad QUEST GROUP S.A.S. y solidariamente a la sociedad ROBERT BOSCH LTDA., al pago de los salarios adeudados entre el 13 de abril de 2016 y el 30 de abril de 2016, se **condene** a la sociedad QUEST GROUP S.A.S. y solidariamente a la sociedad ROBERT BOSCH LTDA., al pago de la indemnización prevista en la Ley 50 de 1990, por no consignación de las cesantías en el fondo PORVENIR al que se encuentra afiliada la demandante, se **condene** a la sociedad QUEST GROUP S.A.S. y solidariamente a la sociedad ROBERT BOSCH LTDA. a pagar la sanción por pago tardío de los intereses sobre las cesantías, **condene** a la sociedad QUEST GROUP S.A.S. y solidariamente a la sociedad ROBERT BOSCH LTDA. a pagar la indemnización moratoria, por falta de pago de salarios y prestaciones sociales adeudadas, se **condene** a la sociedad QUEST GROUP S.A.S. y solidariamente a la sociedad ROBERT BOSCH LTDA. al pago de la indexación de las sumas adeudadas, se **condene** a la sociedad QUEST GROUP S.A.S. y solidariamente a la sociedad ROBERT BOSCH LTDA. al pago de los demás derechos probados durante el proceso, de acuerdo a las facultades extra y ultra petita, se **condene** a la sociedad QUEST GROUP S.A.S. y solidariamente a la sociedad ROBERT BOSCH LTDA., al pago de las costas que se generen en el proceso (fls. 7 a 9).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls.5/7) se señalaron en síntesis que el 1° de marzo de 2010, la demandante JEIMMY LILIANA CLEVES

ANTONIO suscribió con la sociedad QUEST GROUP S.A.S un contrato laboral a término indefinido, que las sociedades QUEST GROUP S.A.S y ROBERT BOSCH LTDA. mantenían una relación contractual consistente en la vinculación laboral de personal por parte de QUEST GROUO S.A.S. para ser enviado posteriormente a prestar sus servicios a favor de ROBERT BOSCH LTDA., que la demandante fue contratada por QUEST GROUP S.A.S. para el cargo de asesora de ventas y la labor fue ejecutada exclusivamente en favor de la sociedad demandada ROBERT BOSCH LTDA., que la sociedad ROBERT BOSCH LTDA. era quien daba las orientaciones y ejercía subordinación jurídica sobre la demandante, que la actividad de ventas consistía en ofrecer productos calentadores de la marca ROBERT BOSCH en los almacenes Homecenter, que el salario durante la relación laboral fue de \$689.455 más comisiones por ventas variables entre \$100.000 y \$200.000 pesos, que en el mes de mayo de 2015 la demandante JEIMMY LILIANA CLEVES ANTONIO informó sobre su estado de embarazo a la sociedad QUEST GROUP S.A.S., que el 8 de mayo de 2015 la sociedad QUEST GROUP S.A.S. pese a conocer el estado de embarazo de la demandante le notificó que a solicitud de la sociedad ROBERT BOSCH LTDA. su contrato laboral sería terminado desde el 6 de junio de 2015, sin justa causa, que el 16 de junio de 2015 la Defensoría del Pueblo envió comunicación a la sociedad QUEST GROUP S.A.S. solicitando el reintegro de la demandante por gozar de estabilidad reforzada por su condición de embarazo, que el 17 de junio de 2015 la demandante fue reintegrada por parte de QUEST GROUP S.A.S., que entre el 6 de enero de 2016 y el 12 de abril de 2016 la demandante se retiró temporalmente para gozar de su licencia de maternidad, que el valor de la licencia de maternidad no le fue cancelada a la demandante, pese a que la E.P.S. FAMISANAR consignó la licencia de maternidad a la sociedad QUEST GROUP S.A.S. el 10 de marzo de 2016 en cuantía total de \$2.252.236, que el 13 de abril de 2016 la demandante JEIMMY LILIANA CLEVES ANTONIO regresó a sus labores, que el 14 de abril de 2016, dos días después de terminada la licencia de maternidad la sociedad QUEST GROUP S.A.S. le notificó que a solicitud de la sociedad ROBERT BOSCH LTDA la terminación sin justa causa del contrato laboral a partir del 30 de abril del 2016, que el contrato de trabajo suscrito entre JEIMMY LILIANA CLEVES ANTONIO y la sociedad QUEST GROUP S.A.S. fue terminado durante el período de protección de lactancia, que la sociedad QUEST GROUP S.A.S. no consignó el valor de las cesantías del año 2015, ni tampoco el valor proporcional por lo trabajado en el año 2016 de las

cesantías causadas por la demandante, que la sociedad QUETS GROUP S.A.S. pagó tardíamente el valor de los intereses sobre las cesantías de los años 2015 y 2016 a favor de la demandante, que el 3 de noviembre de 2016 la sociedad QUEST GROUP S.A.S le pagó a la demandante la suma de \$4.325.590 por concepto de liquidación y licencia de maternidad, que a la demandante no se le realizó el pago por despido sin justa causa y que a la señora JEIMMY LILIANA CLEVES ANTONIO le fue pagada tardíamente la liquidación de sus acreencias laborales toda vez que su contrato laboral finalizó el 30 de abril de 2016 y el pago de la liquidación se efectuó el 3 de noviembre de 2016.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La empresa **ROBERT BOSCH LTDA** contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó no admitir los numerales 2, 3, 4, 8, 13 y 21, en relación a los demás señaló no constarle, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación y la solidaridad laboral; y prescripción (fls. 98 a 106).

La empresa **QUETS GROUP S.A.S.** contestó a través de curador ad litem quien se opuso a las pretensiones y manifestó no constarle los hechos de la demanda, propuso como excepción prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 37 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 22 de noviembre de 2018, **declaró** que entre la demandante y la empresa QUETS GROUP S.A.S. había existido un contrato a término indefinido el cual se desarrolló entre el 1° de marzo de 2010 al 30 de abril de 2016, por cual se pactó un salario para el año 2015 de \$649.988 y para el 2016 de \$689.455, **condenó** a la demandada QUETS GROUP S.A.S. a reconocer y pagarle a la demandante las siguientes sumas:

- a. *“Salarios causados entre el 13 de abril de 2016 al 30 de abril de 2016, en el monto de \$413.673.*
- b. *Sanción por pago tardío de los intereses a las cesantías generadas en el año 2015, en la suma de \$86.879.*
- c. *Indemnización por no consignación a las cesantías generadas en el año 2015, por valor de \$1.646.636.*

- d. Indemnización moratoria por la demora en el pago de la liquidación del contrato de trabajo, en la suma de \$4.205.676.*
- e. Indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo por valor de \$3.054.945, debidamente indexado.*
- f. Indemnización por despido en estado de lactancia por la suma de \$1.378.910”.*

Absolvió a la demandada ROBERT BOSCH LTDA de las pretensiones incoadas en su contra, **declaró** no probadas las excepciones propuestas y **condenó** en costas a la empresa QUETS GROUP S.A.S. en la suma de \$500.000 (CD fl.144)

Como argumento de su decisión, refirió que teniendo en cuenta la documental aportada al expediente no existía duda en cuanto a la relación laboral que había ligado a la demandante con la empresa QUETS GROUP S.A.S., como sus extremos temporales, seguidamente se pronunció frente a las acreencias laborales solicitadas, indicando que el contrato laboral había finalizado el 30 de abril de 2016 y solo hasta el 3 de noviembre del 2016, se había hecho el pago efectivo de la liquidación de prestaciones sociales y la licencia de maternidad; liquidación en la cual se relacionaba: cesantías de enero de 2015 al 30 de abril de 2016; prima de enero de 2015 al 30 de abril de 2016; vacaciones del 30 de marzo de 2014 al 30 de abril de 2016; obraba también extracto de cuenta de ahorros del mes de noviembre de 2016 del BANCO DE BOGOTÁ en donde se evidenciaba que a la demandante se le había consignado la suma de \$4'325.490 el día 3 de noviembre del año 2016, sin embargo, consideró que de la liquidación de prestaciones no se encontraba acreditado el pago de los salarios del 13 al 30 de abril de 2016.

En cuanto a la sanción por el pago tardío de los intereses de las cesantías, indicó que dicha obligación correspondió a la causada en el año 2015 proporcionalmente al año 2016, que había sido pagada siete meses con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo. Frente a la sanción por no consignación del auxilio de cesantías y la indemnización moratoria, procedió analizar la buena fe, aduciendo que en el primer despido de la demandante se había producido el reintegro por gozar de fuero de estabilidad laboral al encontrarse en condición de embarazo, resultando curioso, que solo ante el requerimiento que hacía la Defensoría Del Pueblo la empresa había procedido a reintegrarla, estableciendo con lo expuesto que el reintegro no se había producido por motivación o convicción particular, sino en virtud de la

intervención administrativa. Adujó que no había quedado acreditado el cumplimiento de la obligación de consignar el valor correspondiente del auxilio de cesantías conforme lo establecía la Ley 50 de 1990 en su Artículo 99, sin que existiera justificación de su actuar, por lo que procedió a condenar sobre esta pretensión.

En lo que tiene que ver con la indemnización moratoria, señaló que el curador ad litem había manifestado que el pago de las prestaciones se había realizado el día 3 de noviembre de 2016, es decir, en un plazo razonable, para lo cual se preguntaba qué era un plazo razonable un mes, dos meses o hasta siete meses, como había ocurrido en el presente caso, aspecto por el cual tampoco consideraba que resultará ser una razón justificativa, pues no se evidenciaba que la empresa hubiera hecho gestiones para esa época a fin de realizar el pago, condenando a la respectiva sanción hasta el 3 de noviembre de 2016, momento en que se realizó el pago de las prestaciones sociales, sosteniendo que si bien había quedado un saldo insoluto respecto de los salarios, dicho valor resultaba inferior, lo cual no daba lugar a que siguiera corriendo la moratoria.

Respecto a la solidaridad adujo que la empresa ROBERT BOSCH LTDA había asegurado que el contrato que lo había unido con la empresa QUEST GROUP SAS correspondió a un contrato de prestación de servicios de naturaleza civil y comercial, el cual estuvo vigente entre el 19 de enero al 6 de junio de 2015, no existiendo dentro del plenario prueba de otro contrato antes del 19 de enero de 2015, sin embargo, correspondía analizar la responsabilidad alegada teniendo como base dicho contrato, frente al cual se observaba que la empresa QUEST GROUP SAS se comprometía a efectuar una prestación del servicio como impulsador de ventas de productos de BOSCH en los puntos de venta, con la finalidad de apoyar las labores de promoción comercial y la venta de productos, celebrada entre ROBERT BOSCH LTDA y QUEST GROUP SAS.

Hizo referencia al objeto social de ambas empresas, considerando que la empresa ROBERT BOSCH LTDA no tenía a su cargo la fabricación, importación, ni exportación, considerando que lo que eventualmente se ajustaba era la comercialización que era en lo que se justificaba la relación que se hizo a través del contrato comercial, pero a pesar de existir esa similitud, no podía colegir que se había incumplido con la prohibición

indebida de tercerización de los servicios, resaltando lo manifestado por el representante legal de la empresa ROBERT BOSCH LTDA, quien había dicho que la comercialización de los productos fabricados por la empresa en el país no se realiza a través de puntos comerciales de manera directa, sino a través de la venta de empresas masivas en el país con las respectivas importaciones.

Agrega, que revisado el certificado de cámara y comercio de la empresa ROBERT BOSCH LTDA no se tenía asignado un establecimiento comercial con el cual se pudiera poner en duda lo mencionado por el representante legal, indica que la comercialización de la que hace referencia el objeto social consiste en la negociación de manera directa con las grandes cadenas nacionales que compren de manera masiva los productos, mientras que la comercialización a través de impulsores que es la actividad que se circunscribe a la empresa QUEST GROUP SAS es a efectos de impulsar los productos que en este caso lo fueron los calentadores con los clientes de cadena, es decir, que no fueron clientes directos de ROBERT BOSCH LTDA, sino que lo fue a modo de ejemplo HOMCENTER, aunado a que la fecha del contrato de prestación de servicios entre ROBERT BOSCH LTDA y QUEST GROUP SAS para la fecha de la causación de las condenas impuestas ya había desaparecido la fuente legal del contrato de prestación de servicios.

Por último, advirtió el *a quo* que la demandante en su interrogatorio de parte había pretendido establecer que el verdadero empleador había sido ROBERT BOSCH LTDA, pues a su juicio había señalado que era quien impartía las ordenes a través del señor MAURICIO CASTILLO quien era gerente de dicha empresa, como lo había reconocido el representante legal que controlaba horario y cumplimiento de metas, pero tal aspecto se desbordaba del problema jurídico trasado en el presente proceso, de manera que no haría pronunciamiento a ello, pues violaría el debido proceso, por lo que se abstendría hacer referencia respecto de las facultades ultra y extra petita.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que se había probado mediante testimonio y pruebas documentales la existencia de una solidaridad entre ROBERT BOSCH LTDA y QUEST GROUP SAS conforme a lo dispuesto en el artículo 34 del CST,

probándose que las actividades desarrolladas por la demandante de asesora de ventas eran del giro ordinario de ROBERT BOSCH LTDA, es decir, una actividad necesaria en el proceso productivo de la empresa. Ahora, en cuanto a que la relación comercial de las demandadas había cesado, generaba duda, pues la credibilidad que sustentaba dicho argumento, se vio desvirtuado con lo manifestado por la señora JEIMMY LILIANA CLEVES, la carta de terminación expedida por QUEST GROUP SAS en el año 2016 y el testimonio practicado.

Adicionalmente, la señora JEIMMY LILIANA CLEVES se encuentra en una posición de subordinación y debilidad frente a las 2 empresas, dentro de las cuales difícilmente puede tener una información completa, debe tenerse en cuenta que las dudas respecto de las relaciones laborales no deben endilgarse a los trabajadores, por lo que lo acaecido con QUEST GROUP SAS resulta irrelevante.

Parte demandada QUEST GROUP SAS a través del curador ad litem, también interpuso recurso de apelación argumentando que le fueron realizados todos y cada uno de los pagos a que tenía derecho la demandante, resaltó que si bien la Defensoría el Pueblo presentó una solicitud respetuosa a la empresa QUEST GROUP SAS, lo cierto es que dicho documento no es un documento vinculante, es simplemente un concepto que solicitó la demandante y por tratarse de un ente de control se expidió dicha solicitud, es de lo que se puede deducir de las pruebas aportadas.

De lo anterior, se entiende que la empresa lo que hizo fue un acto de buena fe para evitar congestión en la Rama Judicial con una tutela que muy fácilmente se hubiera podido presentar por parte de la demandante a fin de ser reintegrada, por consiguiente, la accionada actuó de buena fe al pagarle los salarios que se dejaron de percibir y pagar su licencia de maternidad con posterioridad. Resaltó que si bien la demandante afirma que informó a la empresa de su estado de embarazo en el mes de mayo fecha para la cual fue despedida, lo cierto es que el documento que se está aportando como prueba en el presente asunto tiene como fecha de recibido del 16 de junio de 2015, es decir, que no existe prueba que soporte que efectivamente la empresa tenía conocimiento del estado de embarazo de la demandante para el momento en que fue despedida.

Por otro lado, sostiene que de la liquidación de prestaciones sociales aportada evidencia que la demandada pagó con unos meses de posterioridad, la suma de \$4.325.490 que incluye tanto la liquidación como los salarios dejados de percibir, así como también el pago de las cesantías e intereses a las cesantías, demostrándose así que sí se realizó el pago total de los emolumentos para los cuales tenía derecho.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Previo a establecer los problemas jurídicos, se advierte que en el presente asunto no fue objeto de controversia el despido de la demandante y posterior reintegro, por encontrarse aforada por su estado de embarazo, como quiera que no fue parte del litigio, si bien fue tema del cual el Juez hizo alusión en su decisión fue más por poner contexto las actuaciones desplegadas por el empleador durante la vigencia de la relación laboral, más no porque se estuviera discutiendo si procedía o no el reintegro para ese momento, de manera que la Sala no hará alusión a tal asunto como lo solicita la curadora ad litem, aunado a que lo pretendido por la parte actora consistió únicamente en el reconocimiento de acreencias adeudadas posteriores al reintegro, indemnización por ser despedida mientras gozaba de licencia de maternidad, que es un asunto diferente y el reconocimiento de otras indemnizaciones. Tampoco se hará pronunciamiento respecto de si la empresa ROBERT BOSCH LTDA actuó como verdadero empleador, teniendo en cuenta que el *a quo* se abstuvo a realizar pronunciamiento sobre ello.

Así las cosas, se tiene entonces que los problemas jurídicos a resolver en el presente asunto consisten en determinar si la empresa demandada QUEST GROUP SAS pagó a la actora los salarios causados entre el 13 al 30 de abril de 2016, de igual manera se determinará si se demostró que actuó de buena fe y por consiguiente si debe ser eximida al reconocimiento de la sanción por no consignación a las cesantías e indemnización moratoria. Por último, se analizará si la empresa ROBERT BOSCH LTDA debe responder solidariamente por las condenas impuestas en primera instancia.

Relación laboral

No fue objeto de controversia la relación laboral que existió entre la señora JEIMMY LILIANA CLEVES con la empresa QUEST GROUP SAS conforme se observa a folios 31 a 35 del expediente, de donde se colige que entre las partes existió un contrato laboral a término indefinido entre el 1° de mayo de 2010 al 30 de abril de 2016, para desempeñarse en el cargo de asesora de ventas, devengando como salarios, para el año 2015 la suma de \$649.988 y para el año 2016 la suma de \$689.455.

Salarios adeudados

Reconoce la parte demandante que la empresa QUEST GROUP SAS le consignó la suma de \$4.325.490 correspondiente a la liquidación final de prestaciones, sin embargo, considera que dentro de dicho valor no se encuentra incluidos los salarios del 13 al 30 de abril de 2016, a folio 44 se encuentra liquidación final de prestaciones, en el cual la actora acepta el pago de todos los emolumentos laborales por parte de la empresa accionada, documento que además se entiende verídico, pues no fue tachado de falso por la demandada, en donde aparecen como conceptos liquidados: cesantías del 1 de enero de 2015 al 30 de abril de 2016, intereses a las cesantías del 1° de enero de 2015 al 30 de abril de 2016, prima del 1° de enero de 2015 al 30 de abril de 2016, vacaciones del 1° de marzo de 2014 al 30 de abril de 2016, para un total de \$2.073.354.

A folios 40 a 41 se encuentra la liquidación de la licencia de maternidad de la demandada efectuada por FAMISANAR EPS y el correspondiente comprobante de pago a favor de la empresa QUEST GROUP SAS, por la suma de \$2.252.236, de manera que al restarse de los \$4.325.490 consignados a la demandante el valor de la liquidación final de prestaciones, esto es, la suma de \$2.073.354, queda un saldo de \$2.252.136, el cual se asemeja al valor de la licencia de maternidad, de manera que al no haberse especificado por parte de la demandada que conceptos fueron los que se consignaron a la demandante, se entiende conforme a las sumas aritméticas referidas que consistió en el valor de la liquidación final de prestaciones y el valor de la licencia de maternidad, comprobándose así que no se encontraba incluido

dentro del valor de la consignación los salarios solicitados, razón por lo se tiene que el *a quo* no se equivocó en ordenar el reconocimiento de los salarios.

Cesantías e intereses a las cesantías

Establece el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que al 31 de diciembre de cada año se deberá hacer la liquidación definitiva de **cesantías**, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo. Indica también la norma que el valor liquidado por concepto de cesantías se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantías que el mismo elija.

Respecto a los **intereses a las cesantías** el empleador tiene como plazo máximo para que sean canceladas hasta el 31 de enero de cada año, como lo dispone el numeral 2 del artículo 1° de la ley 52 de 1975, frente a lo cual la CSJ SL rad. 43897 de 2015, ha señalado *“Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantías, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año”*,

En el asunto bajo estudio, teniendo en cuenta la liquidación final de prestaciones se reconoció por parte del empleador que adeudaba las cesantías e intereses a las cesantías correspondientes al año 2015, teniendo en cuenta que la relación laboral finalizó el 30 de abril de 2016, era deber del empleador conforme a las normas antes citadas, consignar las cesantías a más tardar el 14 de febrero de 2016 y los intereses a más tardar el 31 de enero de 2016, situación que en efecto no hizo, por consiguiente, deberá acarrear las consecuencias de su omisión como lo tuvo por sentado el *a quo*.

Indemnización del art. 65 CST y sanción por no consignación a las cesantías

En lo referente a estas dos indemnizaciones 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, para determinar si hubo buena fe en la actuación del empleador, se deben considerar los elementos y **las circunstancias existentes al momento de la finalización del vínculo laboral**, que se supone es el momento en que el empleador debe satisfacer las obligaciones económicas que tiene con el trabajador, tal y como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 08 de abril de 2008 con radicado No. 29999, posición reiterada en sentencia del 24 de enero de 2012, expediente No. 37288.

Por consiguiente, no es dable analizar en el presente caso el comportamiento del empleador para el momento en que ocurrió el primer despido de la demandante y que generó su reintegro, pues es un asunto que como bien ya se dijo no se encuentra en controversia, de manera que, las actuaciones del empleador se deberán analizar en el segundo despido, frente a lo cual no encuentra esta Sala de decisión razones valederas por las cuales pueda ser exonerado de las indemnizaciones reclamadas, toda vez que el pago de acreencias laborales debe efectuarse una vez finalizada la relación laboral, como lo establece el artículo 65 del CST y no 7 meses después como lo hizo la empresa demandada, máxime que aún adeudada el pago de los salarios del mes de abril de 2016, por lo tanto, la imposición de estas sanciones se encuentran ajustadas a derecho, en cuanto a la forma en como fueron liquidadas esta Corporación no se pronunciara por no haber sido un argumento del recurso de apelación.

Responsabilidad Solidaridad

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. No obstante, la máxima Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, también ha sostenido que no solamente debe tenerse en cuenta el objeto social del contratista y del beneficiario de la obra, sino también las características de la actividad específica desarrollada por el trabajador, tal y como se puede ver en la sentencia SL 309 del 3 de febrero de 2021, en la cual se trae a colación sentencias emitidas por dicha corporación relacionadas con el tema, así:

*“De esta suerte, para enervar las consecuencias derivadas de dicho precepto, debe demostrarse que la labor desplegada por el contratista independiente, no guarda relación de conexidad con la actividad misional del beneficiario o dueño de la obra (CSJ SL7459-2017), **lo que significa que los recurrentes en el desarrollo de los cargos, deben acreditar que la obra o el servicio contratado no hace parte de «una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico»** (CSJ SL, 5 feb. 2014, rad. 38651).*

sentencia CSJ SL, 25 sep. 2012, rad. 39048, se dijo:

En todo caso, el argumento se cae de suyo; la inconformidad de la censura no consiste exactamente en un yerro fáctico evidente con vocación de desquiciar la declaratoria de solidaridad, como lo quiere hacer ver el impugnante; si los certificados de las cámaras de comercio presentan diferencias entre los objetos sociales de las codemandadas, tal situación no, necesariamente, conduce inexorablemente a inferir la ocurrencia de la excepción de la mencionada garantía prevista en el artículo 34 del CST, pues esta se da, cuando lo contratado “se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa [la contratante]”; por tanto, a nada conduce la sola circunstancia de que las empresas contratantes tengan diferencias en su objeto social.

Así mismo, en sentencia CSJ SL4400-2014, reiterada en CSJ SL2262-2018, esta Sala de Casación señaló que «(.) la solidaridad se presenta cuando la actividad ejecutada por el contratista independiente cubre una necesidad propia del beneficiario y, además, cuando constituye una función directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto social, que por lo mismo desarrolla éste»; que «(.) para su determinación puede tenerse

en cuenta no sólo el objeto social del contratista y del beneficiario de la obra, sino también las características de la actividad específica desarrollada por el trabajador”.

Atendiendo lo señalado y de conformidad con los certificados de existencia y representación legal de cada una de las empresas demandadas, se observa que la empresa QUEST GROUP SAS tiene como objeto social los siguientes:

“diseñar, desarrollar, producir y comercializar actividades de marca y actividades BTL, logística de eventos, la comercialización de eventos de terceros, la contratación de modelos, degustadoras, impulsadores, la asesoría de mercadeo, publicidad y marketing deportivo, diseño, desarrollo, producción y comercialización de material publicitario, diseño, desarrollo, producción, comercialización, distribución, importación y exportación de todo tipo de artículos, elementos, ropa y accesorios deportivos, realizar operaciones de comercio internacional y/o exterior, ejercer, impulsar, gestionar, contratar y adelantar cualquier clase de acto de comercio y/o jurídico lícito, comprar, vender, permutar y enajenar toda clase de bienes muebles e inmuebles, corporales e incorporables, celebrar toda clase de actos de comercio, tales como compraventas, agencia comercial, consignación, mandato, corretaje, comisión, importación, exportación, arrendamiento, concesión, cesión de derechos contractuales, constituyendo agencias filiales en el país o en el exterior”. entre otras (fl.28 a 30).

De otro lado, la empresa ROBERT BOSCH LTDA tiene como objeto social:

“fabricar, comercializar, importar y exportar, partes, piezas, componentes, accesorios, conjuntos y subconjuntos de motores de automóviles y vehículos, equipos de sonido y accesorios, herramientas eléctricas y neumáticas, productos del hogar, calentadores y calderas de agua y de gas, maquinarias y equipos industriales y equipos para talleres de reparación, máquinas para envolver y empacar en general, máquinas usadas para la industria de alimentos, productos de mecánicas precisas y alta precisión, dispositivos y equipos electrónicos de protección a bienes” entre otras (fls. 82 a 97).

Si bien de los objetos sociales establecidos en los certificados de cámara de comercio antes referidos podría inferirse que no existe conexidad entre la labor desarrollada por la demandante y giro ordinario de la empresa ROBERT BOSCH LTDA, pues la demandante fue contratada como asesora de ventas, lo cierto es que de lo declarado por el representante legal de la empresa ROBERT BOSCH LTDA y la demandante, dejan entre ver una situación distinta, pues por su parte el representante legal manifestó que la actividad de la empresa consiste en importar productos a través de sus fábricas alrededor del mundo vendiendo directamente a los consumidores y tiendas en Bogotá, como por ejemplo HOMECENTER, de ahí que se contraten empresas para el impulso de la marca, pero no cuenta con tienda, ni venden el productos directamente.

Por su parte la demandante manifestó que prestó sus servicios para la empresa QUEST GROUP SAS como impulsadora de los productos de la marca ROBERT BOSCH LTDA dentro del almacén HOMCENTER. Frente a lo cual se puede concluir que la labor desarrollada por la demandante sí tenía conexidad con el giro ordinario de ROBERT BOSCH LTDA, como quiera que entre las mismas se encuentra la de comercializar, además de que la labor desarrollada por la demandante permitía la explotación económica del objeto principal de la empresa, esto es, vendiendo sus productos ante los almacenes de cadena como lo fue en este caso HOMCENTER, lo cual implica que se deba declarar la responsabilidad solidaria pretendida, sin que sea argumento de exoneración el que no se haya aportado otro contrato de prestación de servicios entre la empresa QUEST GROUP SAS y ROBERT BOSCH LTDA con el cual se demuestre que el contrato entre ellos siguió vigente más allá del 7 de junio de 2015, toda vez que con solo observa la carta de terminación del contrato laboral de la demandante, se dice que a solicitud de la empresa ROBERT BOSCH LTDA se decide dar por terminado el contrato, demostrándose con ello que el contrato de prestación de servicios entre QUEST GROUP SAS y ROBERT BOSCH LTDA siguió vigente durante el resto del tiempo en que la demandante prestó sus servicios laborales.

Por tales motivos, no queda más que **REVOCAR PARCIALMENTE** la decisión de primera instancia.

COSTAS:

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada QUEST GROUP SAS, las de primera estarán a cargo de las dos empresas demandadas.

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:

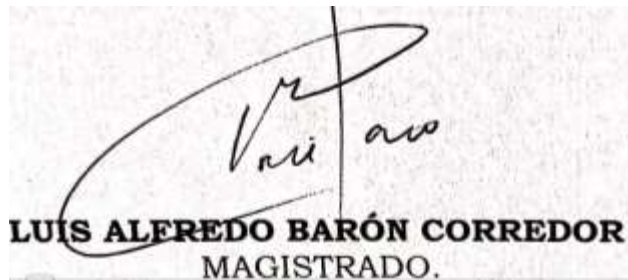
PRIMERO: REVOCAR el ordinal tercero de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar declarar como responsable solidario respecto de las condenas impuestas a la demandada

ROBERT BOSCH LTDA, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS a cargo de la parte demandada QUEST GROUP SAS, las de primera estarán a cargo de las dos empresas demandadas.

Notifíquese y cúmplase



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

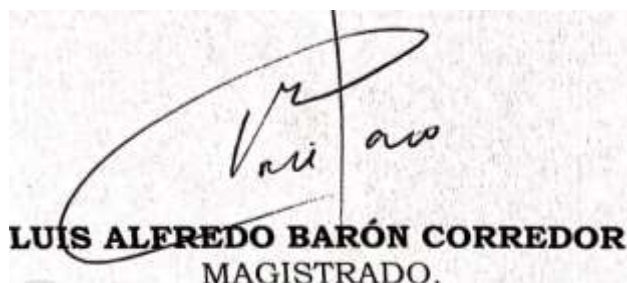


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandada QUEST GROUP SAS en la suma de \$ 900.000. para cada una.



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 AUDBERTO ORJUELA PEREA
CONTRA YOR MERY CUBILLOS GÓMEZ.**

En Bogotá D. C. a los (25) días del mes de marzo 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 **AUDBERTO ORJUELA PEREA** se **declare** que existió un contrato de trabajo con la señora YOR MERY CUBILLOS GOMEZ entre el 7 de septiembre de 2016 al 30 de marzo de 2017, se **declare** que la parte demandada incumplió al no cancelarle todos los conceptos que ordena la ley. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a la señora YOR MERY CUBILLOS GÓMEZ a cancelar cesantías e intereses a las cesantías, se **condene** a cancelar prima de servicios, se **condene** a pagar compensación en dinero de las vacaciones, se **condene** a la demandada a consignar ante el Fondo de pensiones al que se encuentre vinculado el demandante, el faltante de los aportes en pensión por la cuantía efectivamente devengada y no por la del salario mínimo por la cual se estuvo cotizando, se **condene** a la señora YOR MERY CUBILLOS GÓMEZ, a cancelar por concepto de indemnización moratoria, un día de salario por cada día de retraso desde el 7 de septiembre del 2016 y hasta cuando se cancelen los conceptos que causan esta indemnización la cual a la fecha de presentación de la demanda asciende a

la suma de \$31.302.974, se **condene** a la señora YOR MERY CUBILLOS GÓMEZ, a cancelar por concepto de indemnización por despido sin justa causa, 15 días de salario teniendo como base para tal liquidación el último salario devengado para un total de \$1.495.365, se **condene** a la señora YOR MERY CUBILLOS GÓMEZ a cancelar la sanción contemplada en el art. 99 de la ley 50 de 1990 por la no consignación de las cesantías en el fondo de cesantías elegido por el demandante y se **condene** Ultra y Extra Petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls.2/4) se señalaron en síntesis que el señor AUDBERTO ORJUELA PEREA laboró como conductor del vehículo de carga con placas SRC552 mediante contrato verbal y al servicio de la señora YOR MERY CUBILLOS GÓMEZ desde el 7 de septiembre del 2016 hasta el 30 de marzo del 2017, que la prestación del servicio se realizó en las carreteras del territorio nacional, que durante la relación laboral se prestó el servicio de manera personal, bajo la subordinación y dependencia de la señora YOR MERY CUBILLOS GÓMEZ, quien le daba las órdenes directamente y pagaba el salario como contraprestación de los servicios, que se pactó como contraprestación el salario mínimo más el 10% del producido bruto de cada viaje, que solo le canceló los salarios mínimos pero nunca le tuvo en cuenta el 10% de los viajes debiéndole en salarios la suma de \$19.419.397 pesos y que en los libros solo hacían figurar el salario mínimo, que la señora YOR MERY CUBILLOS GÓMEZ, no canceló las sumas correspondientes a primas, cesantías e intereses a las cesantías, no efectuó la afiliación a la seguridad social, no efectuó las consignaciones de las cesantías al Fondo correspondiente y que la señora YOR MERY CUBILLOS GÓMEZ solicitó la devolución del vehículo el 30 de marzo del 2017, porque le haría unos arreglos, siendo esta la fecha del despido sin justa causa, supuestamente alegando la causal de terminación unilateral del contrato por justa causa por parte de la empleadora, numeral 2 del art. 62 del C.S.T. sin un verdadero proceso disciplinario y burlando el derecho de defensa del trabajador.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

YOR MERY CUBILLOS GÓMEZ contestó por medio de CURADOR AD LITEM oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones y condenas de la demanda y propuso como excepciones de fondo aquellas que se prueben

dentro del proceso. **(fls. 110/112).** **Posteriormente, la demandada dio poder al curador ad litem, para que la representara (fl.113).**

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 31 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 22 de octubre de 2018, **absolvió** a la demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante AUDBERTO ORJUELA PEREA, **condenó** a la parte demandante AUDBERTO ORJUELA PEREA al pago de costas y agencias en derecho, en cuantía de \$100.000. (CD fl.364)

Como argumento de su decisión, señaló el *a quo* que en el interrogatorio de parte absuelto por la demandada se confesaba la prestación del servicio, aduciendo que conocía al demandante, porque había hecho con él un contrato de prestación de servicios, para manejar un vehículo por 7 meses, pero no de manera continua y permanente, lo cual se probaba con la documental aportada al proceso, en donde se podía ver que el demandante había fungido como conductor del vehículo de placas SRC552 entre el 17 de septiembre del año 2016, 19 de septiembre del año 2016, 21 de septiembre del año 2016, 22 de septiembre del año 2016, 24 de septiembre del año 2016 y 27 de septiembre del año 2016.

De otro lado, estableció el *a quo*, que se había allegado al proceso unos documentos denominados gastos de viaje, sin embargo, en estos documentos no existía firma alguna, que indicará quién los había elaborado. Adicionalmente, señaló que en el presente caso, no se podía determinar la prestación del servicio del actor a favor de una sola empresa, por el contrario, de los documentos allegados al expediente aparecían liquidaciones de viajes con otras empresas, obraba una liquidación de un viaje para el 18 de noviembre del año 2016, con la empresa es TRANSERGES S.A., a folio 28 aparecía una certificación de BOTERO SOTO - SOLUCIONES LOGÍSTICAS, se había aportado también un contrato de transporte del año 2010, pero el mismo se encontraba por fuera de los términos en los cuales se alegaba la existencia de una relación laboral; también se había aportado uno para el 23 de enero de 2017 y otro para el 6 de febrero del 2017, uno por un valor de \$1'578.720 y otro por un valor de \$4'.660.000.

Concluyendo con lo anterior, que no se había prestado un servicio continuó durante el periodo alegado a favor de las dos empresas, por lo que el actor no había cumplido con la carga probatoria que le incumbía. No obstante, refirió la *a quo* que si en gracia de discusión se omitiera que se probó la prestación de servicio durante todo el tiempo que se aducía, el demandante tenía la obligación de haber demostrado la existencia de una subordinación y dependencia, sin embargo, dentro del plenario no existía documento alguno que indicará que el presunto servicio prestado por el actor a favor de la demandada fuera subordinado, por lo tanto, en este caso se debía descartar los documentos que no tenían firma y el cuaderno que no se sabía quién lo había elaborado, tampoco se tenía conocimiento a que empresa transportadora se encontraba afiliado el vehículo de placas SRC552.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandante** interpuso recurso solicitando se analice cada una de las pruebas allegadas al proceso, puesto que en interrogatorio rendido por la demandada se dijo que el actor había trabajado para ella durante 7 meses, por lo que debía tenerse en cuenta que si bien la accionada no era una empresa de transporte, sí ejercía esas funciones al ser la dueña del vehículo con el cual el actor trabajaba, en donde se había pactado un contrato verbal de trabajo en el cual se había comprometido a pagarle el 10% de cada una de las planillas de los viajes que él realizará. Alega, que no es cierto que la demandada no tuviera ninguna relación con las empresas con las que había laborado el actor, por cuanto se encontraba probado con las planillas que las mismas estaban a nombre de la señora YOR MERY CUBILLOS, que los pagos se hacían a nombre de ella y que ella era quien ejercía el dominio de su vehículo, por lo tanto, era quien le daba las ordenes al actor para desplazarse.

Manifiesta el recurrente que la demandada en su interrogatorio había dicho que no había consignado ni un solo peso al demandante, porque según ella, el señor sacaba la plata de las planillas y él mismo se pagaba, cosa que no es cierta, porque ella misma había aportado unos cheques, que supuestamente, le habían girado al actor pagándole algunos de los viajes que había realizado, entonces, por esta razón, no es de recibo la sentencia

proferida en primera instancia, por consiguiente, debe condenarse a la demandada a las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Debe la Sala determinar si las partes estuvieron ligadas por una relación laboral dependiente y subordinada, o si, por el contrario, lo que existió fue un contrato de prestación de servicios profesionales, ejecutado en forma autónoma e independiente por la demandante 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 líbello demandatorio.

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, pues así lo reconoció la demandada en su interrogatorio de parte, además de demostrarse con la documental que milita a folios 11 a 87 del plenario, 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 que se ejecutaron los contratos existentes entre las partes, esto es, si el actor actuaba con autonomía técnica y directiva, o si por el contrario se encontraba subordinado.

Como bien ya se señaló en el presente caso, está establecido que el actor prestó sus servicios personales como conductor del vehículo automotor de placas SRC 552 de propiedad de la demandada señora YOR MERY CUBILLO GÓMEZ, actividad que se desarrolló por 7 meses como lo reconoció la accionada en su declaración, aunque el *a quo* manifiesta que dicha labor no fue continua, del material probatorio se observa una situación distinta, pues existen unos documentos denominados *“manifiesto electrónico de carga”* y *“orden de pago de liquidación planilla”*, con los cuales se evidencia que el actor realizó viajes a favor de la demandada los días 17, 19, 21, 22, 24 y 27 de septiembre de 2016, 12, 18 y 26 de octubre de 2016, 4, 10, 18, 21, 24 y

29, de noviembre de 2016, 2, 7, 15, 20, 23 y 27 de diciembre de 2016, 7, 12, 24 y 25 de enero de 2017, 3 y 21 de febrero de 2017, 17, 21 y 24 de marzo de 2017, demostrándose con ello que durante los 7 meses ejercicio su actividad de manera permanente, pues debe tenerse en cuenta que al ser conductor por lo general su labor no se ejerce todos los días, sino que su actividad se desarrolla cada vez que se programen los respectivos viajes, los cuales implican largas jornadas de trabajo, dependiendo del recorrido que le haya sido asignado, además de tener que estar el resto del tiempo al servicio de quien lo contrató.

Nota también la Sala que la *a quo* incurrió en error en asegurar que los viajes que realizaba el demandante eran para otras empresas y que no se tenía constancia a que empresa transportadora se encontraba afiliado el vehículo de placas SRC552, por lo que no encontraba del material adjunto pruebas suficientes para declarar la existencia del contrato, aspecto que no resulta ser ciertos, pues al revisarse la documental que reposa a folios 222 a 243 queda en evidencia que el vehículo de propiedad de la demandada realizaba viajes a favor de varias empresas tales como EDUARDO BOTERO SOTO Y CIA LTDA, TRANSPORTES CENTROLIMA LTDA, TG LOGISTICA S.A., entre otras, durante la vigencia de la relación laboral alegada, lo que acredita aún más la prestación del servicio del actor de manera continua, toda vez que aparecen viajes realizados en todos los meses señalados en la demanda, incluso en respuesta al derecho de petición presentado por el apoderado de la demandada a la empresa BOTERO SOTO SOLUCIONES LOGÍSTICAS, ésta manifiesta que tuvo contratos de transporte con el vehículo de placas SRC552 tanto en el año 2010, como lo indicó la Juez de primera instancia, que claramente se encuentra por fuera de los extremos reclamados, pero también indicó que le prestó el servicio el 23 de enero de 2017 y 6 de febrero de 2017, fechas en las que se encontraba laborando el actor para la accionada (fl.355). Adicionalmente, a folios 249, 251, 257, 259 y 260 se encuentra orden de pago de liquidación a favor de la demandada emitida por las empresas a las cuales se les prestaba el servicio de transporte y donde aparece el actor en calidad de conductor.

Probándose con lo anterior, que no es cierto como lo manifestó la señora YOR MERY CUBILLOS GÓMEZ en su interrogatorio de parte que ella nunca le pagó directamente al demandante, sino que él siempre tomaba de los viajes

el dinero que le correspondía, situación que se muestra contraria con la documental antes referida, ya que allí se ve que los pagos de los viajes eran recibidos por la llamada a juicio, aspecto que además se corrobora con un correo electrónico en el cual la señora YOR MERY CUBILLOS le reclama a la señora LILIANA MORALES secretaria de TRANSPORTES CENTROLIMA LTDA que no le aparecían los pagos o consignaciones en su cuenta (fl.247).

Adujo, también la demandada que con el cuaderno aportado al proceso se puede ver como el actor realizaba sus cuentas y sacaba de los viajes sus honorarios, al revisarse el respectivo cuaderno que se encuentra a folios 119 a 211, no se logra apreciar quien lo elaboró, sin embargo, de dicho material probatorio lo que deja en evidencia es la subordinación del actor para con la demandada, toda vez que allí se lleva el control de los gastos del vehículo en cada uno de los viajes realizados y el control que le hacía la accionada en cada uno de estos viajes, controles que además tenía que ver con la velocidad del vehículo, kilómetros recorridos y peajes; inclusive la accionada le tenía un programa denominado SICE TAC al vehículo con el cual realizaba el seguimiento del mismo, como lo afirmó en su declaración, aportando un CD que contiene un strack monitoreo entre septiembre de 2016 a marzo de 2017 (fl.213), aspectos que dejan ver que el actor no realizaba su labor de manera autónoma e independiente, pues su actividad estaba guiada y monitoreada por la señora YOR MERY CUBILLOS.

Ahora, si bien la demandada señaló que el actor había sido autónomo en su actividad porque conocía del mercado de transporte de carga, por lo tanto, era quien conseguía los viajes, dicha manifestación tampoco resulta ser suficiente para establecer la ausencia del contrato alegado, pues precisamente como también lo dijo la testigo el actor cuenta con habilidades como conductor, aspectos por los cuales le facilitaba conseguir las empresas para las cuales transportar, situación que beneficiaba a la señora YOR MERY CUBILLOS como dueña del vehículo, de lo cual no puede considerarse que no dependiera de ella para realizar los viajes, pues como bien ya se analizó el señor AUDBERTO ORJUELA PEREA estaba a disposición y control de la demandada, razones más que suficientes para declarar la existencia el contrato laboral.

Extremos laborales y salario

En cuanto a los **extremos laborales** refiere la parte actora que el vínculo laboral con la demandada inició el 7 de septiembre de 2016 y finalizó el 30 de marzo de 2017. No obstante, tales extremos no fueron reconocidos por la demandada, pues si bien aceptó que el actor laboró para ella por 7 meses no especificó los días en que se ejerció la actividad, de manera que, para poderlos determinar es necesario remitirse a la documental obrante dentro del proceso, encontrando como primera fecha de viaje el **17 de septiembre de 2016** y como última fecha **24 de marzo de 2017**, por lo que se tomaran estas fechas como los extremos de la relación laboral.

En cuanto al **salario**, se tendrá el **SMLMV** como lo manifestó el actor en la demanda, pues sobre dicho monto no existió controversia, en lo que tiene que ver con el 10% adicional al SMLMV por cada viaje realizado, la parte demandada no reconoció tal rubro, sin que obre dentro del expediente pruebas suficientes para su reconocimiento, motivo por el cual habrá de absolverse al mismo.

Acreencias laborales

Al no evidenciarse que la demandada hubiere pagado al actor las acreencias que por Ley le corresponden se impartirá condena a las mismas conforme se solicitó en el libelo introductor, en las siguientes sumas y conceptos:

Primas: \$369.261

Vacaciones: \$184.630

Cesantías: \$369.261

Intereses a las cesantías: \$11.611

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 demandada, 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 anterior, teniendo en cuenta que no se demostró que se hubiera afiliado al demandante a un fondo de pensiones por parte de la demandada, forzoso resulta condenarla a realizar la afiliación del señor AUDBERTO ORJUELA PEREA al Fondo de Pensiones de su escogencia y el consecuente pago de la reserva actuarial que determine dicho fondo de pensiones del periodo comprendido entre el 17 de septiembre de 2016 al 24 de marzo de 2017, teniendo como salario base el SMLMV de cada año.

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, para determinar si hubo buena fe en la actuación del empleador, se deben considerar los elementos y las circunstancias existentes al momento de la finalización del vínculo laboral, que se supone es el momento en que el empleador debe satisfacer las obligaciones económicas que tiene con el trabajador, tal y como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 08 de abril de 2008 con radicado No. 29999, posición reiterada en sentencia del 24 de enero de 2012, expediente No. 37288.

Durante el devenir del presente proceso, se dejó en evidencia que la demandada quiso ocultar la verdadera relación que existió entre las partes, haciendo creer que se trató de un contrato de prestación de servicios, cuando claramente la labor ejercida por el actor como conductor del vehículo de su propiedad estuvo regido por un contrato de carácter laboral, pues se demostraron varios de los elementos que lo caracterizan en las actuaciones desplegadas por la señora YOR MERY CUBILLOS, quien a pesar de

observarlos hizo caso omiso, mostrando así su mal actuar, lo cual conlleva a la imposición de las sanciones solicitadas.

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 sanción por no consignación a las cesantías corresponde a un día de salario por cada día de retardo, en caso de que se adeuden las cesantías de años consecutivos, la indemnización se liquida desde la insatisfacción de la primera consignación con la base salarial que debió tomarse para calcular la cesantía dejada de consignar y cuando haya incumplimiento por segunda vez, el monto de la sanción seguirá causándose con base en el salario vigente en el año en que se causó la cesantía dejada de depositar y así sucesivamente.

Se tiene entonces que el empleador tenía hasta el 14 de febrero de 2017 para consignar las cesantías proporcionales del año 2016, situación que no hizo por lo que la sanción comenzó a correr a partir el 15 de febrero de 2017 hasta el 24 de marzo de 2017, fecha de terminación de la relación laboral por lo que le incumbe reconocer la suma de **\$919.273,3**. En cuanto al año 2017, momento en que finalizó la relación laboral aún no había surgido la obligación para el empleador de consignarlas.

En lo que respecta a la **indemnización moratoria** al no haberse acreditado las razones de incumplimiento en el pago de las acreencias laborales por parte de la demandada, ni haberse justificado su comportamiento, le incumbe el reconocimiento de la indemnización solicitada en la suma de **\$24.590,56** pesos diarios a partir del 25 de marzo de 2017 y hasta que se haga efectivo su pago de conformidad con lo establecido en el parágrafo 2° del artículo 65 del CST.

Despido sin justa causa.

Frente al particular, ha de indicarse que en reiteradas oportunidades la

jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ha referido sobre la carga demostrativa a la que se somete cada una de las partes en discusión sobre la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral y ha sostenido que la demostración del despido le corresponde al actor y la justificación o comprobación de las causales o hechos que motivaron la decisión, le corresponden a la demandada.

Sostuvo la demandada en su declaración que dio por finalizado el contrato con el actor bajo los siguientes motivos: que el carro había quedado varado en el Municipio de Honda-Tolima un viernes, y que él la había llamado solo hasta el sábado cuando ya estaba en su casa, que había quedado varado por transmisión, por lo que le dijo que le iba a enviar un mecánico, quien llegó a las 2 de la tarde, pero el demandante ya estaba en Ibagué, refirió que muchas veces le dijo al actor que le llevara el carro para hacerle mantenimiento pero nunca lo hizo.

Otro de los motivos, consistió en que se dio cuenta que el actor cobraba los saldos de los anticipos, por ejemplo; pedía por anticipos \$1.300.000, sobre el cual únicamente le entregaba \$1.000.000 de pesos. Por otro lado, se dio cuenta a través del programa SICE TAC los excesos de velocidad del vehículo y frenadas bruscas por parte del actor, jugando así con su patrimonio.

Si bien los anteriores hechos, podrían considerarse motivos para dar por finalizada la relación laboral con justa causa, lo cierto es que no obra dentro del plenario prueba que acredite que tales hechos fueron puestos en conocimiento al actor, incumpléndose de esta manera con lo dispuesto en el artículo 66 del CST, en consecuencia, se condenará a la accionada al pago de la indemnización de que trata el art. 64 el CST., por lo que, una vez efectuadas las operaciones matemáticas del caso, se tiene que la misma asciende a la suma de **\$737.717.**

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 31 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la existencia de un contrato laboral entre el demandante AUDBERTO ORJUELA PEREA con la señora YOR MERY CUBILLOS GÓMEZ desde el 17 de septiembre de 2016 al 24 de marzo de 2017, periodo en el cual se desempeñó como conductor, devengado como salario el SMLMV, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la señora YOR MERY CUBILLOS GÓMEZ a las siguientes sumas y conceptos:

Primas: \$369.261

Vacaciones: \$184.630

Cesantías: \$369.261

Intereses a las cesantías: \$11.611

Sanción por no consignación a las cesantías: en la suma de \$919.273,3

Indemnización moratoria: en la suma de \$24.590,56 pesos diarios a partir del 25 de marzo de 2017 y hasta que se haga efectivo su pago.

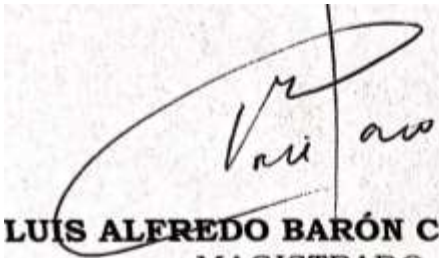
Indemnización por despido sin justa causa: la suma \$737.717.

TECERO: CONDENAR a la demandada señora YOR MERY CUBILLOS GÓMEZ a realizar la afiliación del señor AUDBERTO ORJUELA PEREA al Fondo de Pensiones de su escogencia y el consecuente pago de la reserva actuarial que determine dicho fondo de pensiones del periodo comprendido entre el 17 de septiembre de 2016 al 24 de marzo de 2017, teniendo como salario base el SMLMV de cada año.

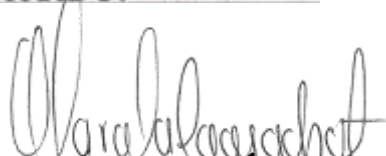
CUARTO: ABSOLVER a la señora YOR MERY CUBILLOS GÓMEZ de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda.

QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la demandada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

Notifiquese y cúmplase



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

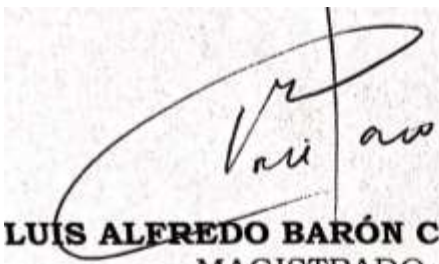


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandada en la suma de \$ 900.000.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE TERESA DEL PILAR CUBILLOS GARCÍA CONTRA HENRY ANTONIO DELGADO FERNÁNDEZ

En Bogotá D. C. a los veinticinco (25) días del mes de marzo 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

La señora **TERESA DEL PILAR CUBILLOS GARCÍA** solicita se **declare** que entre las partes existió un contrato de mandato, en virtud del cual gestionó defensa judicial a favor del demandado dentro del proceso ejecutivo hipotecario que se llevó a cabo en el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá, se **declare** que el demandado es responsable de los perjuicios ocasionados respecto de la no cancelación de sus honorarios profesionales. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** al demandado al pago del valor acordado como honorarios o en subsidio la remuneración usual que se acostumbra, que debe ser fijada sobre el valor total que a la fecha de la sentencia arrojaría la liquidación del crédito, teniendo en cuenta lo ordenado en el mandamiento de pago o la cuantía que determine la prueba técnica que se solicita, se **condene** a la indexación desde la fecha en que quedó

ejecutoriada la sentencia y hasta aquella en que se pague los honorarios reclamados, se **condene** al pago de intereses moratorios, liquidados teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 884 y 886 del Código de Comercio, desde la ejecutoria de la sentencia y hasta cuando se efectuó el pago de lo que le corresponde, se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas procesales (fls. 2 a 3).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fl. 3 del plenario en los cuales se manifestó que el demandado contrató los servicios profesionales del abogado JHON GROVER ROA SARMIENTO, quien posteriormente le sustituyó el poder, para llevar su representación dentro del proceso ejecutivo hipotecario, formulando excepciones y recursos correspondientes, tramitado el asunto, recibió decisión de fondo mediante sentencia proferida el 4 de febrero de 2013, mediante la cual el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá, declaró probada la excepción de prescripción, de esa manera su gestión profesional libró al demandado de la obligación que se le ordenó pagar en el mandamiento ejecutivo, asegura que el mandante en el poder que le otorgó al abogado ROA SARMIENTO, renunció a la facultad de revocar el mandato, lo cual podía hacer única y exclusivamente presentando paz y salvo del apoderado, de donde se tiene certeza que el abogado jamás se comprometió a trabajar gratuitamente para el demandado, que requirió el pago de sus honorarios sin resultado positivo.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

El señor **HENRY ANTONIO DELGADO FERNÁNDEZ** contestó a través de **curador ad litem** oponiéndose a las pretensiones de la demanda y manifestándole no constarle los hechos de la demanda, propuso como excepciones genérica e inexistencia de la obligación (fls. 39 a 41).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de fecha 6 de noviembre de 2018, el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá, **condenó** al señor HENRY ANTONIO DELGADO

FERNÁNDEZ a pagar a favor de la demandante la suma de \$5.862.441 por concepto de honorarios profesionales, suma debidamente indexada, **declaró** no probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la curadora ad litem y **condenó** en costas al demandado en la suma de \$403.700 (**CD fl.167**).

Como argumento de su decisión, la *a quo* hizo referencia a las pruebas documentales aportadas al proceso, así como de lo declarado por el testigo JOSÉ GUILLERMO ROA SARMIENTO, estableciendo que del análisis de las pruebas se tenía probada la labor que había realizado la demandante como apoderada judicial del demandado; siendo claro que en principio el señor HENRY DELGADO había otorgado poder al abogado JOHN ROA SARMIENTO para que lo representara en el proceso 1999-2310 del BANCO CENTRAL HIPOTECARIO que se había adelantado en el Juzgado 19 civil del circuito civil de Bogotá, quien posteriormente le sustituyó el poder a la abogada TERESA DEL PILAR CUBILLOS GARCÍA, quién acreditó haber actuado en calidad de apoderada del demandado durante los años 2010 a 2014, efectuando diferentes actuaciones. Aclarando la Juez, que si bien la actora no había sido precisamente quien había propuesto la excepción de prescripción que había resultado probada, lo cierto era que la apoderada desde el mismo momento en que le habían sustituido el poder había ejecutó diferentes actuaciones ante el juzgado de instancia y ante el Tribunal Superior dentro del proceso ejecutivo hipotecario número 1999-2310.

En cuando al valor de los honorarios, señaló la sentenciadora que no existía prueba de lo pactado entre las partes que, si bien se había manifestado que el pago se iba hacer a cuota litis, no entendía cómo se iba a pactar un proceso a cuota litis si el señor Henry Delgado no fungía como demandante dentro del proceso hipotecario, sino como demandado, considerando que lo procedente era dar aplicación a la tabla de honorarios de CONALBOS, que señalaba:

“Ejecutivo con título hipotecario o prendario: 3 SMLMV más un porcentaje sobre el valor del crédito a un 10% hasta 50 millones y un 5% en adelante.

Los honorarios en representación del demandado se fijarán teniendo en cuenta un valor del 50% de los honorarios fijados para la actuación del apoderado de la parte actora, pero si se presentan excepciones previas y perentorias el incidente se aumentará en un 10%”.

Determinado con lo anterior, expuso que el crédito cobrado era la suma de \$148.540.184,14, 3 SMLMV equivalen a la suma de \$2.343.726, el 5% sobre del valor del crédito por tratarse de una suma superior a 50 millones, es de \$7.427.009 para un total de \$9.970.935, el 60% teniendo en cuenta el incremento que establece el artículo 5° del 10% sería de \$5.862.441, que sería el valor que le correspondería a la demandante como honorarios.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión **la parte actora** interpuso recurso de apelación argumentando que aceptaba de la sentencia la afirmación de que la demandante ejecutó adecuadamente el trabajo que le correspondía como apoderada del demandado dentro del proceso ejecutivo hipotecario, labor por el cual tiene derecho a recibir una justa remuneración por su trabajo.

No obstante, se opone a la forma en cómo se efectuó la liquidación de los honorarios, por cuanto quedó demostrado dentro del proceso a través de la prueba testimonial que se había pactado unos honorarios del 50% de cuota litis sobre las sumas respecto de las cuales no se pudo hacer el cobro en contra del demandado dentro del proceso ejecutivo, acuerdo que se había realizado de manera verbal, que el hecho que de hubiere sido verbal no perdía su naturaleza de acuerdo entre las partes, demostrándose así que se pactaron unos honorarios por cuota litis, los cuales son lo usual dentro de la tarifa de CONALBOS, establecidos en el punto 21, en el cual refiere que no podrán ser inferior al 30%, ni superior al 50%, que el hecho de que hubiere sido por cuota litis no significaba que se desvirtuara su naturaleza, pues la parte demandada se había beneficiado con el no pago de las sumas que bien podría haber sido condenado de no haber existido la gestión favorable del abogado.

Agrega, que en el presente caso las sumas por la cuales se ordenó el pago de honorarios son excesivamente bajas en relación con la calidad y transcendencia económica de la gestión realizada, observando la sentencia del 4 de febrero de 2013, que resolvió el proceso ejecutivo hipotecario, en ella se tenían los siguientes datos: el capital a cobrar \$123.503.500, los cuales se estaban cobrando desde diciembre de 1998 y cuya decisión se tomó en el 2013, es decir, transcurrieron 14 años, que de no haberse logrado una decisión favorable han debido pagarse intereses a la entidad financiera, los cuales están tasados en la suma mensual de \$1.925.898,078, esta suma mensual por el lapso de 12 meses daría un monto superior de \$23.110.000 en un solo año, en los 13 años que transcurrieron desde diciembre de 1998 hasta la fecha de la sentencia habría alcanzado una suma superior a los \$300.400.000, para un total si hubiere sido condenado de \$423.943.000; razón por la cual debió condenarse al pago de cuota litis del 50% calculado sobre \$423.900.000.

CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala de decisión, establecer si debe ajustarse el valor de la condena efectuada en primera instancia, en el sentido de tener como honorarios pactados entre las partes a cuota litis consistente en el 50% sobre las sumas respecto de las cuales no se pudo hacer el cobro en contra del demandado dentro del proceso ejecutivo 1999-2310, que se llevó a cabo en el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá.

Honorarios profesionales

Como bien se sabe el régimen legal que regula la prestación profesional, es la prevista para el contrato de mandato en virtud de lo definido en el artículo 2144 del Código Civil. Así mismo, en lo referente a la retribución, el artículo 2143 de la misma normatividad dispone que el mandato puede ser gratuito o remunerado y que la remuneración es determinada por la convención de las partes, por la ley o por el juez, lo cual se encuentra en armonía con lo consagrado en el artículo 2184 ibídem, en su ordinal 3º, que prevé que el

mandante está obligado entre otras cosas, a pagar al mandatario “...la remuneración estipulada o usual...”.

De entrada, se tiene que no existe discusión en cuanto a que la profesional del derecho la señora TERESA DEL PILAR CUBILLOS representó al señor HENRY ANTONIO DELGADO FERNÁNDEZ dentro del proceso ejecutivo hipotecario No. 1999-2310 que se llevó a cabo en el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá, proceso en el cual el señor DELGADO FERNÁNDEZ también actuó en calidad de demandado, representación judicial que se dio a través del poder de sustitución que le otorgó el doctor JHON GROVER ROA SARMIENTO como apoderado principal del accionado (fl.386 cuaderno 1), poder que fue reconocido mediante auto de fecha 23 de julio de 2010 (fls. 388 a 390).

Frente a las gestiones judiciales que fueron desplegadas por la profesional del derecho a favor del demandado, las mismas se encuentran demostradas con las documentales allegadas, las cuales consistieron en presentación de beneficio de retracto, recursos de reposición interpuestos, solicitudes de aclaraciones de auto, derechos de petición, memoriales, recurso de súplica, incidente de nulidad, solicitudes de señalamientos para audiencia, asistencia a audiencia, interposición del recurso de apelación, entre otras.

Ahora, en lo que respecta al valor de los honorarios, señala el apelante que con la prueba testimonial quedó acreditado que el valor de los mismos correspondió al 50% de cuota litis sobre las sumas respecto de las cuales no se pudo hacer el cobro en contra del demandado dentro del proceso ejecutivo No.1999-2310. Revisada la declaración rendida por el testigo JOSÉ GUILLERMO ROA SARMIENTO éste manifestó en síntesis que es hermano del señor JHON GROVER ROA SARMIENTO apoderado principal del demandado dentro del proceso hipotecario y ex esposo de la señora TERESA DEL PILAR CUBILLOS demandante dentro del presente asunto, que conoció al señor HENRY DELGADO porque era el hermano de uno de sus compañeros de universidad, quien lo contactó para que lo representará dentro del proceso ejecutivo hipotecario, por lo que le recomendó a su hermano, que desde el

inició le dijo no contar con dinero para pagarle los honorarios, situación por la cual se pactó que los honorarios serían a cuota litis respecto del 50% de lo que lograra rebajar el apoderado del mandamiento de pago, incluido capital, intereses, costas; etc. Posteriormente, como no le dieron honorarios, su hermano se cansó, siendo entonces ese el motivo por el cual le sustituyó el poder a la doctora TERESA DEL PILAR CUBILLOS. Luego, se citaron todos a una reunión incluido el cliente, en la cual se acordó que la demandante continuaría con el proceso ejecutivo en las mismas condiciones en que fue pactado con el doctor JHON GROVER ROA SARMIENTO.

Teniendo en cuenta la anterior declaración, considera esta Sala de decisión que la misma no resulta ser suficiente para establecer que fueron esos los honorarios pactados con la demandante, pues no existe como tal constancia que corrobore lo dicho por el testigo, toda vez que debe tenerse en cuenta que el deponente tiene cierto grado de familiaridad con la actora, así como con el señor JHON GROVER ROA SARMIENTO quien fungía como apoderado principal del demandado dentro del proceso ejecutivo. Ahora, si bien se tenga por cierto que los honorarios se pactaron a cuota litis, de lo dicho por el testigo quedó establecido que tal acuerdo se llevó a cabo principalmente con el doctor JHON GROVER ROA SARMIENTO, sin que exista certeza que de la misma forma se pactaron con la demandante, pues al haber actuado en calidad de apoderada sustituta, los honorarios se pudieron haber pactado de distinta manera con el apoderado principal, pues no existió como tal una revocatoria de poder, de suerte que el señor JHON GROVER ROA SARMIENTO siguió actuado en representación del ejecutado, por consiguiente, resultaba ser partícipe de los honorarios que se generaran, pues previó a sustituir el poder realizó varias actuaciones a favor del demandado, incluso fue quien interpuso el recurso de prescripción que finalmente fue el que lo libró del mandamiento de pago.

Lo anterior, no significa que se esté desconociendo las gestiones realizadas por la demandante, ni que el acuerdo verbal no tenga validez, sino que la prueba traída al proceso no resulta ser contundente para establecer que lo que se pactó frente a los honorarios con el apoderado principal continuó de

la misma forma con la apoderada sustituta y que ella sería quien recibiera el valor total de todos los honorarios como se solicita en la demanda, asunto que se hubiera esclarecido al haberse llamado como testigo al doctor JHON GROVER ROA SARMIENTO. Así las cosas, al no existir certeza de lo pactado, lo correcto era acudir a la tarifa de honorarios fijada por CONALBOS como lo hizo la Juez de primera instancia, pues esta manera se reconocen los servicios efectuados por la actora, cabe resaltar que sobre la forma como la *a quo* liquidó los honorarios de CONALBOS el apelante no hizo reparo alguno, motivo por el cual habrá de **confirmarse** la decisión de primera instancia.

COSTAS

SIN COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

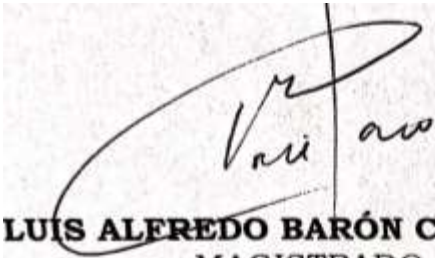
**EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA
REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada proferida por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandante en la suma de \$ 300.000.



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.