



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

Ordinario Laboral 11001 31 05 **019 2020 00 102 01**
Demandante: MAGNOLIA MERCEDES ARISTIZABAL
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y
 COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado HENRY DARÍO MACHADO, identificado con cédula de ciudadanía No. 77.091.125 y T.P. 248528 del C.S. de la J., en los términos y fines del poder conferido.

AUTO:

De manera previa procede la Sala a resolver el recurso de apelación de interpuesto por SKANDIA S.A. contra el auto proferido el 21 de septiembre de 2021 por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, por medio del cual se negó el llamamiento en garantía.

I.- ANTECEDENTES:

SKANDIA S.A. presentó con la contestación de la demanda escrito de llamamiento en garantía, pretendiendo que se vinculara al proceso a la aseguradora MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., al considerar que al

suscribir los distintos de contratos de seguro previsional para cubrir las contingencias de invalidez y muerte, en el evento de una eventual condena a SKANDIA S.A. a retornar los dineros en la cuenta individual de la demandante a COLPENSIONES, así como los gastos de administración, esta obligación debe ser cumplida por la aseguradora en mención.

El Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá en auto proferido en la audiencia que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. negó el llamamiento en garantía

II.- DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

En sustento de la decisión manifiesta que los efectos de una eventual nulidad o ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, se surten respecto de SKANDIA S.A., quien administra los recursos de los aportes de la demandante, sin que se deba emitir orden a la aseguradora MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. respecto del eventual traslado de aportes, puesto que el contrato de seguro cubre los riesgos que se puedan presentar, circunstancia que no se ha presentado.

RECURSO DE APELACIÓN

SKANDIA S.A. presenta recurso de alzada frente a el auto que niega el llamamiento en garantía. Como fundamento de su inconformidad expresó que si bien las pretensiones están dirigidas a obtener la ineficacia del traslado de régimen pensional, el precedente jurisprudencial ha establecido que las administradoras deben asumir de su propio patrimonio los gastos de administración; a su vez el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 determina el porcentaje de destinación de los gastos de administración para las contingencias de invalidez y muerte, sin embargo esos recursos fueron

entregados a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. por medio de los contratos de seguro realizados.

Por ende, quien debe realizar la devolución de la prima pagada como contraprestación legal, es la asegurada objeto del llamamiento.

III. CONSIDERACIONES:

a. Sobre el llamamiento en garantía:

En aras de desatar el objeto del debate resulta oportuno recordar que el llamamiento en garantía es una figura que permite a la parte demandada convocar a juicio a un tercero, cuando se estime que este tiene la obligación legal de responder por la obligación que pudiere existir en cabeza suya. En tal sentir, el artículo 64 del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por remisión expresa del artículo 145 del C.P.T y la S.S, reza:

“Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación”.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL 5031-2019, Radicación No. 71196 del 9 de octubre de 2019, señaló que esta figura aplica cuando quiera que se corrobore que el llamado en garantía debe responder por el derecho que esta peticionando el libelista, al precisar:

“Así, el aludido llamamiento se caracteriza porque una de las partes tiene el derecho contractual o legal de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio o la restitución del pago que llegue a soportar en el juicio, por existir entre él y ese tercero una relación de garantía, es decir, aquella en virtud de la cual ese tercero (garante) está obligado a garantizar un

derecho del demandante y, en consecuencia, a reponer a la parte principal (garantizada) lo que haya dado o perdido en virtud de la acción de otra persona. Pero esa no es la única posibilidad, porque suele suceder, que el derecho a citar al tercero proviene de una relación diferente entre los dos, como cuando se discute en materia laboral, si el empleador se subrogó en la ARL en las prestaciones de ese sistema.

“Aquí, lo importante es que exista un afianzamiento que asegure y proteja al llamante contra algún riesgo, pues eso es la esencial del término “garantía”, esto es, protección o defensa contra el ataque de otro sujeto, que por Ley o por convención, el llamado debe salir a cubrir en nombre del llamante.”

Ahora bien, en el *sub-examine* alega el recurrente que MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A debe ser llamada en garantía en virtud del seguro previsional que fue suscrito con la misma.

No obstante, no debe soslayarse que el juicio que hoy nos convoca gira en torno a establecer si es ineficaz o no el traslado de régimen pensional suscrito por la demandante con la AFP hoy demandada, para que en razón de ello, se ordene su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin que para desatar tal controversia sea necesaria la vinculación de la entidad aseguradora y con ocasión del objeto de la póliza que se contrató con la misma, por manera que no cumple los requisitos exigidos por el legislador para tenerla como llamada en garantía.

De forma adicional no es dable establecer en el estudio del llamamiento en garantía el debate planteado por la AFP, esto es, que la devolución de los gastos de seguros previsionales debe correr a cargo de la aseguradora, en tanto tal situación se debe desatar en la sentencia que ponga fin al proceso, por lo que se reitera, no se advierte que se deba convocar en virtud del llamamiento en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

En virtud de los anterior, se

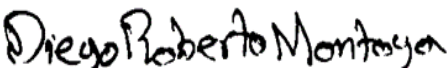
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido el 21 de septiembre de 2021 por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

NOTIFÍQUESE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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

Ahora bien, una vez desatado el recurso de alzada en contra del auto referenciado procede la Sala a proferir la siguiente:

SENTENCIA:

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MAGNOLIA MERCEDES ARISTIZABAL formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A. con la finalidad de que se declare la nulidad del traslado que

efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A., basada en la falta de información proporcionada al momento de su afiliación a la anterior AFP mencionada.

Como consecuencia de lo anterior, se disponga la nulidad de traslado a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA S.A. y a su vez se ordene a esta última a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, así como ordenar a COLPENSIONES afiliar a la demandante.

Solicita igualmente el reconocimiento de la pensión de vejez a su favor por parte de COLPENSIONES, se pague el retroactivo pensional que corresponda, los intereses moratorios que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación de los valores reconocidos.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones manifiesta haber nacido el 21 de febrero de 1966, afiliándose al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 24 de noviembre de 1988 hasta el 30 de abril de 1995, fecha en que suscribió formulario de traslado a la AFP PORVENIR S.A, en donde permaneció hasta noviembre de 1999, para posteriormente trasladarse a COLFONDOS S.A., retornado a PORVENIR S.A. entre mayo de 2002 y abril de 2015, para finalmente afiliarse a SKANDIA S.A. desde mayo de 2015 hasta noviembre de 2019.

Respecto de la desafiliación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y las múltiples afiliaciones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se aduce por la demandante que no se le brindó la suficiente información a efectos de tomar una decisión informada, pues se omitió poner en conocimiento asuntos como su probabilidad de pensionarse en uno u otro régimen, los mecanismos de protección de la pensión de vejez, las

proyecciones de una posible indemnización o devolución de saldos, y genéricamente menciona la falta del deber de información así como el de asesoría y buen consejo.

Por último, resalta la radicación de varias solicitudes de revocatoria directa a las administradoras del régimen de ahorro individual a las cuales estuvo afiliada la demandante, pretendiendo la devolución de los aportes a COLPENSIONES y su desafiliación a las AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. Y SKANDIA S.A.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opone a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad fue libre y voluntaria, por no vislumbrarse ningún vicio del consentimiento, no cumplir con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 para trasladarse en cualquier tiempo.

Formuló las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administrativas del orden nacional y la innominada o genérica

PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones consignadas en la demanda, esgrimiendo que la afiliación de la demandante fue libre y voluntaria precedida de la suficiente información; que no proceden los intereses de mora en el evento de declararse la nulidad del traslado.

Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica

SKANDIA S.A. por su parte se opuso a las pretensiones manifestando que la afiliación de la demandante a la AFP estuvo precedida de la suficiente información, además de haberse realizado voluntaria y libremente, cumpliendo con lo reglamentariamente establecido para la época; además aduce la improcedencia de intereses moratorios, pues no se ha reconocido un derecho pensional.

Propone las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y genérica

Finalmente, COLFONDOS S.A. se opone a todas y cada una de las pretensiones incoadas en el escrito de demanda, pues resalta que la afiliación realizada por la demandante a COLFONDOS S.A. fue libre y voluntaria, nutrida de información suficiente, clara y completa para hacerle conocer las características de cada régimen pensional, así como sus ventajas riesgos y desventajas; de otra parte, que no se configura ningún vicio del consentimiento, por lo cual la demandante está válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Presenta las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 21 de septiembre de 2021 declaró la ineficacia del traslado realizada por la demandante el 7 de abril de 1995, por lo que en consecuencia declaró la vinculación de la accionante a COLPENSIONES como si nunca se

hubiera trasladado, ordenó el traslado de todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de SKANDIA S.A. a COLPENSIONES, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, aportes adicionales y rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración.

Frente a la pretensión de reconocimiento de la pensión de vejez no fue concedida por no cumplir con el requisito de 57 años de edad establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Las excepciones fueron declaradas no probadas.

Para llegar a esa conclusión, la juez trae a colación el precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, estableciendo el alcance del deber de información en cabeza de las AFP, previendo la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se demuestre su inobservancia, destacando la importancia y relevancia respecto del consentimiento, pues este no solo debe estar libre de vicios sino debidamente informado, para así generar una decisión libre e informada que motive el traslado de régimen pensional. Destacó que la simple firma del formulario no es prueba suficiente para demostrar el deber de información.

En ese orden de ideas concluyó que la AFP accionada no acreditó el cumplimiento del deber de información, motivo por el cual resultaba procedente declarar la ineficacia del traslado, lo cual implica la devolución de los depositado en la cuenta de ahorro individual, sin que sea dable descontar suma alguna por concepto de gastos de administración.

De otra parte, señaló que no se acreditan los requisitos legales para acceder a la pensión de vejez, y finalmente absolvió de costas procesales a las convocadas a juicio.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La parte demandante presentó recurso de alzada frente a la negativa del *a-quo* en condenar en costas a las demandadas, pues considera que además de la naturaleza del proceso se presentó un desgaste procesal considerable por la duración del mismo.

Por su parte PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación solicitando se revoque en su integridad la sentencia proferida, ya que en su sentir no se acreditó ningún vicio del consentimiento, aunado a ello que se le restó valor probatorio al formulario de afiliación, resaltando la inexistencia de una obligación de las AFP de guardar documentación sobre la asesoría. De igual manera, que no se valoró la confesión de la demandante en su interrogatorio de parte, dando cuenta que conocía las características mínimas de ambos regímenes pensionales; finalmente, aduce que de conformidad con la sentencia SL 2022 de 2020 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, se deben considerar los traslados horizontales como una voluntad de permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

SKANDIA S.A. presentó inconformidad respecto de la devolución de los gastos de administración, dado que las sentencias en las que se impone esta condena no tienen una identidad ni similitud fáctica con el caso bajo estudio. Asimismo, considera que no existe un sustento legal para la devolución de los gastos de administración, y, por el contrario, del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, el artículo 7º del Decreto 3995 de 2008 y de distintos conceptos de la Superintendencia Financiera, se extrae que no es dable imponer tal obligación. Expone también en su recurso la falta de prueba de la mala fe de SKANDIA S.A. así como la aplicación de la prescripción con relación a los gastos de administración.

Por su parte COLPENSIONES interpuso recurso de apelación frente a la sentencia de primera instancia. Como sustento de su recurso argumenta que la firma del formulario de afiliación es suficiente para demostrar el consentimiento libre e informado del afiliado según la Ley 100 de 1993, sin

existir otro documento que el ordenamiento jurídico demandara para demostrar la información brindada, máxime que no se encontraba consagrada la obligación de doble asesoría para las AFP antes del año 2014.

Por otro lado, también expresa que COLPENSIONES no debe resultar perjudicada por un acto jurídico en el que obra como tercero, pues con las condenas se impone la carga de reconocer la pensión de la demandante en un futuro, aunado a esto hace alusión a la transgresión del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional protegido por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Lo primero que ha de tenerse en cuenta para desatar el problema jurídico, es lo consagrado tanto por el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los cuales establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento

de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el presente proceso, se allega el formulario por medio del cual la señora MAGNOLIA MERCEDES ARISTIZABAL realizó el traslado de régimen a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. el 7 de abril de 1995 (Fl. 331 del expediente digital), asimismo, se presentaron al plenario los formularios diligenciados con COLFONDOS S.A. del 26 de noviembre de 1999 (Fl. 445 expediente digital), HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. del 26 de abril de 2002 (Fl. 330 expediente digital) y el realizado con OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A. del 28 de abril de 2015 (documento 3 de la carpeta CD. FOLIO 210); si bien en los referidos formularios presentados se establece que la decisión es libre y voluntaria, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que aunque en el formulario de afiliación se indique que la afiliación es libre y espontánea, no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró al afiliado la información oportuna y veraz, así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.”*

Seguidamente, en el interrogatorio de parte practicado a la demandante no se vislumbra confesión de haber recibido información clara y completa suministrada en el momento de su traslado a PORVENIR S.A., pues si bien manifestó que no fue presionada para firmar, tal aspecto no es óbice para que la AFP debiera acreditar la debida información sobre las consecuencias y diferencias entre uno y otro régimen pensional.

De otra parte, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que*

desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se avizora prueba que se le haya suministrado a la actora para el año 1995, una “Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye

dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia en la declaratoria de ineficacia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber por la AFP accionada.

Respecto a la inconformidad con relación a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

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

Es así, como al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni los rendimientos financieros ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES puesto que pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión la señora MAGNOLIA MERCEDES ARISTIZABAL.

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993,

dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

En igual sentir, en reciente sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no

produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la*

exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción es imprescriptible por su naturaleza de surgir del derecho a la pensión, por ende, la prescripción para este tipo de acciones no opera, como en el caso que nos ocupa, situación que conduce a la misma inaplicabilidad prescriptiva que se deriva con ocasión a los gastos de administración.

Finalmente, respecto a la inconformidad del demandante sobre en la condena en costas, efectivamente en el artículo 365 del Código General del Proceso aplicable por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la S.S. cuando haya controversia sobre la condena en costas, es claro el numeral primero que se debe condenar en costas a la parte vencida, siendo en este caso COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A. Por consiguiente, se incluirá a estas demandadas en la condena en costas del proceso de primera instancia.

Como corolario de lo anterior se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia.

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

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral sexto de la parte resolutive de la sentencia proferida 21 de septiembre de 2021 por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar condenar en costas a las demandadas COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

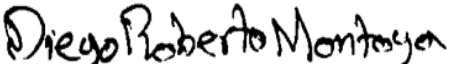
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primera instancia del Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 34 2017 00022 01
Demandante: LUZ DARY RAMÍREZ VARGAS
Demandado: COLPENSIONES Y MARÍA INÉS ORJUELA RAMÍREZ

Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada CINDY BRILLITH BAUTISTA CÁRDENAS, identificada con cédula de ciudadanía 1.022.361.225 y T.P. 237264 del C.S. de la J., en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y la tercera *ad excludendum* señora MARÍA INÉS ORJUELA RAMÍREZ, en contra de la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2021 por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, como quiera que la decisión de primer grado fue adversa a sus intereses, todo de conformidad con lo preceptuado en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LUZ DARY RAMÍREZ VARGAS promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES con la finalidad que se condene a la encartada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente MARIO HERRERA ROJAS (q.e.p.d.), ocurrido el 12 de noviembre de 2015, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, el pago de intereses moratorios, indexación, costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

Asimismo, solicitó en su *petitum* integrar como litisconsorte necesario a la señora MARÍA INÉS ORJUELA RAMÍREZ, quien fue compañera del causante.

Como pretensiones subsidiarias, solicitó el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, intereses moratorios e indexación.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que convivió como compañera permanente con el señor MARIO HERRERA ROJAS (q.e.p.d.), por el periodo comprendido entre el mes de noviembre de 2009 y el 13 de noviembre de 2015, última calenda en que el causante falleció, compartiendo como pareja techo y lecho durante todo el interregno enunciado.

Que como pareja convivieron en el Municipio de Guamo – Tolima desde el mes de noviembre de 2009 hasta el 20 de agosto de 2013, trasladándose luego al Municipio de Flandes – Tolima hasta la fecha del fallecimiento del causante.

Sostuvo que dependía económicamente del causante y era éste quien suplía todos los gastos económicos del hogar, así como que el fallecido sufrió varios quebrantos de salud ya que era hipertenso y diabético, los cuales le desencadenaron una Trombosis, siendo ella quien se ocupara de los

padecimientos de salud del señor MARIO HERRERA ROJAS y quien lo asistiera en los momentos difíciles.

Por último, refirió que el fallecido dejó causados los requisitos para acceder a la prestación de sobrevivencia, pero la entidad negó el derecho por cuanto existía una controversia de los posibles beneficiarios de la pensión, más exactamente con la señora MARÍA INÉS ORJUELA RAMÍREZ.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra. Indicó que no es procedente el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes requerida, en tanto, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el señor MARIO HERNÁNDEZ ROJAS no contaba con las 50 semanas requeridas durante los últimos tres años inmediatamente anteriores a su deceso.

Formuló las excepciones denominadas inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

Una vez la señora MARÍA INÉS ORJUELA RAMÍREZ fue vinculada al trámite como tercera *ad excludendum*, la misma contestó demanda a través de curador *ad litem*, pero en razón a que esta se inadmitió y no fue subsanada, se tuvo por no contestada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 10 de septiembre de 2021, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor MARIO HERRERA ROJAS a la demandante señora LUZ DARY RAMÍREZ VARGAS y a la integrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

como tercera ad excludendum señora MARÍA INÉS ORJUELA RAMÍREZ en la suma de \$14.480.072 para cada una de ellas, valor que deberá pagarse de manera indexada, absolviendo a la entidad de las demás pretensiones formuladas.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar encontrarse plenamente demostrado que el señor MARIO HERRERA ROJAS falleció el 12 de noviembre de 2015, como se aprecia del Registro Civil de Defunción, de ahí que la norma aplicable para el estudio de lo perseguido sea el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

En tal sentido concluyó que el fallecido no dejó causado el derecho para acceder a la pensión de sobrevivientes como quiera que no ostentó la densidad de semanas necesarias, esto es, 50 dentro de los tres años inmediatamente anteriores al fallecimiento, pues entre el 12 de noviembre de 2012 y el 12 de noviembre de 2015 no efectuó ninguna cotización al sistema general de pensiones y a los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Expuso el *a-quo* que, si bien la demandante solicitó la aplicabilidad de la condición más beneficiosa al afirmar que el causante acreditó más de 1000 semanas de cotización exigidas en el Acuerdo 049 de 1990 para acceder a la pensión de vejez, tales supuestos no son aplicables al presente asunto en atención de la interpretación que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia le ha dado a la situación de pensión de sobrevivientes.

Por consiguiente, efectuó el estudio de la pretensión subsidiaria atinente a la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en los términos de que trata el artículo 49 de la Ley 100 de 1993, concluyendo que las señoras LUZ DARY RAMÍREZ VARGAS y MARÍA INÉS ORJUELA RAMÍREZ acreditaron convivencia con el causante por lo menos dentro de los cinco años anteriores al fallecimiento, por lo que atendiendo los principios de equidad y justicia, decidió que el monto de la indemnización debía reconocerse en un 50% para cada una de ellas.

No condenó al pago de intereses moratorios, bajo el entendido que no se encuentran razones atendibles para su imposición, por lo que dispuso que la condena impuesta por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes debía efectuarse de manera indexada.

Finalmente, adujo que, con ocasión de la excepción de prescripción, esta no gozaba de prosperidad.

III. RECURSOS DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Sostuvo en su argumento que no se logró establecer cuáles fueron los extremos de convivencia de las señoras LUZ DARY RAMÍREZ VARGAS y MARÍA INÉS ORJUELA RAMÍREZ respecto del causante, por lo que no es claro que se haya acreditado el requisito de la convivencia de los cinco años anteriores al deceso, lo que implica la absolución de las condenas.

Igualmente, solicitó la absolución de las costas de segunda instancia por cuanto actuó en estricto cumplimiento de la ley y, por ende, no tenía la facultad de determinar quién tenía el derecho en su momento.

La curadora *ad litem* de la integrada como tercera *ad excludendum* señora MARÍA INÉS ORJUELA RAMÍREZ manifestó en su alzada que, si bien el Despacho optó por favorecer la pretensión de la demandante, las pruebas recaudadas no son suficientes para demostrar que la señora LUZ DARY RAMÍREZ VARGAS convivió durante cinco años con el fallecido inmediatamente a su deceso.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales al no existir causal de nulidad que invalide lo actuado, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES bajo los apremios del artículo 69 del C.P.T y de la S.S., la Sala deberá auscultar como primer jurídico si es procedente el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes respecto de las señoras LUZ DARY RAMÍREZ VARGAS y MARÍA INÉS ORJUELA RAMÍREZ.

De salir próspera tal pretensión, se determinará la proporción en que debe distribuirse esa indemnización.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de discusión que el señor MARIO HERRERA ROJAS falleció el 12 de noviembre de 2015, como da cuenta el Registro Civil de Defunción (Fls. 5 a 8).

Asimismo, la Sala deja de presente que atendiendo que el asunto *sub examine* se estudia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, y en virtud a que las partes no apelaron la absolución de la pensión de sobrevivientes decidida por el fallador de instancia, se procederá con el estudio de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, así como su distribución en el evento de salir adelante, de conformidad con el recurso de alzada de la tercera *ad excludendum*.

Una vez determinado lo anterior, se destaca que el fallecido señor MARIO HERRERA ROJAS no cumplió con el requisito de la densidad de semanas preceptuada en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, esto es, acreditar un



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

mínimo de 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, pues según se acredita de la historia laboral que emitiera COLPENSIONES el 21 de junio de 2017 (Fls. 55 a 57), no realizó ninguna cotización por el periodo comprendido entre el 12 de noviembre de 2012 y el 12 de noviembre de 2015.

Ahora bien, el artículo 49 de la Ley 100 de 1993 establece:

“ARTÍCULO 49. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la presente Ley.”

El artículo 37 de la Ley 100 de 1993 establece:

“ARTÍCULO 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.”

A su vez, el artículo 1º del Decreto 1730 de 2001 preceptúa:

“Artículo 1º. Causación del derecho. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando con posterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones se presente una de las siguientes situaciones:

a) Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

b) Que el afiliado se invalide por riesgo común sin contar con el número de semanas cotizadas exigidas para tener derecho a la pensión de invalidez, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993;

c) Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios par que su grupo familiar adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993;

d) Que el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera, con, posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genere para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivencia de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del decreto ley 1295 de 1994.”

Así las cosas, para la adquisición de la indemnización sustitutiva de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes de las señoras LUZ DARY RAMÍREZ VARGAS y MARÍA INÉS ORJUELA RAMÍREZ, es menester realizar el estudio a la luz de lo consagrado en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por cuanto el causante falleció el 12 de noviembre de 2015, que regula:

“ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;”

Para tal fin, resulta indispensable tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 797 del 2003 y entrar a precisar la línea jurisprudencial que sobre la exégesis de esta norma existe en lo que respecta al requisito de la convivencia.

En tal sentir, lo primero que vale recabar es en que conforme la precitada normativa son beneficiarios los miembros del grupo familiar del pensionado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, teniéndose entre estos, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con la causante y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

En tal sentido, en una primera oportunidad la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, se pronunció respecto del alcance de esta norma en sentencia del 20 de mayo del 2008, Radicación No. 32393, en la cual se determinó:

“En lo que respecta a la exigencia de la convivencia, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en relación al texto de la norma anterior, no hizo sino aumentar de dos a cinco años el mínimo requerido y, como quiera que el artículo 12 ibidem conservó como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, indistintamente, a “los miembros del grupo familiar” del pensionado o afiliado fallecido, en principio, no existe una razón valedera para cambiar la posición de la Sala, plasmada en la jurisprudencia contenida en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), pues el simple aumento del tiempo mínimo que debía convivir la pareja antes de la muerte del causante, sería irrelevante frente a los supuestos de la norma que tuvo en cuenta la Corte para llegar a la conclusión de que se debía dar un trato igual, tanto a los beneficiarios del PENSIONADO como del AFILIADO.”

La segunda tesis consistió en que la normativa establece los casos en los que acorde a la norma el compañero permanente y/o el cónyuge tendrían derecho a la pensión de sobrevivientes, destacando que tan solo en una hipótesis el cónyuge con vínculo matrimonial vigente podría acceder a la pensión de sobrevivientes, acreditando cinco (5) años de convivencia en cualquier tiempo, y ello sería únicamente cuando concurriera un compañero permanente; en tal sentir indicó:

“El evento 7 implica expresamente una excepción a la regla general de la convivencia, en cuanto permite al cónyuge sobreviviente que mantiene vigente el vínculo, pero se encuentra separado de hecho, reclamar una cuota parte de la pensión, en proporción al tiempo convivido, “...siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante”.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora, vale la pena indicar que ambas posturas fueron objeto de estudio por parte de nuestro máximo órgano de cierre. En tal medida, la primera postura morigerada fue la atinente a la convivencia exigible a la cónyuge con vínculo matrimonial vigente. Esto en razón a que, desde la sentencia SL 40055 del 2011 y como se explicaría con mayor detenimiento en la SL – 41637 del 24 de enero del 2012, la cónyuge con vínculo matrimonial vigente puede acceder a la pensión de sobrevivientes, siempre que acredite cinco (5) años de convivencia en cualquier tiempo, indistintamente que exista o no compañero o compañera permanente. Fue así como se indicó en la última de las providencias enunciadas, lo siguiente:

“Tal interpretación que ha desarrollado la Sala, sin embargo, debe ser ampliada, en tanto no es posible desconocer que el aparte final de la norma denunciada, evidencia que el legislador respetó el concepto de unión conyugal, y ante el supuesto de no existir simultaneidad física, reconoce una cuota parte a la cónyuge que convivió con el pensionado u afiliado, manteniéndose el vínculo matrimonial, aun cuando existiera separación de hecho. [...]

“No se trata entonces de regresar a la anterior concepción normativa, relacionada con la culpabilidad de quien abandona al cónyuge, sino, por el contrario, darle un espacio al verdadero contenido de la seguridad social, que tiene como piedra angular la solidaridad, que debe predicarse, a no dudarlo, de quien acompañó al pensionado u afiliado, y quien, por demás hasta el momento de su muerte le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial, pese a estar separados de hecho, siempre y cuando aquel haya perdurado los 5 años a los que alude la normativa, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época.

“Ahora bien, si tal postura se predica cuando existe compañera o compañero permanente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, no encuentra la Corte proporcionalidad o razón alguna para privar a la (el) esposa (o) del reconocimiento de la pensión, en el evento de no concurrir aquel supuesto, pues de admitirse, la disposición no cumpliría su finalidad, esto es, la protección en tal escenario, más si se evalúa que quien aspira a tal prestación mantiene un lazo indeleble, jurídico, económico, sea que este último se haya originado en un mandato judicial, o en la simple voluntad de los esposos.”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Posición que se mantiene incólume y fue reiterada recientemente, entre otras, en la sentencia la SL- 2015 del 28 de abril del 2021, Radicación No. 81113, en la cual se precisa:

“Esa orientación, pese a que en algún momento tuvo soporte en algunas decisiones emitidas por esta corporación, resulta errónea a la luz de la vigente interpretación que tiene esta Sala frente al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en tanto, como lo reclama la censura, dicha norma resguarda el derecho pensional del cónyuge separado de hecho, con vínculo matrimonial vigente, que demuestre el desarrollo de una convivencia no inferior a cinco (5) años, en cualquier tiempo, sin necesidad de más aditamentos o requisitos no previstos en la norma como el de mantener un «vínculo dinámico y actuante» hasta el momento de la muerte¹ [...]

“De otro lado, aunque el Tribunal también puso tímidamente en duda el presupuesto mínimo de una convivencia durante cinco (5) años, por la existencia de conflictos de pareja, lo cierto es que, como lo aduce la censura, ello aparejaría otro error jurídico, en tanto, como lo ha explicado esta corporación, tal presupuesto legal no se puede negar o desdibujar automática y maquinalmente por la existencia de discusiones o desavenencias familiares que, en términos proporcionales, no desdican de una solidaridad y acompañamiento familiar estable. (Ver CSJ SL12029-2016, CSJ SL18068-2016, CSJ SL6286-2017, CSJ SL6519-2017, CSJ SL11940-2017 y CSJ SL2010-2019, entre muchas otras).

“Finalmente, no le asiste razón a la oposición al hacer hincapié en el hecho de que el demandante no «participó en la construcción de la pensión de vejez» o no acompañó a la fallecida «durante su vida productiva», por dos razones fundamentales. En primer lugar, desde el punto de vista jurídico, a pesar de que la Corte ha reivindicado esos supuestos para reforzar la argumentación tendiente a clarificar el derecho del cónyuge separado de hecho, nunca ha esbozado una regla jurídica estricta y cerrada en tal sentido, que indique que quien no demuestra en el proceso esa forma de acompañamiento deja de ser beneficiario de la prestación”.

En lo que respecta a la otra postura, sentada en la sentencia con Radicación No. 32393 del 2008, consistente en que el requisito de convivencia resulta exigible al cónyuge y/o compañero permanente, indistintamente de si se trata de muerte de afiliado o de pensionado, debemos precisar que la misma se

¹ Posición jurídica que sustenta la Corte en lo que se explicó en la sentencia SL-5169 del 2019.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

mantuvo incólume desde dicha data y hasta el año 2020, a través de innumerables pronunciamientos, como SL 793 del 13 de noviembre del 2013, Radicación No. 47031, SL-14068 del 27 de abril del 2016, Radicación No. 49692, SL- 1399 del 25 de abril del 2018, Radicación No. 45779, SL-3468 del 22 de agosto del 2018, Radicación No. 62766 y SL- 347 del 13 de febrero del 2019. En esta última se indicó:

*“Al respecto, estima la Sala que, so pretexto de interpretar el contenido de la sentencia CC C-1094 de 2003, efectivamente el Tribunal distorsionó el sentido hermenéutico del literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por cuanto la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que la convivencia de cinco (5) años prevista en esta norma se predica tanto para el evento del fallecimiento del **afiliado** como del **pensionado**, para efectos de la pensión de sobrevivientes, pues no existen razones válidas para establecer diferenciaciones entre los beneficiarios del primero y los del segundo y, porque, además, la convivencia constituye un elemento fundamental para la configuración del derecho pensional, que no sufrió modificaciones sustanciales con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, salvo en lo referente al tiempo mínimo de vida en común, como se dijo recientemente en la sentencia CSJ SL3468-2018.”*

Sin embargo, tal postura fue modificada inicialmente en la sentencia SL- 1730 del 3 de junio del 2020, Radicación No. 77327, la cual fuese sustituida por la sentencia SL-4318-2021 del 22 de setiembre de 2021, en la cual la Corte Suprema de Justicia precisó, que acorde a un nuevo análisis de la norma, realizado de cara a la nueva composición de la Sala, se logró determinar que el requisito de cinco (5) años de convivencia tan solo resultaba exigible en los casos en que se discutiera la pensión de sobrevivientes del pensionado, más no para el caso de los afiliados. Tesis a la cual arribó, tras las siguientes disquisiciones, incluidas en la aclaración de voto de la sentencia expuesta:

“Para la Sala, dada la nueva revisión del alcance de la norma acusada, las anteriores consideraciones deben permanecer incólumes, ante lo expuesto por la misma Corte Constitucional en la sentencia CC C-336-2014, aducida por la censura, en la que tangencialmente equiparó el requisito de convivencia mínima, en el caso de afiliado y pensionado, y acto seguido citó la sentencia CC C-1176-2001 y la anteriormente referida, en cuanto al límite temporal exigido a los beneficiarios del pensionado y su legítimo fin; empero, el análisis de constitucionalidad efectuado se encontraba dirigido en esa oportunidad, a otros supuestos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

contenidos en la norma, esto es, el aparte final del último inciso del literal b) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, por lo que no tiene la virtualidad de modificar lo considerado en la sentencia CC C-1094-2003, además de no constituir el objeto de este recurso.

“Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada, así:

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; (subraya y negrilla fuera de texto)

Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente al artículo 17 «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que “Se regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes” (subraya y negrilla fuera de texto).

Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de afiliados al sistema no pensionados, y la de pensionados, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.

[...]



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.

[...]

Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado.

Por último, se precisa que, aunque aparentemente la diferenciación implícita en la disposición analizada surge discriminatoria, a la luz de lo dispuesto en el art. 13 de la CN ello no puede entenderse así, por cuanto la igualdad solo puede predicarse entre iguales, debiendo justamente establecerse para salvaguardar ese principio, la diferencia de trato entre desiguales.

En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

De lo expuesto, se sigue que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, tras aplicar los métodos de interpretación teleológicos y textuales, esto es, acorde la interpretación del legislador, así como la literalidad de la norma, a más de recabar en el propio criterio expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias C-336 del 2014 y C-1176 del 2001, cuyos apartes se citan dentro de la *ratio decidendi* de la sentencia, concluye que para acceder a la pensión de sobrevivientes por muerte del afiliado, basta acreditar la “condición de cónyuge



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida”.

No desconoce la Sala que la sentencia SL-1730 del 3 de junio del 2020, se dejó sin valor ni efecto por parte de la Corte Constitucional en la sentencia SU-149 del 2021. Sin embargo, tal supuesto no implica que exista a la fecha un cambio de postura por parte de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, pues de hecho existen diversas sentencias posteriores a la reseñada, en la que se mantuvo incólume la referida postura, tal como la sentencia SL-362 del 10 de febrero del 2021, Radicación No. 86239, en la cual se puntualizó:

“En relación con el asunto controvertido, doctrina reiterada de la Corte, verbigracia, la vertida en sentencias SL 41637 de 2012 – SL 45038 de 2012, sostiene que la protección introducida por el último inciso del literal b) del artículo 1 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, está orientada a la protección del vínculo matrimonial, pues lo que le permite al cónyuge acceder a la prestación es «la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial», sin que sean relevante para la adquisición de la pensión, figuras como «la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal»; así lo precisó la Sala en sentencia SL 1399 de 2018: (...)

“Al respecto, cabe decir que la Corte ha señalado que la norma no entraña trato discriminatorio frente a la compañera permanente. Así lo explicó, en lo pertinente respecto del pensionado, en sentencia SL 1399 de 2018:

“[...]

“Finalmente, en esta oportunidad corresponde a la Sala precisar que la lectura de las anteriores citas jurisprudenciales, relativas a la connotación del vínculo matrimonial para efecto del derecho pensional del cónyuge separado de hecho, debe acompañarse con la sentencia CSJ SL 1730-2020, bajo el entendido de que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado.” (Negritas fuera de texto).

E incluso en la sentencia de reemplazo que se profirió en cumplimiento de la sentencia de tutela, señaló:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Resulta necesario advertir que, para esta Sala, en ninguna interpretación irrazonable ni desproporcionada del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 se incurrió en la decisión que se dejó sin efectos por la Corte Constitucional; por el contrario, la intelección dada se acompasa perfectamente con los supuestos establecidos en la disposición en comento, y más aún, con la clara finalidad del legislador al prever las condiciones para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge o de compañero (a) permanente, de afiliado (a) o de pensionado (a), y la protección de su núcleo familiar, sin que se produzcan los resultados desproporcionados aducidos, respecto a la finalidad de la pensión de sobrevivientes, ni que se esté en contraposición con el principio de sostenibilidad financiera del sistema, que valga acotar, en materia de pensión de sobrevivientes tiene un alcance y naturaleza distinta.

“Lo anterior, si se tiene en cuenta que esta prestación, así como la de invalidez, se financia en el sistema pensional, no solo con los aportes de los afiliados, sino con la suma adicional a cargo de las aseguradoras, en el régimen de ahorro individual y; en el sistema de riesgos profesionales, la financiación está dada por las normas propias de los seguros, en virtud de la ocurrencia de los respectivos siniestros, lo que no tiene la virtualidad de afectar en modo alguno la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

“Y, en manera alguna se violentó el principio de igualdad, en tanto que, como lo ha precisado de manera reiterada la misma Corte Constitucional, esta solo puede predicarse entre iguales, y la diferenciación establecida por el legislador, encuentra plena justificación en las discrepancias entre uno y otro supuesto, persiguiendo una finalidad que esa misma Corporación consideró legítima en la sentencia CC C-1094-2003, al analizar la constitucionalidad de la regulación que la consagra, declarando en esa oportunidad la exequibilidad de la disposición.

“Tampoco se desconoció el precedente constitucional, pues no evidencia esta Sala un verdadero acierto en la afirmación efectuada respecto a que, en la sentencia CC SU-428-2016, se fijó una regla jurisprudencial aplicable al caso, esto es, de convivencia mínima de cinco años tratándose de muerte de pensionado o de afiliado, tema al que se hizo referencia de manera tangencial, entre los otros que fueron puestos a consideración del órgano de cierre constitucional, advirtiéndose al respecto la necesidad de ser miembro del grupo familiar del causante al momento de su muerte, y de la convivencia real y efectiva, para lo cual se remitió al precedente de esta Corporación, sin que esa consideración riña con la precisión jurisprudencial que fuera invalidada.

Hechas las anteriores apreciaciones, desde ya debe indicar la Sala que se acoge a la última postura imperante en la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, concerniente a que, en caso de muerte del afiliado para ser beneficiario de la pensión, basta con acreditar la calidad de cónyuge o



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

compañero permanente a la data del deceso, sin que sea necesario acreditar cinco (5) años de convivencia, requisito exigido normativamente en el evento del deceso de un pensionado.

Es por ello, que se procede a realizar el análisis probatorio de las señoras LUZ DARY RAMÍREZ VARGAS y MARÍA INÉS ORJUELA RAMÍREZ.

Para el efecto, en lo que atañe a la señora LUZ DARY RAMÍREZ VARGAS, en el transcurrir del trámite procesal se recaudó el interrogatorio de parte, quien manifestó que en el año 2007 conoció al causante en El Espinal – Tolima porque él era quien animaba las fiestas de San Pedro, sin que tuviera una relación sentimental con otra persona.

Que para el año 2007 el causante le manifestó que ya se había alejado como pareja de la señora MARÍA INÉS ORJUELA RAMÍREZ, incluso, que el distanciamiento había sucedido en el año 2006. Que fue novia del fallecido y el 8 de noviembre de 2009 empezaron a convivir juntos en el Guamo – Tolima.

Precisó que entre el 2007 y el mes de noviembre de 2009 el causante vivía en El Guamo – Tolima, por cuanto trabajaba en la emisora y realizaba perifoneo en lugares aledaños, iterando que la convivencia entre el causante y la señora MARÍA INÉS ORJUELA RAMÍREZ, fue hasta el año 2006.

Que ella convivía con el causante en El Guamo, y para el año 2013 se trasladaron a Flandes hasta la fecha de fallecimiento del señor MARIO HERRERA ROJAS, sin tener conocimiento si entre el año 2009 y el 2015 el causante visitaba a la señora MARÍA INÉS ORJUELA RAMÍREZ.

Que ella conoció a los hijos del señor MARIO HERRERA ROJAS cuando llegaron a vivir a Flandes, pues fue allí que los hijos lo visitaban, precisando que su relación con ellos fue precaria, ya que nunca la aceptaron.

Que conoce al señor JUAN FRANCISCO VALENCIA por cuanto es cónyuge de su cuñada, argumentado que los hermanos del causante son GLORIA MAHECHA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ROJAS, ALCIDES HERRERA ROJAS, BRIJIDA, RAFAEL y PLINIO, sujetos todos que viven en Gualanday – Tolima. Que en ningún momento dejó de convivir con el causante y fue él quien siempre costó los gastos del hogar.

La testigo MIRIAN CASTRO CALDERÓN indicó que es bachiller y estudió en el SENA para ser Auxiliar Contable, así como que en la actualidad es pensionada. Que conoció a la señora LUZ DARY RAMÍREZ VARGAS y al causante aproximadamente en el año 2014, por cuanto se hicieron amigos cuando asistían a la iglesia. Seguidamente, aclaró que conoció al causante cuando trabajaba en radio y que le consta que en todo momento siempre se le veía unida a la pareja.

Que no le consta si el causante con anterioridad al año 2014 tenía otra pareja a parte de la señora LUZ DARY RAMÍREZ VARGAS; escuchó que el fallecido tenía hijos, pero nunca los conoció, y que este en todo momento presentaba a la señora LUZ DARY RAMÍREZ VARGAS como su cónyuge.

Que nunca conoció a la señora MARÍA INÉS ORJUELA RAMÍREZ, no tuvo conocimiento de la muerte del causante, así como que no conoce si entre la señora LUZ DARY RAMÍREZ VARGAS y el causante existen hijos en común.

El testigo JUAN FRANCISCO VALENCIA indicó que es Técnico de Electricidad, y que conoce a la señora LUZ DARY RAMÍREZ VARGAS, ya que fue cuñado del causante puesto que la hermana de él era su esposa, con quien convivió desde el año 2007 hasta el año 2018. Que inicialmente conoció al causante por vía telefónica en el año 2008, conociéndolo en persona en el año 2009, anualidad para la cual la señora LUZ DARY RAMÍREZ VARGAS ya se encontraba haciendo vida marital con el señor MARIO HERRERA ROJAS.

Que conoció a dos hijas del causante y tuvo conocimiento de la señora MARÍA INÉS ORJUELA RAMÍREZ, porque fue la pareja con la que el fallecido convivió antes que con la señora LUZ DARY RAMÍREZ CARGAS, más exactamente hasta el año 2005 o 2006. Fue enfático en destacar que la señora LUZ DARY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

RAMIREZ siempre convivió de manera permanente con el causante desde el año 2009 hasta la fecha de su fallecimiento, y esto le consta porque tenían constante trato telefónico.

Que cuando la pareja vivía en El Guamo – Tolima, la señora LUZ DARY RAMÍREZ siempre se dedicó al hogar, y el causante trabajaba como locutor de radio, misma situación que ocurría cuando la pareja vivió en Flandes – Tolima, exponiendo que el fallecimiento del causante ocurrió en el mes de noviembre de 2015 en la Ciudad de Bogotá. Que las exequias del causante se realizaron en Gualanday y fue allí donde conoció en persona a la señora MARÍA INÉS ORJUELA y a los hijos del fallecido.

Sostuvo que el causante y la señora LUZ DARY RAMÍREZ siempre estuvieron juntos, y que con anterioridad el causante convivió con la señora MARÍA INÉS ORJUELA, pero tiene entendido que la relación finalizó porque tuvieron inconvenientes.

Que el causante hasta la fecha de su deceso fue el que siempre suplió los gastos de la señora LUZ DARY RAMÍREZ y por ende del hogar, sin que la señora MARÍA INÉS ORJUELA hubiese ido a visitar al causante en su enfermedad.

Expuso que la señora LUZ DARY RAMÍREZ y el causante vivieron desde el 2009 hasta el 2013 en El Guamo – Tolima, y desde el año 2013 hasta el 2015 la pareja vivió en Flandes – Tolima. Que las exequias del causante la suplieron los hermanos y algunas personas de la comunidad del Municipio de Gualanday.

Bajo esta óptica, la Sala puede concluir que en efecto la aquí demandante señora LUZ DARY RAMÍREZ VARGAS para la fecha de fallecimiento del señor MARIO HERRERA ROJAS convivía en pareja en calidad de compañera permanente, pues de los testimonios rendidos por MIRIAN CASTRO CALDERÓN y JUAN FRANCISCO VALENCIA, puede deducirse que ambos fueron contestes en indicar que en efecto el causante siempre fue pareja de la señora LUZ DARY RAMÍREZ hasta la fecha de su fallecimiento, dejando de presente



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que a la declaración de JUAN FRANCISCO VALENCIA la Sala le asigna plena credibilidad como quiera que es el ex cuñado del fallecido, aspecto por el que tiene conocimiento directo de la convivencia de la pareja.

Igualmente, puede establecerse que el tiempo de convivencia entre la señora LUZ DARY RAMÍREZ VARGAS y el causante lo fue desde el año 2007 hasta la ocurrencia de la muerte, ocurrida el 12 de noviembre de 2015, ya que así quedó acreditado con lo referido por la demandante y que guardó plena congruencia con la declaración de JUAN FRANCISCO VALENCIA.

En lo que respecta a la convivencia de la integrada como *tercera ad excludendum*, señora MARÍA INÉS ORJUELA RAMÍREZ, quedó acreditada para el momento del deceso del señor MARIO HERRERA ROJAS, ya que, a pesar que se tuvo por no contestada la demanda, lo cierto es que obra prueba que allegara COLPENSIONES encaminada a una sentencia judicial proferida el 7 de marzo de 2017 por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia del Circuito del Espinal – Tolima (Fls. 112 a 113), donde se aprecia que esa autoridad judicial declaró la unión marital de hecho de la pareja por el periodo comprendido entre el 6 de agosto de 1987 y el 12 de noviembre de 2015, última fecha en que falleció el causante; circunstancia por la cual, no puede desestimarse la decisión judicial emanada de la autoridad judicial competente y en tal sentido, serán esos mismos extremos los que se tengan en cuenta como tiempo de convivencia.

Significa lo hasta aquí dicho, que atendiendo el tiempo de convivencia de la señora LUZ DARY RAMÍREZ VARGAS con el fallecido por el periodo comprendido, al menos, desde el 31 de diciembre de 2007 y el 12 de noviembre de 2015, esto es, por espacio de 2.832 días, y la convivencia de la señora MARÍA INÉS ORJUELA RAMÍREZ con el causante por el periodo comprendido entre el 6 de agosto de 1987 y el 12 de noviembre de 2015, equivalente a 10.176 días, la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes deberá reconocerse sobre un 21.77% a la señora LUZ DARY RAMÍREZ VARGAS y un 78.23% a MARÍA INÉS ORJUELA RAMÍREZ, aspecto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que regula el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 y por demás la jurisprudencia emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

d. Del monto de la reliquidación pensional.

Se aprecia que el *a-quo* determinó como monto de la indemnización sustitutiva la suma de \$28.960.144 con corte al 10 de septiembre de 2021 debidamente indexada, por lo que una vez confrontada la liquidación que realizara, se aprecia que la misma se ajusta a derecho atendiendo las cotizaciones y montos cotizados por el causante señor MARIO HERRERA ROJAS durante toda su vida laboral de conformidad con lo establecido en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, la sentencia de primer grado habrá de modificarse parcialmente, en lo que respecta al porcentaje el derecho de la indemnización sustitutiva.

Deja igualmente la Sala de presente, que COLPENSIONES reconoció a través de la Resolución SUB 133200 del 24 de julio de 2017 la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en cuantía de \$21.207.526, cancelada en el mes de agosto de esa anualidad, la cual distribuyó en un 82.41% para MARÍA INÉS ORJUELA RAMÍREZ y 17.59% para LUZ DARY RAMÍREZ VARGAS (Fls. 114 a 124). Por tal razón, ese pago deberá compensarse con la condena aquí impuesta.

e. De la excepción de prescripción.

Por último, frente a la excepción de prescripción planteada por COLPENSIONES, no tiene vocación de prosperidad, como quiera que la indemnización sustitutiva es imprescriptible. Sobre tal aspecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4559-2019, Radicación No. 74456 del 23 de octubre de 2019, señaló:



“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).

“Así, al ser la seguridad social un derecho subjetivo de carácter irrenunciable, es exigible judicialmente ante las personas o entidades obligadas a su satisfacción. Luego, es una prerrogativa que no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular, como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo o por imposición de las autoridades.

“Ahora, el régimen solidario de prima media con prestación definida estableció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, como un derecho derivado, en sustitución de la correspondiente pensión a la que no es posible acceder por falta de requisitos legales establecidos.

“[...]

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

“[...]

“En este orden, debe entenderse que así como no son susceptibles de desaparecer por prescripción extintiva esas cuestiones innatas de la pensión, y frente a la cuales esta Corte adoptó la teoría de la imprescriptibilidad, tampoco debe serlo la indemnización sustitutiva, en tanto, es un derecho de carácter pensional, pues comparte la característica básica de ser una garantía que se constituye a través de un ahorro forzoso, destinada a cubrir el riesgo de vejez, invalidez o muerte, según sea el caso.

“[...]

“Por lo anterior, tales argumentos imponen a la Sala avalar la tesis de la imprescriptibilidad del derecho a la indemnización sustitutiva y, en consecuencia, recoge el criterio jurisprudencial expuesto en las sentencias CSJ SL 26330, 15 may. 2006 y CSJ SL 36526, 23 jul. 2009”.

Como corolario de lo anterior, se modificará parcialmente la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR de manera parcial el numeral primero de la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2021 por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes consagrada en el artículo 49 de la Ley 100 de 1993, y a favor de las señoras LUZ DARY RAMÍREZ VARGAS y MARÍA INÉS ORJUELA RAMÍREZ como compañeras permanentes del fallecido señor MARIO HERRERA ROJAS, en los siguientes porcentajes:

- (i) En un porcentaje del 21.77% a favor de la señora LUZ DARY RAMÍREZ VARGAS, con ocasión de la convivencia con el causante por el periodo comprendido entre el 31 de diciembre de 2007 y el 12 de noviembre de 2015.
- (ii) En un porcentaje del 78.23% a favor de la señora MARÍA INÉS ORJUELA RAMÍREZ, con ocasión de la convivencia con el causante por el periodo comprendido entre el 6 de agosto de 1987 y el 12 de noviembre de 2015.

SEGUNDO: DISPONER que con ocasión de la condena aquí impuesta, se compense lo pagado por COLPENSIONES a las señoras LUZ DARY RAMÍREZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

VARGAS y MARÍA INÉS ORJUELA RAMÍREZ, teniendo en cuenta la Resolución SUB 133200 del 24 de julio de 2017, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

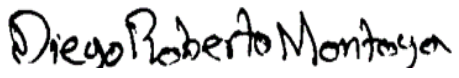
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

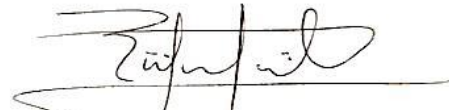
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 30 2019 00709 01
Demandante: JUAN CARLOS CORTES DELGADO
Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado WINDERSON JOSÉ MONCADA RAMÍREZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.232.398.851 y T.P. 334200 del C.S. de la J., en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas en contra de la sentencia proferida el 2 de agosto de 2021 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera a desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JUAN CARLOS CORTES DELGADO, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., para que previo trámite judicial correspondiente se declare la nulidad de la afiliación que efectuó el 23 de enero de 2003 a la AFP Santander hoy Protección S.A., por existir engaño y

asalto a su buena fe al haberlo inducido a error y vicio en el consentimiento al momento del traslado.

Por consiguiente, se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar los aportes y rendimientos acreditados en la Cuenta de Ahorro Individual, ordenando a su vez a COLPENSIONES recibir su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y reactivar la afiliación sin solución de continuidad.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, señaló que nació el 21 de febrero de 1959, efectuando cotizaciones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida por el periodo comprendido entre el 2 de mayo de 1983 y el 30 de septiembre de 2001.

Refiere que el 23 de enero de 2003 se encontraba laborando en la empresa JECR S.A., cuando se afilió a la AFP Protección, misma fecha en la que se encontraba laborando fuera del país; por ende, no recibió una información adecuada por parte de esa administradora, ni se le realizó proyección pensional, como tampoco se le indicaron los requisitos con los que debía contar para obtener una pensión de vejez y menos aún plasmó su firma en el formulario de afiliación. Indicó que, para octubre de 2018, contaba con 1227.72 semanas cotizadas al sistema general de seguridad social en pensiones.

Precisó que el 17 de enero de 2019 y el 7 de febrero del mismo año, elevó derecho de petición ante COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN S.A., en aras de obtener la declaratoria de nulidad de la afiliación, solicitudes que fueron desatadas de forma desfavorable.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda resaltando que el traslado del actor es un actor válido, exento de vicios del consentimiento y cualquier fuerza para realizarlo, por ende, no puede prosperar la nulidad del traslado pues el acto jurídico celebrado entre el actor y esa convocada a juicio cumplió con todos los

requisitos legales de existencia y validez por lo que produjo efectos jurídicos, lo que se refleja en la firma del formulario de afiliación.

Propuso las excepciones denominadas inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema de General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la innominada o genérica.

Asimismo, COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el promotor y el fondo privado es nulo y/o ineficaz, toda vez que obran en el proceso pruebas documentales que conllevan a determinar que el traslado al RAIS, se efectuó de manera libre y voluntaria, y además le fue suministrado por parte del asesor del fondo privado, información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse de régimen pensional; adicional a que, se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993.

Formuló las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 2 de agosto de 2021, declaró ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó el demandante del RPM administrado por el extinto ISS hoy COLPENSIONES a la administradora de pensiones Santander S.A., encontrándose vinculado al RPM, ordenó a Protección devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, junto con los rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración, sin descontar suma alguna por gastos de

administración, rubro que debe ser indexado, además dispuso que una vez COLPENSIONES reciba tales valores debe actualizar la historia laboral del actor y condenó en costas a la demandada Protección.

Finalmente, ordenó oficiar a la Fiscalía General de la Nación para que inicie investigación por las presuntas infracciones penales en que pudieron incurrir las personas que participaron en la elaboración del formulario de traslado No. 6143718.

Como fundamento de su decisión adujo que si bien se pretende la nulidad de la afiliación, para lo cual seria del caso acudir a lo preceptuado en el art. 1740 del C.C., lo que se debe analizar de acuerdo a lo manifestado por el actor en el interrogatorio de parte que depuso, es si el acto jurídico que generó el traslado de régimen es ineficaz, máxime cuando en el caso en particular el demandante señaló que la firma del formulario de afiliación no es la que utiliza para sus actos públicos, por lo que efectivamente el asunto se trata de una ineficacia, además no se le entregó información sobre las ventajas y desventajas de cada régimen y la información vertida en el formulario no es suficiente para dar validez a la afiliación, aspecto que no fue demostrado por la AFP accionada.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, la demandada PROTECCIÓN interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia en lo relativo a condenarla a trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración indexados, pues tal hecho no es procedente toda vez que con la rentabilidad que ha sido dada durante todos estos años queda justificada la situación y los aportes del actor, de ahí que COLPENSIONES no asumiría ninguna desventaja económica.

En cuanto a las costas impuestas en primera instancia, solicita sean revocadas o sean modificadas, por cuanto resultan excesivas para esa sociedad.

A su turno COLPENSIONES interpone recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia, arguyendo no compartir los supuestos fácticos y jurídicos desarrollados por el operador judicial de primer grado, que lo llevaron a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

declarar la ineficacia del traslado, pues la manifestación del actor relacionada con la no suscripción del formulario de afiliación, de traste daba lugar a no entrar a discutir si en este caso el fondo privado había cumplido o no con el deber de información, pues resulta evidente que no existió ningún tipo de asesoría por parte de ese fondo de pensiones al momento en que el demandante realizó el acto de traslado de régimen pensional, aspecto que además debió acreditarse con la debida prueba grafológica, para poder pasar a verificar el incumplimiento del deber de obligación y de buen consejo, escenario que diferente al que se había planteado en el libelo inaugural, del cual no tenía conocimiento la entidad lo que hubiese variado su defensa.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como



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

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del*



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

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

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

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



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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara el actor el 23 de enero de 2003 a la AFP Santander S.A. hoy PROTECCIÓN (Fl. 82 y 131), el que manifestó en la declaración de parte que depuso ante el juez de conocimiento ser presuntamente fraudulento, y que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que se le haya suministrado la información, por el contrario, manifestó la carencia de información por parte del asesor del fondo de pensiones de la época, máxime cuando para la data en que se firmó el formulario no se encontraba en el país,

por lo que no recuerda haberlo suscrito, situaciones todas que conllevan a que la Sala pueda colegir que la encartada PROTECCIÓN S.A. no suministró una debida información sobre las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen pensional, así como tampoco las diferencias que entre los mismos se distinguen, con la finalidad de capacitar lo suficiente al afiliado y aquí demandante para que el traslado de la época se realizara acorde a los postulados legales y jurisprudenciales que rigen la materia.

En respaldo de lo anterior, la sentencia CSJ SL 1688-2019, sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen	Ley 1748 de 2014	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes



consejo y doble asesoría.	Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	de ambos regímenes pensionales.
---------------------------	--	---------------------------------

En ese orden de ideas, no se avizora prueba que se le haya suministrado al actor para el año 2003, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia en la declaratoria de ineficacia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber por parte de PROTECCIÓN S.A. en el caso bajo estudio.

Respecto a la inconformidad con relación a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Es así, como al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni los rendimientos financieros ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES puesto que pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Por ende, se confirmará en ese aspecto la decisión de primer grado. Con todo, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

En igual sentir, en reciente sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.



“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, lo que implica que en ningún momento se constituya un enriquecimiento sin causa.

En lo que atañe al argumento de la demandante PROTECCIÓN, en el entendido que se debe revocadas o modificar la condena en costas impuestas a su cargo, se debe acotar que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión normativa en materia laboral, advierte de su aplicabilidad a la parte que resulta vencida en juicio como es el caso de Protección, máxime si se tiene en cuenta que en su medio defensivo se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló medios exceptivos, condena que además no resulta desproporcionada pues se ajusta a lo preceptuado sobre la materia en el Acuerdo No. PSAA16-10554 de Agosto 5 de 2016, aspectos todos por lo que a juicio de la Sala resulta ajusta la condena que en tal sentido ordenó el a quo.

Con relación al recurso de apelación presentado por COLPENSIONES, vale la pena resaltar que la presunta falsedad del formulario de afiliación que indicó el actor en su declaración de parte, no genera de modo alguno una decisión diferente a la que le dio el juez de primera instancia, pues el hecho que el demandante no reconociera la firma que obra en el formulario de afiliación, en nada cambia lo atinente a la falta de información que alegó no haber recibido al momento del traslado, pues como ya lo ha expuesto en reiteradas ocasiones la jurisprudencia del órgano de cierre de esta especialidad, tal como vino de verse, la firma del formulario al igual que las afirmaciones que en ese documento pre impreso se consignan, resultan insuficientes a efecto de dar demostrado lo que aquí se echó de menos, esto es, la información a cargo de los fondos de pensiones conforme lo ha adocinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

Como corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

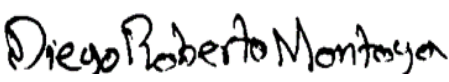
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de agosto de 2021 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

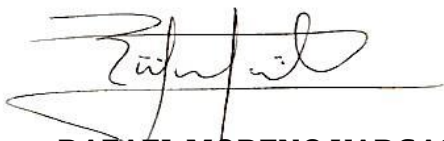
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Proceso Ordinario Laboral: 1100131050 33 2019 00565 01
Demandante: EDGAR LEÓN LOZANO
Demandado: OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 19 de agosto de 2021, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor EDGAR LEÓN LOZANO formuló demanda ordinaria laboral a fin que se declare que existió como medio vinculante con la accionada, un contrato de trabajo a término indefinido desde el 16 de enero de 1985 hasta el 31 de marzo de 1993, devengando como salario los rubros que detalló mensualmente en el escrito de inaugural; además solicita se declare que la pasiva no lo afilió ni efectuó aportes al Sistema Integral de Seguridad Social durante la vigencia de la relación laboral.

En consecuencia, pretende se condene a la enjuiciada a reconocer y pagar el valor de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, previo calculo actuarial realizado por la administradora, más la sanción



moratoria establecida en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, la indexación y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicó que celebró un contrato de trabajo a término indefinido, el 16 de enero de 1985 con la sociedad COLOMBIA CITIES SERVICE PETROLEUM CORPORATION, para desempeñar el cargo Analista Senior de Recursos Humanos, devengando durante la vigencia de este, los emolumentos que indicó para cada mes en el libelo demandatorio, igualmente manifestó que en junio de 1985 operó una sustitución patronal entre la referida empresa y la demandada OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC, y que el contrato finalizó el 31 de marzo de 1993.

Adujo que se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 1º de marzo de 1973, no obstante, la pasiva durante la relación laboral no efectuó la correspondiente afiliación ni aprovisionó los rubros destinados a cubrir la pensión de vejez, por lo que tampoco pagó bono pensional alguno a su favor. De otra parte, indicó que nació el 28 de mayo de 1956, que cuenta con 63 años y que recibe una pensión de vejez en suma de \$2.674.447, sin embargo, no se tuvieron en cuenta los tiempos al servicio de la accionada.

Finalmente, señaló que elevó petición a la encartada en mayo de 2019 solicitando información, entre otros aspectos, sobre los aprovisionamientos a su pensión, a lo cual se le indicó que al momento de la relación laboral las compañías petroleras no estaban llamadas a ser inscritas al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, por ende, no tenía este tipo de obligación con el actor.

1.3 CONTESTACION DE LA DEMANDA:

OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC contestó la demanda aceptando la declaratoria de la pretensión relacionada con la existencia del contrato de trabajo y sus extremos laborales; sin embargo, se opuso a las demás

pretensiones. Argumentó que el salario pactado con el actor fue el convenido en el contrato de trabajo y que los salarios que se indican en el *petitum* contienen pagos de conceptos no constitutivos de salario.

Frente al impago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones durante la relación laboral, sostuvo que esa sociedad no tuvo llamamiento obligatorio de inscripción al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, por tanto, no era jurídicamente posible efectuar aportes para cubrir el riesgo de vejez, de ahí, que no exista disposición que establezca la obligación de asumir tales aportes cuando el contrato feneció con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que la legislación aplicable al caso es la regulada en el artículo 260 del C.S.T., la que exigía la prestación del servicio por espacio de 20 años, lo que para el caso no se cumple.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, carencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa y abuso del derecho.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 19 de agosto de 2021, declaró que las primas de antigüedad, vacaciones y de navidad y el auxilio de educación devengados por el demandante, son constitutivos de salario.

Igualmente, condenó a la demandada a pagar a la administradora o fondo de pensiones al cual se encuentre afiliado el promotor, el cálculo actuarial correspondiente a las cotizaciones por el tiempo comprendido del 16 de enero de 1985 al 31 de marzo de 1993, teniendo como salario base para cada año y mes el indicado en la tabla que se anexa a la sentencia. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la pasiva.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Para arribar a tal conclusión, expuso que si bien para la fecha en que estuvo vigente la relación laboral no se había extendido la cobertura del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a las empresas del sector petrolero, lo cierto es que para tal momento si existía la obligación del empleador de realizar el aprovisionamiento de los recursos para el eventual reconocimiento de la pensión de vejez y trasladarlos al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, una vez alcanzara cobertura en la región en específico, obligación que en todo caso no fue cumplida.

Además, precisó que la línea jurisprudencia del órgano de cierre en esta especialidad, es clara entorno a que el cálculo actuarial es el mecanismo que permite determinar cuáles son los salarios que se recibieron y partir este, se reflejen en la historia laboral, como en los dineros que deben hacer parte de la consecución de futuros reconocimientos pensionales.

Respecto al IBC, expuso que la demandada no cumplió con su carga probatoria, pues si bien indica que tales conceptos no tenían incidencia salarial, lo cierto es que al ser el acuerdo o pacto de exclusión salarial un documento *ad substantiam actus*, se debió aportar el acuerdo en el que se contempló que tales pagos no serían constitutivos de salario. En consecuencia, se tendrá que la prima de navidad, la prima de antigüedad y el auxilio de educación, en realidad retribuía el servicio del demandante, y como tal constituyen salario.

III.- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandada la apeló. Solicitó se revoque íntegramente la sentencia y en su lugar se la absuelva de todas las pretensiones elevadas en su contra. Indicó que, si en gracia de discusión esta Corporación considera que le asiste algún derecho pensional al demandante, lo único que procede es el traslado actualizado de los aportes que se hubieran llevado a cabo en el escenario de haber existido llamamiento obligatorio a inscripción en el periodo en que se extendió la relación laboral y no el pago de

un cálculo actuarial, el cual fue creado por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y para casos taxativos, por lo que aplicarlo al caso del demandante implicaría otorgar un efecto retroactivo a esa disposición, lo que configura un desconocimiento al principio de seguridad jurídica, máxime cuanto el extrabajador ya se encuentra pensionado.

Adujo que el hecho de no haber llevado a cabo el pago de aportes a favor del actor no fue por omisión patronal, sino porque jurídicamente no fue posible, pues el llamamiento a inscripción de las empresas petroleras solo se dio con la Resolución 4250 del septiembre 28 de 1993, a partir del 1º de octubre de 1993, fecha en la que el contrato laboral ya había fenecido, y además no había entrado en vigor la Ley 100 de 1993. Luego, la norma aplicable al caso del actor es la consagrada en el artículo 260 del C.S.T., la que por demás no cumple y en el evento de confirmarse la decisión, se debe condenar al pago de las cotizaciones de forma compartida entre la empresa y el empleador.

De otra parte, indicó que debe analizarse el salario base sobre el cual se condenó a la demandada, toda vez que, si bien no fueron encontrados los documentos con los cuales se pactaron entre las partes, la prima de vacaciones, la prima de antigüedad, el auxilio educativo y la prima de navidad; lo cierto es que, durante la vigencia de la relación laboral, fueron reconocidos al trabajador como beneficios extralegales no constitutivos de salario.

IV.- CONSIDERACIONES:

4.1 PROBLEMA JURÍDICO:

Deberá establecerse si la demandada OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC (hoy SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC) debe realizar el pago del cálculo actuarial correspondiente al periodo comprendido entre el 16 de enero de 1985 y el 31 de marzo de 1993, para lo cual deben tenerse en cuenta como factor salarial, los conceptos de primas de antigüedad, prima de vacaciones, prima de navidad

y el auxilio de educación devengados por el demandante durante la vigencia de la relación laboral.

5.2 DEL CASO EN CONCRETO:

En el presente caso no hay discusión que entre el demandante y OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC (hoy SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC), medió contrato de trabajo entre el 16 de enero de 1985 hasta el 31 de marzo de 1993, pues ello fue aceptado por la precitada sociedad, la que también expuso al contestar la demanda que no efectuó cotizaciones a pensión por cuanto con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no tenía la obligación de afiliar a sus trabajadores al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, como quiera que la compañía no tuvo llamamiento obligatorio a inscripción ante dicha entidad, por ende, mantenía a su cargo las prestaciones derivadas de esas contingencias.

4.2.1. Del pago del cálculo actuarial correspondiente al periodo del 16 de enero de 1985 hasta el 31 de marzo de 1993:

En aras de desatar el tema que nos ocupa, se juzga conveniente precisar que para la fecha de vinculación del trabajador, 16 de enero de 1985 y hasta el 31 de marzo de 1993, fecha de su retiro, su empleador no tenía la obligación de afiliarlo al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, dado que para las industrias del petróleo, tal obligación surgió únicamente con la Resolución 4250 de 28 de septiembre de 1993; no obstante, tal y como lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, el empleador que no afilie a sus trabajadores al sistema de seguridad social por cualquier causa, incluida la falta de llamado a inscripción, tendrá a su cargo el pago de las obligaciones pensionales de todos aquellos periodos, dado que en esa época estaban bajo su responsabilidad, ya que en los términos de los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, tenía la obligación hasta tanto, de establecer la respectiva provisión para cubrir las respectivas contingencias del sistema de seguridad social allí

previsto.

Lo anterior en tanto el empleador tenía a su cargo la pensión hasta antes de que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES iniciara la cobertura en la región donde laboraba, pues el contrato de trabajo no estaba vigente al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993, ya que la relación laboral que terminó el 31 de marzo de 1993.

Al respecto, debe precisarse que nuestro máximo órgano de cierre adoctrinó que en aquellos casos en que el trabajador había laborado para un empleador de la industria petrolera, como en el presente caso, en el cual el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES no había iniciado aún la cobertura del riesgo de vejez, dicho empleador tiene la responsabilidad por concepto de los aportes para pensión, en virtud de la obligación de aprovisionamiento. Así lo ha expuesto en reiterada jurisprudencia, entre otras, en sentencia SL3606-2021, Radicación No. 83301 de 14 de julio de 2021, en la que señaló:

“Debe recordarse, en primer lugar, que las empresas dedicadas a la industria petrolera, como es el caso de las demandadas, no fueron objeto de la asunción de riesgos por parte del Instituto de Seguros Sociales, pues lo cierto es que hasta el 1º de octubre de 1993 fue que se hizo obligatoria la afiliación de sus servidores a la seguridad social, por así disponerlo la Resolución No. 4250 de 1993 emitida por dicha entidad.

“Ahora, contrario a lo señalado por la censura, el Tribunal no cometió error jurídico alguno respecto de las normas denunciadas, por cuanto la jurisprudencia de esta Corporación ha venido sosteniendo que el artículo 76 de la Ley 90 de 1946 previó para los empleadores la obligación de efectuar los aprovisionamientos de capital necesarios para garantizar el acceso al derecho pensional de sus trabajadores, por lo que están llamados a financiar la pensión respecto de los tiempos en los que incluso no hubo cobertura del riesgo por parte del ISS, puesto que el sistema de seguridad social brinda una protección integral y debe tener en cuenta el trabajo efectivamente realizado para el reconocimiento de las prestaciones económicas.”

Ahora bien, la forma de financiar esos tiempos de servicios prestados por el

actor a la demandada antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, alude al pago del respectivo cálculo actuarial por parte del empleador, quien es el único responsable de su cubrimiento, así se indicó en sentencia SL4222-2021, Radicación No. 84986 de 28 de julio de 2021:

“Pues bien, la Corte de entrada advierte que en este asunto el Colegiado de instancia no incurrió en error alguno al aplicar la regla jurídica en virtud de la cual los empleadores son responsables por el cálculo actuarial a efectos de la financiación de un eventual derecho pensional, respecto a los tiempos prestados por sus trabajadores antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 y en los que hubo ausencia de afiliación al ISS por cualquier causa, pues esta circunstancia per se implica que seguían manteniendo a su cargo ese riesgo pensional (CSJ SL197-2019, CSJ SL1356-2019, CSJ SL4334-2019, CSJ SL1140-2020, CSJ SL2584-2020 y CSJ SL2879-2020).

“[...]

“En efecto, la doctrina de la Sala ha establecido que el trabajador no puede asumir las consecuencias negativas de la omisión legislativa en relación con las responsabilidades pensionales a cargo del empleador en el período en que no existió cobertura del ISS, quien además tiene la expectativa de reunir el tiempo de servicio requerido o las cotizaciones para acceder a las prestaciones del sistema pensional.”

“[...]

“Asimismo, la Sala reitera que de acuerdo con el párrafo 1.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 es el empleador o la caja quien debe trasladar con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente, representado a través de un bono o título pensional, sin que el trabajador esté llamado a contribuir de alguna manera en el pago de estos dineros”.

Cálculo actuarial que según lo dispuesto artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 debe ser liquidado en la forma reglamentada por el Decreto 1887 de 1994, incluso en la referida sentencia SL3606-2021, se dijo que *“El cálculo actuarial que debe trasladar el empleador, representa parte del capital que se necesita para financiar la pensión del trabajador en el sistema general de pensiones, proporcional por supuesto al*

tiempo durante el cual recibió el servicio cuando tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.”

Luego, la forma de computar los periodos laborados sin afiliación y no provisionados por el empleador, se establecen acorde con lo indicado en el inciso 6º del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, y el Decreto 1887 de 1994.

De otra parte, la Sala de Casación Laboral, de la Corte Suprema de Justicia al pronunciarse sobre la responsabilidad de los empleadores respecto del pago del cálculo actuarial, en casos de similares contornos al que nos ocupa, sostuvo que esa obligación igualmente se extiende a la reliquidación de la pensión, así lo expuso en sentencia SL3250-2021, Radicación No. 82895 de 7 de julio de 2021:

“[...] si bien los empleadores de trabajadores que tenían menos de 10 años de servicio al momento en que el ISS asumió el riesgo de vejez, quedaron subrogados de reconocer esa prestación económica, ello no los exime de su responsabilidad pensional por el tiempo en el que no hubo cobertura y, en particular, de contribuir a la financiación de la pensión por el tiempo efectivamente laborado por el trabajador, incluso, si con ello aquél no alcanza a completar la densidad de cotizaciones exigida para la prestación, toda vez que éste puede continuar cotizando hasta obtenerla, como aquí aconteció.

“Ahora bien, esta solución que encontró la Corte, con base en la finalidad de protección integral del sistema de seguridad social, no queda reducida a los eventos en que no se logre la densidad de semanas para obtener la pensión de vejez, como infundadamente lo alega la censura, pues la falta de aportes, incluso por ausencia de cobertura del ISS en los municipios donde se prestó el servicio, puede llegar a incidir en la liquidación del derecho pensional, generando una mesada inferior a la que correspondería en caso de tener en cuenta dichos tiempos laborados y según la normatividad aplicable al caso, de modo que el juez del trabajo está llamado de igual forma a corregir tales situaciones, para que, a partir del cálculo actuarial, determine el impacto que tiene en la base y monto de liquidación.”

Por consiguiente, como viene de verse, la Corte Suprema de Justicia, ha interpretado la obligación del empleador de asumir mediante el título

pensional, los montos que correspondan a períodos no cotizados, ya sea por la no cobertura por parte del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, o como en el presente caso de empresas dedicadas a actividades no sujetas a llamamiento a inscripción por parte de esa entidad, y es que una interpretación contraria implicaría desconocer el derecho a la seguridad social, en este caso de la parte débil de la relación laboral, quien no debe soportar una carga que trunque su derecho a la pensión o a su reliquidación.

Ahora bien, respecto del recurso de apelación atinente a que en caso de sostenerse la condena, este debe sujetarse al pago de aportes únicamente correspondiente al porcentaje del empleador y no al título o bono pensional y mucho menos el cálculo actuarial, debe señalarse que la obligación de aprovisionamiento no se encontraba en cabeza del trabajador, pues el ordenamiento jurídico no consagraba dicha situación, como ya se indicó precedentemente.

A contrario sensu, antes de la subrogación por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES de los riesgos o contingencias, el derecho pensional estaba a cargo del empleador, quien, según el criterio jurisprudencial antes expuesto, debe asumir el título pensional, sin que en ningún evento se haya traslado la carga total o parcialmente al trabajador, siendo el vehículo económico apropiado para ello, el cálculo actuarial como vino de verse, pues además el parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece que el tiempo de servicio como trabajador vinculado con empleadores que antes de la vigencia de dicha ley tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, debe tenerse en cuenta para efectos de la misma, para lo cual el último debe trasladar con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente.

Aunado a lo referido, el inciso segundo del artículo 22 de la Ley 100 de 1993 dispuso que *“El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador”*, norma aplicable al presente caso, pues como se ha dicho en reiteradas sentencias SL del 27 de

enero de 2009 radicado 32179, reiterada en las providencias SL del 26 de marzo de 2013 radicado 42398; SL 646 de 2013, SL16715 de 2014, SL 3892 de 2016 y SL4115-2018: “[...] *las normas llamadas a definir los efectos de la «falta de afiliación» o de la «mora» en el pago de los aportes al sistema de pensiones, en perspectiva de la consolidación del derecho, son las vigentes en el momento en el que se causa la prestación reclamada, teniendo en cuenta que el legislador ha expedido disposiciones tendientes a solucionar esas eventualidades y a impedir que se lesione la configuración plena de los derechos pensionales de los afiliados*”. Por tanto, la conclusión del juzgador de primer grado de ordenar el pago del cálculo actuarial no resulta desacertada.

4.2.2. De los pagos constitutivos de salario:

Manifiesta la pasiva su inconformidad, respecto a la declaratoria por parte del *a quo* de tener la prima de antigüedad, la prima de vacaciones, la prima de navidad y el auxilio educativo como factores salariales, señalando que para todos los efectos legales, tales emolumentos fueron considerados como beneficios extralegales no constitutivos de salario.

Para lo pertinente, y en lo concerniente al verdadero origen de los pagos por fuera del salario y sus efectos, se tiene que el artículo 127 del C.S.T. establece que constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte. Como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas y comisiones.

A su vez, el artículo 128 del C.S.T. establece que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador por concepto de primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria, así como lo

que reciba en especie no para su beneficio, sino para el desempeño de sus funciones, como gastos de representación, medio de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. También se contempla que los beneficios extralegales, aunque siendo habituales, las partes en forma expresa pactan que no constituye salario, serán excluidos, entre ellos, los beneficios o auxilios habituales u ocasionales otorgados en forma extralegal por el empleador como las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5159-2018, Radicación No. 68303 del 14 de noviembre de 2018, señaló:

“CRITERIOS PARA DELIMITAR EL SALARIO

“Atrás se explicó que es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo.

“Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo.

“[...]

“LOS DENOMINADOS PACTOS NO SALARIALES

“El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

“La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).

“Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

“Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.

“Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su discusión. Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.

“[...]

“LAS CARGAS PROBATORIAS DE LA EMPRESA

“Por último, esta Corte ha insistido en que por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida.

En tal sentido, y si bien no obra en el plenario documento que respalde el pacto de exclusión salarial por parte del actor y la demandada, respecto del pago de la prima de antigüedad, la prima de vacaciones, la prima de navidad y el auxilio educativo, como lo precisó el fallador de primera instancia; también lo es que el órgano de cierre de esta especialidad, ha precisado que en casos en los que no obre prueba en tal sentido, se hace necesario verificar si realmente su pago constituía o no una retribución directa del servicio prestado, así lo señaló en sentencia SL3272-2018, Radicación No. 69010 de 1º de agosto de 2018:

“Al no hallar prueba de que las partes acordaran excluir la naturaleza salarial a las primas, el Tribunal concluyó que ese beneficio tenía que considerarse como factor de salario, sin detenerse a examinar si realmente su pago constituía o no una retribución directa del servicio prestado. O bien sea, como los pagos en cuestión eran salario por virtud de la ley, para el juez plural las partes debían estipular su exclusión salarial, de tal manera que al no hacerlo, forzosamente debían considerarse como remuneratorios.

“Pues bien, ese discernimiento tampoco compagina con el que de manera pacífica y reiterada ha sostenido la Sala, pues aunque el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo permite a las partes precisar la naturaleza no salarial de algunos beneficios o pagos, ello no significa que si no lo hicieren, ineludiblemente adquieran naturaleza salarial. Y ello es así, porque tal condición es predicable siempre que se reúnan los elementos de que trata el artículo 127 de ese código y que identifican el salario (CSJ SL40530, 5 jun. 2012).

“Significa lo anterior que se equivocó el Colegiado de instancia cuando advirtió que las primas concedidas por la empresa constituyen



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

remuneración solo porque las partes no acordaron excluir su connotación salarial y el artículo 127 ibidem las enlista como un elemento remuneratorio. Ello, por cuanto tal conclusión luce apresurada y se aleja del criterio de esta Sala en cuanto al recto entendimiento del citado precepto, pues en numerosas ocasiones esta Corporación ha enfatizado que, en principio, los pagos que se perciben en razón a la relación de trabajo se presumen salario, a menos que se demuestren las condiciones de ocasionalidad, mera liberalidad del empleador y/o que no van dirigidos a remunerar los servicios prestados.

“En otras palabras, el carácter remuneratorio de un pago no emana directamente de la ley ni del pacto de exclusión salarial, como mal lo interpretó el Tribunal, sino que en cada caso deben analizarse elementos fácticos en aras de establecer cómo fue consagrado y si con él se retribuyen directamente los servicios prestados”.

Al respecto, se aprecia que a folios 89 a 91 del plenario obra la Relación de Salarios y Prestaciones Sociales realizados al demandante del 16 de enero de 1985 hasta el 31 de marzo de 1993, en el que se encuentra el pago de los conceptos objeto de inclusión como factor salarial, es decir, la prima de antigüedad, la prima de vacaciones, la prima de navidad y el auxilio educativo; de los cuales se advierte que su causación era anual, además en algunos casos no se reconocieron durante toda la relación laboral, ejemplo de ello, es el primer año de servicios (1985), en el que se observa que esos rubros no se pagaron, igualmente la prima de navidad tampoco fue retribuida en los años 1986, 1987 y 1993, y el auxilio educativo no fue pagado en los años 1986, 1989 y 1993; esto para significar que los estipendios reconocidos por esos conceptos fueron reconocidos de manera ocasional.

Asimismo, y en atención a los preceptos tanto legales como jurisprudenciales memorados en esta oportunidad, a criterio de la Sala y frente al caso en particular, contrario a lo decidió por el juez de primera instancia, lo que se puede concluir es que el auxilio educativo y las primas de antigüedad, vacaciones y navidad reconocidas por el empleador demandado, no dan cuenta que fueran concedidas para retribuir directamente la prestación del servicio, *a contrario sensu*, se trata de conceptos que lo que buscan es mejorar la calidad

de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; de ahí, que el hecho de no mediar un documento que dé cuenta de su exclusión salarial, no conlleva *per se* a que adquieran naturaleza salarial.

Como corolario de lo anterior, se revocará el numeral primero de la sentencia de primer grado, que declaró que la prima de antigüedad, la prima de vacaciones, la prima de navidad y el auxilio de educación devengados por el actor, son factor salarial, y se adicionará el numeral segundo de la sentencia proferida por el *a-quo*, en el sentido de precisar que los aludidos conceptos no deben ser tenidos en cuenta para la elaboración del cálculo actuarial en el salario base para cada mes y año según se indicó en la tabla que se anexa a la decisión de primera instancia.

Finalmente, acota la Sala que, frente al salario a tenerse en cuenta por parte de la AFP en aras de realizar el cálculo actuarial, se ha establecido que corresponde el último devengado por el trabajador cuando terminó el vínculo o hasta cuando hubo la omisión teniendo en cuenta la categoría máxima asegurable del ISS en los términos del Decreto 1887 de 1994, no obstante la apelación se limitó al carácter salarial de algunos emolumentos, por lo cual no se modificará la decisión en este sentido.

SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral primero de la sentencia proferida el 19 de

agosto de 2021 proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró que la prima de antigüedad, la prima de vacaciones, la prima de navidad y el auxilio de educación devengados por el actor, son factor salarial.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia emitida proferida el 19 de agosto de 2021, Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que los conceptos mencionados en el numeral anterior, no deben ser tenidos en cuenta en el salario base para cada mes y año a efecto de realizar el cálculo actuarial ordenado, según se indicó en la tabla que se anexa a la decisión de primera instancia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

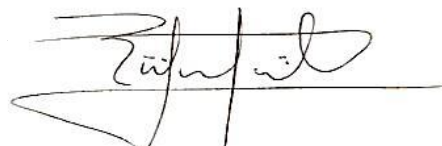
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 29 2019 00257 01
Demandante: WILMAR IVÁN ESPINOZA BERMUDEZ
Demandado: CRISTALERÍA PELDAR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor WILMAR IVÁN ESPINOZA BERMUDEZ formuló demanda ordinaria laboral en contra de la CRISTALERÍA PELDAR S.A., a fin que se declare que con la encartada existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 5 de octubre de 2004 y el 24 de agosto de 2017, el cual finalizó por decisión unilateral del empleador y sin justa causa. Igualmente, se declare que se violaron sus derechos disciplinarios contenidos en las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre la demandada y SINTRAVIDRICOL vigentes para los años 2015 a 2017 y 2017 a 2019.

Por consiguiente, se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa de conformidad con lo establecido en el artículo 81 y siguientes de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la demandada y SINTRAVIDRICOL, la respectiva indexación y la indemnización moratoria con ocasión de la falta de pago de la sanción por despido sin justa causa.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, sostuvo que existió vínculo laboral con la demandada cuyo extremo inicial fue el 5 de octubre de 2004; que fue despedido sin justa causa por un hecho no relacionado con la empleadora, consistente en que, a efectos de obtener un préstamo, presentó una serie de documentos ante FONPELDAR los cuales se alteraron con la finalidad de aumentar su capacidad de endeudamiento.

Seguidamente indicó que, al día siguiente de radicar los documentos para el préstamo retiró la solicitud de crédito y por consiguiente los documentos alterados, pero a pesar de esto, fue citado al Departamento de Relaciones Industriales de la empleadora para que explicara lo sucedido.

Que el hecho imputado no constituye una causal de despido toda vez que en nada versa con las obligaciones de la empresa, por cuanto FONPELDAR es un ente diferente, adicional a que la causal endilgada tampoco representa una infracción penal.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada CRISTALERÍA PELDAR S.A. contestó la demanda aceptando el contrato de trabajo celebrado con el actor, el cual estuvo vigente por el periodo comprendido entre el 18 de mayo de 2004 y el 24 de agosto de 2017.

Argumentó que la terminación de la relación laboral del demandante acaeció por decisión unilateral, basada en una justa causa de conformidad con lo establecido en el artículo 7º, numerales 1º, 3º, 5º y 6º, literal a) del Decreto 2351 de 1961, en concordancia con lo consagrado en el artículo 58, numeral 4º del C.S.T.

Por otra parte, expuso que los documentos adulterados por el demandante fueron los desprendibles de nómina, en los que se certifica la información laboral como salarios, horas extras, recargos, descuentos autorizados, bonificaciones, entre otros, los cuales presentó ante el fondo de empleados, de ahí que la conducta endilgada guarde relación directa con la relación laboral.

Formuló las excepciones denominadas inexistencia de la obligación, justa causa de despido, carencia de derecho, prescripción, compensación, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 12 de noviembre de 2020 absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión indicó en primer lugar, que no fue objeto de discusión la existencia de un contrato de trabajo entre las partes por el periodo comprendido entre el 18 de mayo de 2004 y el 24 de agosto de 2017.

Seguidamente, la *a-quo* argumentó que teniendo en cuenta la confesión realizada por el demandante en el interrogatorio de parte practicado, así como la prueba testimonial recaudada, quedó plenamente demostrado que, frente al proceso disciplinario realizado al actor previo a su despido, el mismo se llevó a cabo en todas sus etapas, situación acorde a lo establecido en la Convención Colectiva de Trabajo en sus artículos 81 y 83.

Por otra parte, concluyó que la conducta desplegada por el demandante en su calidad de trabajador constituyó una justa causa para que le fuese culminado su contrato de trabajo, como quiera que se probó que en efecto el demandante adulteró documentos concernientes a los desprendibles de nómina con el objeto de obtener un beneficio en aras de aumentar la capacidad de endeudamiento, para que así FONPELDAR le realizara un crédito, aspecto que por demás fue confesado en el interrogatorio de parte rendido por el señor WILMAR IVÁN ESPINOSA BERMUDEZ, lo que contraviene lo reglado en los artículos 57 y 62 del C.S.T. y demás disposiciones que rigen la materia.

Al unísono, sopesó su argumento en el hecho que atendiendo la conducta endilgada por el trabajador, a la luz de la jurisprudencia emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es considerada como un acto inmoral para con el empleador, máxime si se tiene en cuenta que FONPELDAR es un fondo conformado por todos los trabajadores de la empresa para la cual laboraba el demandante, y que la finalidad de dicho fondo es precisamente mejorar la calidad de vida de todos los afiliados.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Expuso en su alzada que no resulta admisible que se hubiese incurrido en las faltas establecidas en el literal a), numerales 1º, 3º, 5º y 6º del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, pues si se examinan los hechos que dieron origen al despido sin mayor esfuerzo se llega a la conclusión que los mismos no se pueden encasillar dentro de las causales de despido con justa causa, de ahí que se puede concluir que el finiquito producido fue sin justa causa, pues los actos que no guarden relación con las obligaciones del trabajador en virtud del contrato de trabajo, no pueden endilgarse como causales de despido, máxime que las mismas son taxativas, como se determina en la sentencia T-546 de 2000, en concordancia con la C-299 de 1998.

Es por ello, que dentro del presente asunto no se constituyó ninguna conducta grave por cuanto la acción que se llevó a cabo ante el fondo de empleados con la finalidad de obtener un crédito, lo cual no constituye delito, más aún si después de haber elevado la solicitud de crédito decidió retirarla junto con los documentos aportados, por lo que la conducta se convierte en inocua, como así lo ha expuesto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al no producirse delito alguno.

Además de la inocuidad, aduce que la conducta en nada versa con la empresa para la cual laboró, por cuanto está demostrado que FONPELDAR es una empresa de la economía solidaria, situación jurídica distinta a la empresa encartada, resaltándose que como empleado trabajó por más de diez años al servicio de la pasiva sin cometer faltas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si el despido que efectuó la demandada para con el demandante obedeció a una justa causa, o si, por el contrario, sucedió bajo prerrogativas que conllevaron a que la finalización sucediera injustificadamente, para así establecer si hay lugar al pago de la sanción por despido sin justa causa y demás condenas perseguidas.

c. Del contrato de trabajo:

Debe indicarse en primer lugar, que no fue objeto de reproche que entre el demandante y la encartada existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 18 de mayo de 2004 y el 24 de agosto de agosto de 2017, calenda última en que CRISTALERÍA PELDAR S.A. finalizó el vínculo laboral argumentando una justa causa, prueba de ello lo es la copia del contrato de trabajo, la carta de culminación de la relación laboral comunicada por la pasiva el 24 de agosto de 2017 y la liquidación final de prestaciones sociales (Fls. 342 a 345, 437 a 438 y 439).

Por otra parte, la Sala destaca que si bien, en inicio el demandante alegó en su *petitum* que una de las situaciones por la que su despido fue ineficaz, surgió con ocasión de que no se llevó a cabo en legal orden el proceso disciplinario en los términos reglados en la Convención Colectiva de Trabajo vigente para los años 2015 a 2017 y 2017 a 2019, ese tópico no será analizado en esta oportunidad, como quiera que la decisión adoptada por la *a-quo*, en la que dispuso que en efecto ese procedimiento disciplinario gozaba de legalidad no fue refutado por ninguna de las partes, por lo que ese puntualísimo aspecto se mantendrá incólume.

Ahora bien, respecto a la demostración de la terminación del contrato de trabajo por despido sin justa causa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, tales como la sentencias SL2053-2020, Radicación No. 79903 del 17 de junio de 2020, SL1254-2020, Radicación No. 67750 del 15 de abril de 2020, SL586-2020, Radicación No. 66993 del 26 de febrero de 2020, SL4416-2021, Radicación No. 82850 del 22 de septiembre de 2021, SL4233-2021, Radicación No. 79105 del 14 de septiembre de 2021, entre otras, ha enfatizado que le corresponde al trabajador demostrar el despido, y al empleador la justa causa invocada para la terminación del contrato de trabajo, de ahí que el demandante haya demostrado el despido conforme a las reglas jurisprudenciales, lo que conlleva a la Sala analizar si las causales allí endilgadas se constituyen en justas causas de despido.

Sobre este aspecto, como ya se mencionó, a folios 437 a 438 obra la carta de terminación del contrato de trabajo que emitiera la pasiva al demandante el 24 de agosto de 2017 suscrita por la Gerente de Recursos Humanos, a través de la cual le fueron expuestas las siguientes razones que motivaron la finalización de la relación laboral:

“La Compañía con fundamento en el artículo 7º del Decreto Ley 2351 de 1965, literal a), numerales 1º, 3º, 5º y 6º; artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo, numeral 4º y artículo 75 literales a), b), c), d), g), artículo 79 numeral 4º y artículo 86 literal a) numerales 1º, 3º, 5º y 6º del Reglamento Interno de Trabajo y demás normas concordantes, ha decidido dar por terminado en forma unilateral y con justa causa su contrato de trabajo a partir del día 24 de agosto de 2017, último día de labor.

“La anterior decisión se fundamenta en los siguientes hechos:

- 1. El pasado 17 de mayo de 2017 Mónica Bibiana Buitrago del área de Gestión de Calidad de Fonpeldar (Fondo de Empleados Peldar) se comunica telefónicamente y además envía un correo electrónico a Rosa Suárez, Analista del Área de Administración de Personal de la planta de Zipaquirá para que la empresa confirme si los desprendibles de pago de la semana 20 entregados por usted corresponde a los entregados por la compañía debido a que presentan inconsistencias.*
- 2. La empresa el 27 de mayo de 2017 constató que de los dos desprendibles de pago, que usted entregó a Fonpeldar, correspondientes a la semana 20, ambos presentaban adulteraciones en lo correspondiente a las deducciones y al neto a pagar entre otros, desprendibles que usted modificó y adulteró “para que me dieran la capacidad de endeudamiento” y así obtener un préstamo en dicha entidad, esto de acuerdo a lo expresado por usted en el desarrollo del proceso disciplinario del 17 de julio de 2017.*
- 3. En efecto una vez verificados nuestros archivos de nómina se pudo determinar que los valores por los conceptos precitados no corresponden a los que aparecen en nuestros registros de comprobantes de pago, información que usted ratificó nuevamente en el procedimiento de segunda etapa realizada el 25 de julio de 2017.*

“De lo anterior se precisa que usted realizó modificaciones, es decir adulteró el desprendible de pago entregado por la empresa con el fin de obtener un beneficio económico al entregar información falsa y así recibir un crédito en el fondo de empleados.

“Con base en las anteriores consideraciones, la compañía ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa.

Como se aprecia de la motiva del despido, es evidente que la acción que conllevó al mismo se circunscribe en el hecho que el demandante adulteró unos documentos con la finalidad de presentarlos ante el fondo de empleados FONPELDAR, a efectos de solicitar un préstamo.

Advierte la Sala sin ninguna dubitación, que la situación de adulteración se encuentra probada en su integridad dentro del plenario, ya que esta fue confesada por el mismo demandante en el interrogatorio de parte rendido, incluso se advierte de las etapas realizadas dentro del proceso disciplinario que la empresa le adelantó, incluidos los desprendibles de nómina objeto de la conducta (Fls. 416 a 438).

Así las cosas, vale la pena resaltar que para el análisis de la finalización de un contrato de trabajo, debe tenerse en cuenta lo establecido en el numeral 6º del literal a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, que subrogó el artículo 62 del C.S.T., y que contempla como justa causa para por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por parte del empleador *“Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”*.

Significa lo anterior, que la disposición normativa en comento, consagra dos situaciones diferentes que se consideran como justa causas para la terminación del contrato de trabajo, siendo la primera cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumbe al trabajador de conformidad con lo dispuesto en los artículos 58 y 60 del C.S.T., mientras que la segunda se circunscribe a las faltas graves que se califique en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

Bajo este escenario, la Sala de Casación Laboral ha precisado que las obligaciones que le incumben en tratándose como las causales propias del C.S.T., deben ser evaluadas por el Juez del trabajo y no por las partes, mientras que las establecidas en pactos o convenciones, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, si se determinan como causal justa para el finiquito laboral, deben ser entendidas como tal, así se precisó en la sentencia SL2309-2020, radicación No. 81231 del 7 de julio de 2020.

Asimismo, la Corte en sentencia SL187-2018 lo siguiente:

“Sobre la hermenéutica del citado texto normativo ya ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Corporación, entre otras sentencias en la proferida el 18 de septiembre de 1973, en la cual se dijo:

“Es indudable que en el numeral 6° del aparte a) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, se consagran dos situaciones diferentes que son causas de terminación unilateral del contrato de trabajo. Una es <cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo> y otra es <... cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos...>.

“En cuanto a la primera situación contemplada por el numeral señalado, es posible la calificación de la gravedad de la violación (...) En cuanto a la segunda situación contemplada por el numeral referido, es claro que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentarios en que se consagran esas faltas con tal calificativo...”

“El diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, edición 1970 dice que falta en su segunda acepción es: <Defecto en el obrar, quebrantamiento de la obligación de cada una> y en cuanto a la violación indicada: <Acción y efecto de violar>, y define el verbo violar como <infringir> o quebrantar una ley o precepto”.

“Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo, no es lo que determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato.

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

“Y en sentencia de 19 de septiembre de 2001, radicación 15822, así razonó esta Corporación:

“Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T. Lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves por el reglamento interno de trabajo, sin importar si ella, produjo daño o beneficio para la entidad patronal” (Subraya la Sala).”

Con este entendimiento, por metodología en la resolución del caso *sub examine*, la Sala entra a verificar si la motiva del despido basado en el precepto del reglamento interno, en inicio se ajusta a derecho para haber finalizado el contrato, reiterando que la conducta o actuar endilgado al actor por la encartada, giró en torno a la alteración de los desprendibles de nómina que el actor presentó ante FONPELDAR a efectos de solicitar un crédito financiero.

Argumenta la encartada en la carta de despido que al actor se le ajusta lo regulado en los literales a), b), c), d) y g) del artículo 75, numeral 4º del artículo 79 y, el literal a), numerales 1º, 3º, 5º y 6º del reglamento interno de trabajo.

Para lo pertinente, los literales a), b), c), d) y g) preceptúan:

“Artículo 75 – Los trabajadores tienen como deberes generales los siguientes:

- a) Respeto y subordinación a los superiores.*
- b) Respeto a sus compañeros de trabajo.*
- c) Procurar completa armonía e inteligencia con los superiores y compañeros de trabajo, en las relaciones personales y en la ejecución de las labores.*
- d) Guardar buena conducta en todo sentido y obrar con espíritu de leal colaboración en el orden moral y disciplina general de la Empresa.*
- g) Ser verídicos en todo caso.”*

El numeral 4º del artículo 79 dispone:

“Artículo 79 – Son obligaciones especiales del trabajador:

- 4) Guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros.”*

El literal a), numerales 1º, 3º, 5º y 6º del artículo 86 contempla:

Artículo 86 – Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, las siguientes:

a) Por parte de la Empresa:

- 1. El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante la presentación de certificados falsos para su admisión o tendientes a obtener un provecho indebido.*
- 3. Todo acto grave de violencia, injuria y malos tratamientos en que incurra el trabajador fuera del servicio, en contra del patrono, de los miembros de su familia o de sus representantes o socios, jefes de taller, vigilantes o celadores.*
- 5. Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo, o en el desempeño de sus labores.*
- 6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o en el presente Reglamento.”*

Bajo este escenario, la Sala puede concluir que la conducta endilgada al trabajador en adulterar unos desprendibles de nómina para así conseguir un crédito financiera ante FONPELDAR, es un acto inmoral que se adecúa a lo preceptuado en el numeral 4º del artículo 79 del Reglamento Interno de Trabajo.

Lo anterior, en razón a que la conducta que el actor realizara en su momento, en el entendido de pretender suministrar información errónea a FONPELDAR para perseguir un crédito, no puede avalarse como un acto distinto de la pasiva, pues si bien dicho fondo es una persona jurídica diferente que la demandada, tal como lo argumenta la parte demandante en su alzada y en sus alegatos de conclusión, lo que en principio se podría entender como un actuar diferente de las funciones propias de su labor, lo cierto es que no puede alejarse de la realidad que ese fondo de empleados tiene como fin preservar ciertas garantías y mejoras para con los trabajadores de la CRISTALERÍA PELDAR S.A, debido a que la naturaleza de su creación es precisamente sopesar menoscabos en pro de proveer garantías mínimas dentro de una comunidad laboral.

Es así, que al pretender el demandante beneficiarse de ese fondo de empleados, es por lo que se constituye un acto inmoral con sus compañeros de trabajo, ya que, de cierta manera, pudo llegar a causar un detrimento de los empleados que conforman el fondo, o que aspiran algún beneficio de este, de ahí que se pueda colegir la configuración en el reglamento de trabajo para que la empresa hubiese finalizado con justa causa el contrato de trabajo.

De igual manera, no debe soslayarse que las nóminas de pago son expedidas por la empleadora, por ende, su alteración afecta los intereses de la misma en tanto pueden comprometer sus obligaciones o usarse de manera indebida, como en el presente evento.

Además, resalta la Sala que en el numeral 6º del literal a) del artículo 86 del reglamento interno de trabajo, también se estipuló para culminar como justa causa por parte del empleador el contrato de trabajo, cuando se produzca cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que le incumben al trabajador al tenor de lo dispuesto en los artículos 58 y 60 del C.S.T., aspecto que implica que la conducta inmoral llevada a cabo por el demandante y, por consiguiente justa para el finiquito, se encuentre contenida en el numeral 4º del artículo 58 del C.S.T.

Sobre los actos inmorales, nuestro órgano de cierre en sentencia SL3951-2021, Radicación No. 76053 del 9 de agosto del 2021, ha dejado de presente que siempre y cuando la conducta inmoral se encuentre demostrada, puede encuadrarse su tipicidad a la causal endilgada, así lo contemplo:

“En este caso desde ya se advierte que le asiste razón a la parte recurrente, por las siguientes razones: el numeral 5º de la citada norma consagra el acto inmoral como causa de despido, así como también se encuentra consagrado en el numeral 5º del artículo 91 del RIT, lo cual permite colegir que algunos actos, pese a no estar expresamente prohibidos, pueden constituir justa causa de despido si configuran un acto inmoral, siempre que la conducta se encuentre demostrada para encuadrar su tipicidad, por tanto no es correcto que el Tribunal le exigiera a la demandada la demostración expresa de la prohibición de tal conducta, pues el juez laboral dentro del proceso puede determinar que los hechos que sirvieron de fundamento para la finalización de vínculo laboral constituye un acto inmoral y, por tanto, constituye una justa causa para el finiquito contractual (ver sentencias CSJ SL 18 jun.1997, rad 9017 y CSJ SL10137-2015).”

En conclusión, claro es el acto inmoral perpetrado por el demandante, el cual, se encuentra determinado dentro del reglamento interno de trabajo de la CRISTALERÍA PELDAR S.A. como una justa causa para la finalización del contrato de trabajo, lo que conlleva a que la absolución decidida en primera instancia se confirme, al no gozar de prosperidad las pretensiones del demandante.



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

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 11001 31 050 **30 2019 00 658 01**
Demandante: LUIS ALBERTO REAL RAMÍREZ
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería para actual en representación de COLPENSIONES al abogado WINDERSON JOSÉ MONCADA RAMÍREZ, identificado con cédula de ciudadanía 1.232.398.851 y T.P. 334200 del C.S. de la J., en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 7 de julio de 2021 por el Juzgado Treinta del Circuito de Bogotá.

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

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor LUIS ALBERTO REAL RAMÍREZ formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare

la ineficacia del traslado que efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A., fundamentada esta pretensión en la falta de información que precedió su afiliación.

Como consecuencia de lo anterior, se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual y a su vez, se ordene a COLPENSIONES a recibirlo como afiliado sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, desde el 14 de abril de 1978, así como corregir y actualizar la historia laboral del demandante.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones adujo el accionante que se afilió al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones por intermedio del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 14 de abril de 1978 hasta el 1º de julio de 1997, fecha en la cual se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., contando con un total de 788 semanas para el momento de su traslado.

Con respecto a la afiliación verificada en PORVENIR S.A. alega el demandante que no estuvo precedida de la suficiente información, pues por parte de la administradora no se le suministró asesoría sobre el año de gracia para trasladarse de régimen por única vez antes del 28 de enero de 2004, contemplado en la Ley 797 de 2003 en su artículo 2º reglamentado por el artículo 1º del decreto 3800 de 2003; aunado a ello la AFP omitió informarle sobre la prohibición de trasladarse de régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima de adquisición de su derecho pensional, constituyéndose así las faltas al deber de información.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que la afiliación realizada por el demandante fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, pues nunca se le negó el derecho de retracto contenido en el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, así como lo contenido en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 al publicar un artículo en el diario “El Tiempo” en enero de 2004 la posibilidad de trasladarse de régimen. Expuso además, que la información que le brindó PORVENIR S.A. al demandante se realizó conforme a la normatividad vigente para la fecha del traslado.

Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica.

COLPENSIONES se opuso a todas las pretensiones consignadas en la demanda, señalando que existen elementos probatorios suficientes que dan cuenta que la afiliación del demandante a PORVENIR S.A. fue libre y voluntaria, aunado a ello que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal contemplada en el artículo 2º del literal e) de la Ley 797 de 2003. Finalmente, refiere que no es dable condenarla al pago de costas procesales, en tanto no se le puede imputar responsabilidad por la eventual ineficacia.

Propuso como medios exceptivos los de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 7 de julio de 2021, declaró nulo e ineficaz el traslado que realizó el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., el 1º de julio de 1997, por lo que ordenó a la AFP a reintegrar a COLPENSIONES todos los valores existentes en la cuenta de ahorro

individual, más los rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración desde el 1º de julio de 1997 hasta la fecha de su traslado debidamente indexados. Frente a las excepciones propuestas las declaró no probadas.

Para llegar a esa conclusión, el juez argumenta que si bien el negocio jurídico del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tiene objeto y causa lícita, y el demandante tenía capacidad para celebrarlo, se acredita el dolo como vicio del consentimiento, pues no se vislumbra prueba que acredite que PORVENIR S.A. para el momento del traslado de régimen, haya cumplido con el deber de información, carga probatoria en cabeza de la AFP, según el criterio definido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencias SL-12133 de 2014 y SL-1688 de 2019.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

PORVENIR S.A. apeló la decisión argumentando que le brindó al demandante la información clara y completa al momento de su traslado, sumado a que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal para trasladarse, sin que se hayan acreditado los elementos requeridos para declarar la nulidad absoluta del traslado, así como su ineficacia.

También presentó inconformidad frente a la devolución de los gastos de administración, pues manifiesta que estos dineros no forman parte de la pensión de vejez del accionante, por ello no le corresponden al demandante y no es dable su devolución a COLPENSIONES, configurándose con la condena un enriquecimiento sin causa, máxime que los mismos están cobijados por el fenómeno de la prescripción.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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

quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad*

de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

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

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

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

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

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

En el presente proceso, se allega el formulario por medio del cual el señor LUIS ALBERTO REAL RAMÍREZ realizó el traslado de régimen pensional a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., el 20 de mayo de 1997 (Fl. 104 del expediente); y si bien en el formulario presentado al plenario se establece que la decisión es libre y voluntaria, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que aunque en el formulario de afiliación se indique que la afiliación es libre y espontánea, no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró al afiliado la información oportuna y veraz, así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por*

demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.”

Seguidamente, en el interrogatorio de parte practicado al accionante no se vislumbra confesión de haber recibido información clara y completa suministrada en el momento de su traslado a PORVENIR S.A., pues si bien manifestó que lo hizo de manera libre y voluntaria y no fue presionado para firmar, tal aspecto no es óbice para que la AFP debiera acreditar la debida información sobre las consecuencias y diferencias entre uno y otro régimen pensional, máxime si se tiene en cuenta que el actor también reseñó que el asesor del fondo privado en el año 1997 le indicó solo que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se liquidaría, con lo cual su pensión se vería afectada.

A raíz de este relato, el demandante afirma que su decisión estuvo motivada por el temor que sintió al escuchar la posible desaparición del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, lo que sopesa más aún el deber de información adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993,	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar

	modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se avizora prueba que se le haya suministrado al actor para el año 1997, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia en la declaratoria de ineficacia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber por PORVENIR S.A. en el caso bajo estudio.

Respecto a la inconformidad de PORVENIR S.A. con relación a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación

Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

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

Es así, como al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni los rendimientos financieros ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES puesto que pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión del señor LUIS ALBERTO REAL RAMÍREZ.

En virtud de lo anterior, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineficacia del traslado,

la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

En igual sentir, en reciente sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones,

aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al Sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción es imprescriptible por su naturaleza de surgir del derecho a la pensión, por ende la prescripción para este tipo de acciones no opera, como en el caso que nos ocupa, situación que conduce a la misma inaplicabilidad prescriptiva que se deriva con ocasión a los gastos de administración.



Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 7 de julio de 2021 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 27 2019 00376 01
Demandante: RAÚL CRUZ
Demandado: COLPENSIONES

Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 7 de septiembre de 2021 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, como quiera que la decisión de primer grado fue adversa a sus intereses, todo de conformidad con lo preceptuado en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor RAÚL CRUZ formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, con la finalidad que se declare que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos contemplados en el Decreto 758 de 1990.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por consiguiente, se condene a la encartada al pago de la pensión en los términos preceptuados en el Decreto 758 de 1990, así como al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

De manera subsidiaria, pretende la indemnización sustitutiva de la pensión, la condena de intereses moratorios conforme lo dispone el artículo 1617 del Código Civil y/o indexación a partir de la fecha, más lo que resulte probado en uso de las facultades *extra y ultra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que cotizó en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida por el periodo comprendido entre el 14 de febrero de 1972 y el 28 de febrero de 2003, así como que prestó servicio militar desde el 1º de noviembre de 1966 hasta el 10 de octubre de 1968.

Que tras elevar solicitud de reconocimiento de pensión de vejez y subsidiariamente de la indemnización sustitutiva de la pensión, COLPENSIONES mediante Resolución GNR 250618 del 24 de agosto de 2016 negó la referida pensión y reconoció la indemnización, la cual en la actualidad se encuentra debidamente cancelada por la entidad.

Por último, refirió que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 48 años de edad y más de 616 semanas, incluido el tiempo del servicio militar.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó no ser cierto que el demandante hubiese cotizado al sector privado un total de 899 semanas, al igual que adujo no constarle que el actor hubiese cotizado 101 semanas al sector público.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Aceptó el hecho que al demandante mediante Resolución GNR 250618 de 2016 le fue negado el reconocimiento y pago de una pensión de vejez al no reunir los requisitos mínimos de la misma, y en su lugar, se accedió al pago de una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Formuló las excepciones denominadas inexistencia del derecho reclamado, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas e instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 28 de junio de 2021 condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante la diferencia de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por la suma de \$1.224.467, valor que debe pagarse debidamente indexado desde el 18 de noviembre de 2015, fecha en que solicitó la referida indemnización ante la entidad, hasta la fecha en que se produzca el correspondiente pago, absolviendo a la encartada de las demás pretensiones formuladas.

Para arribar a dicha conclusión, manifestó la falladora de instancia en primer lugar que el demandante no es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que si bien a la entrada en vigencia de esta prerrogativa, esto es, el 1º de abril de 1994, contaba con 47 años de edad, lo cierto es que perdió el referido régimen transicional, como quiera que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., el 1º de diciembre de 1994.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que por tal razón, en atención de los postulados jurisprudenciales emanados tanto por la Corte Constitucional como por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no recuperó el régimen de transición, en tanto al 1º de abril de 1994 no contaba con 15 años de servicios, ya que para dicha calenda únicamente contaba con 620 semanas, entre las cuales se encuentran 515.86 semanas reflejadas en su historia laboral y 104.14 semanas por el tiempo que prestó servicios en el Ministerio de Defensa por el periodo comprendido entre el 7 de noviembre de 1966 y el 10 de octubre de 1968 (servicio militar), último interregno que debe ser tenido en cuenta, aspectos que conllevan que por no beneficiarse del régimen de transición, la prestación debe analizarse a la luz del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

Seguidamente, la *a-quo* concluyó que, si bien el demandante cumplió 60 años de edad el 23 de julio de 2008, no logró acreditar las semanas requeridas en tanto, para el año 2008, se requerían 1125 semanas, y tan solo logró cotizar en toda su vida laboral 1017.43 semanas incluidas las del servicio militar, como tampoco ostenta 1300 semanas que son las exigidas en la actualidad.

En lo que atañe a la pretensión de la indemnización sustitutiva, expuso que el demandante cumplió con los requisitos previstos en los artículos 37 de la Ley 100 de 1993 y 1º del Decreto 1730 de 2001, en el entendido que desde el 23 de julio de 2008 cumplió la edad requerida para pensionarse y actualmente cuenta con 74 años de edad y cotizó un total de 1017.43 semanas a la fecha de solicitud de la indemnización, lo que conlleva a que no cuente con la densidad de semanas exigidas en la ley para acceder a una pensión, adicional a que, desde el 18 de noviembre de 2015 solicitó el reconocimiento pensional o la indemnización sustitutiva, manifestando así su imposibilidad de seguir cotizando.

Que si bien es cierto mediante la Resolución GNR 250618 de 2016 la entidad negó el reconocimiento pensional del actor y reconoció la indemnización



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sustitutiva en cuantía de \$10.974.736, la liquidación que realizó la encartada no tuvo en cuenta el servicio prestado al Ministerio de Defensa Nacional, por lo que de conformidad con lo regulado en el artículo 2º del Decreto 1730 de 2001, deben tenerse en cuenta la totalidad de las semanas cotizadas, incluso las anteriores a la Ley 100 de 1993; circunstancia por la cual, efectuados los cálculos respectivos el total de semanas cotizadas arroja por concepto de indemnización un total de \$12.199.103, lo que da como diferencia a la reconocida por la entidad la suma de \$1.224.367, de ahí que haya fulminado condena por tal concepto, valor que deberá pagarse debidamente indexado.

No condenó al pago de intereses moratorios con el argumento que los mismos proceden frente al retardo de mesadas pensionales, situación que no fue objeto de condena en la decisión. También adujo que no prosperaría la excepción de prescripción por cuanto la indemnización sustitutiva es un derecho de carácter imprescriptible.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión la parte demandada la apeló. Encuentra inconformidad en la reliquidación de la indemnización sustitutiva ordenada por la falladora de instancia junto con la condena en costas, exponiendo en su alzada que dentro del expediente administrativo no se aprecia que el demandante hubiese agotado la reclamación administrativa conforme a las normas procesales que rigen la especialidad, por lo que no se ha podido auscultar de forma minuciosa la ocurrencia de un error frente a la liquidación de la indemnización sustitutiva reconocida a través de la GNR 250618 de 2016, máxime si no se cuenta con un cálculo actuarial por parte del Ministerio de Defensa Nacional para así poder determinar las semanas cotizadas allí junto con el respectivo bono pensional, aspecto por el que al actuarse bajo la legalidad de la información contenida del demandante y la buena fe, resulta improcedente la condena en costas.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES bajo los apremios del artículo 69 del C.P.T y de la S.S., la Sala deberá auscultar si resulta procedente el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que fuese reconocida en primera instancia.

De prosperar la indemnización sustitutiva, se determinará si el monto adicional de la condena impuesta se ajusta a derecho o no, al igual que se verificará si hay lugar a condenar en costas de primer grado a la entidad.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que el aquí demandante no causó su prestación por vejez del régimen de transición, por cuanto se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. el 1º de diciembre de 1994, retornando nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 15 de julio de 2002, como da cuenta la certificación expedida por COLPENSIONES el 15 de julio de 2014 (Fl. 7); lo anterior teniendo en cuenta que para conservar el régimen transicional y como lo sostuvo la falladora de instancia, debía acreditar quince años de cotizaciones a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues de antaño la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia así lo ha adoctrinado en diferente jurisprudencia como es el caso de la SL 4085-2021, Radicación No. 82493 del 7 de julio de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

2021, SL 3739-2021, Radicación No. 76903 del 25 de agosto de 2021, SL 3744-2021, Radicación No. 82399 del 25 de agosto de 2021, entre otras.

Tal tópico no fue acreditado por el actor como quiera que al 1º de abril de 1994 contaba con 515.86 semanas cotizadas al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y 99.09 semanas de al servicio militar como da cuenta el reporte de semanas emitido por COLPENSIONES en el mes de noviembre de 2011 y los respectivos certificados expedidos por el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.

Por otra parte, debe acotarse que al señor RAÚL CRUZ le es aplicable el cómputo de semanas como consecuencia del servicio militar prestado, mismo que se circunscribe al periodo comprendido entre el 7 de noviembre de 1966 y el 10 de octubre de 1968, talante que por demás se encuentra adoctrinado por la Sala de Casación Laboral, siendo algunas decisiones las sentencias SL 3062-2021, Radicación No. 80451 del 7 de julio de 2021, SL 3014-2021, Radicación No. 70422 del 6 de julio de 2021, SL 2685-2021, Radicación No. 84816 del 29 de junio de 2021, entre otras.

Debe tenerse en cuenta además que al demandante COLPENSIONES mediante Resolución GNR 250618 del 24 de agosto de 2016 le negó el pago de la pensión de vejez, por no ser beneficiario del régimen de transición al perderlo con ocasión de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y posterior retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y de otra, por cuanto no acreditaba los requisitos consagrados en la Ley 797 de 2003, de ahí que le hubiese reconocido indemnización sustitutiva en cuantía de \$10.974.736.

d. De la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez:

El artículo 37 de la Ley 100 de 1993 establece:

“ARTÍCULO 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.”

A su vez, el artículo 1º del Decreto 1730 de 2001 preceptúa:

“Artículo 1º.*Causación del derecho. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando con posterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones se presente una de las siguientes situaciones:*

a) Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;

b) Que el afiliado se invalide por riesgo común sin contar con el número de semanas cotizadas exigidas para tener derecho a la pensión de invalidez, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993;

c) Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios par que su grupo familiar adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993;

d) Que el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera, con, posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genere para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivencia de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del decreto ley 1295 de 1994.”

Así las cosas, claro resulta para la Sala que el demandante acreditó el precepto de que trata el literal a) del artículo 1º del Decreto 1730 de 2001, por tanto como lo indicó la *a-quo*: (i) desde el 23 de julio de 2008 cumplió la edad requerida para pensionarse, esto es, 60 años de edad según se corrobora con la copia de su cédula de ciudadanía allegada en medio magnético, ya que nació el mismo mes y día de 1946; (ii) en la actualidad cuenta con 74 años, (iii) de conformidad con los tiempos cotizados al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES que arrojan un total de 913.29 semanas y los certificados por el MINISTERIO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

DE DEFENSA NACIONAL que ascienden a 99.03 semanas, ostenta un total de semanas de 1012.32 en toda su vida laboral, situación que no le permite acceder a ninguna prerrogativa pensional en razón a que, como ya se indicó, el actor perdió la posibilidad de aplicación del régimen de transición por haberse trasladado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y luego retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, adicional a que no tiene requisitos para acreditar la prestación por vejez a la luz de lo regulado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003; y (iv) el 18 de noviembre de 2015 solicitó a COLPENSIONES, además de la pensión de vejez el reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva, aduciendo no tener posibilidad de continuar cotizando; situaciones todas que conllevan a que la decisión de primer grado se confirme por este puntualísimo aspecto.

Ahora, también debe confirmarse lo decidido por la falladora de instancia en el entendido que para efectos de la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez debe computarse la totalidad de los aportes realizados, incluidos los efectuados en el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, máxime si el artículo 2º del referido Decreto 1730 de 2001 puntualiza que la liquidación procede respecto de todo el tiempo cotizado.

Por tal razón, el demandante al acreditar 1012.32 semanas tanto en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES como en el ente ministerial, y realizadas las operaciones concernientes en atención a que el presente asunto se estudia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, se tiene que el monto de la indemnización asciende a la suma de \$20.380.352.

Lo anterior implica un valor superior al calculado en primera instancia, por lo que al estudiarse el proceso en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES la decisión de primer grado habrá de confirmarse sobre este puntualísimo aspecto.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1966	55	0,080	92,730	1.159,125	\$ 54,55	\$ 63.225,00	\$ 115.913,00
1967	365	0,090	92,730	1.030,333	\$ 49,32	\$ 50.811,00	\$ 618.201,00
1968	283	0,100	92,730	927,300	\$ 91,17	\$ 84.538,00	\$ 797.475,00
1972	116	0,100	92,730	927,300	\$ 853,45	\$ 791.403,00	\$ 3.060.092,00
1978	153	0,250	92,730	370,920	\$ 2.723,53	\$ 1.010.212,00	\$ 5.152.081,00
1979	365	0,290	92,730	319,759	\$ 3.710,96	\$ 1.186.611,00	\$ 14.437.101,00
1980	366	0,360	92,730	257,583	\$ 5.468,85	\$ 1.408.685,00	\$ 17.185.957,00
1981	365	0,470	92,730	197,298	\$ 9.527,67	\$ 1.879.789,00	\$ 22.870.766,00
1982	59	0,560	92,730	165,589	\$ 11.850,00	\$ 1.962.233,00	\$ 3.859.058,00
1983	2	0,720	92,730	128,792	\$ 9.480,00	\$ 1.220.945,00	\$ 81.396,00
1987	53	1,650	92,730	56,200	\$ 25.530,00	\$ 1.434.786,00	\$ 2.534.789,00
1988	366	1,950	92,730	47,554	\$ 25.530,00	\$ 1.214.050,00	\$ 14.811.410,00
1989	365	2,380	92,730	38,962	\$ 39.310,00	\$ 1.531.603,00	\$ 18.634.503,00
1990	365	2,880	92,730	32,198	\$ 47.370,00	\$ 1.525.215,00	\$ 18.556.783,00
1991	365	3,580	92,730	25,902	\$ 66.042,74	\$ 1.710.655,00	\$ 20.812.969,00
1992	366	4,580	92,730	20,247	\$ 79.290,00	\$ 1.605.363,00	\$ 19.585.429,00
1993	304	5,780	92,730	16,043	\$ 89.070,00	\$ 1.428.973,00	\$ 14.480.260,00
1995	360	9,700	92,730	9,560	\$ 134.311,08	\$ 1.283.986,00	\$ 15.407.832,00
1996	360	12,140	92,730	7,638	\$ 183.135,75	\$ 1.398.861,00	\$ 16.786.332,00
1997	360	14,890	92,730	6,228	\$ 197.869,25	\$ 1.232.264,00	\$ 14.787.168,00
1998	360	18,250	92,730	5,081	\$ 235.066,08	\$ 1.194.393,00	\$ 14.332.716,00
1999	360	21,800	92,730	4,254	\$ 269.891,83	\$ 1.148.031,00	\$ 13.776.372,00
2000	332	26,520	92,730	3,497	\$ 300.302,00	\$ 1.050.038,00	\$ 11.620.421,00
2001	360	31,210	92,730	2,971	\$ 327.952,67	\$ 974.401,00	\$ 11.692.812,00
2002	310	36,420	92,730	2,546	\$ 332.829,64	\$ 847.427,00	\$ 8.756.746,00
2003	40	39,790	92,730	2,330	\$ 356.760,00	\$ 831.424,00	\$ 1.108.565,00
Total días	7155	Total devengado actualizado a				2016	\$ 285.863.147,0
Semanas Cotizadas S.C.	1022,14	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					\$ 279.670,44
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					7,129%
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a				2016	\$ 20.380.352,00

Resalta la Sala que fue en razón a la implementación de los dos regímenes pensionales desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, que el sistema se vio en la imperiosa necesidad de establecer mecanismos que permitieran el traslado de los emolumentos cotizados o laborados en otras entidades, bajo la institución de bono pensional.

Por tal razón, los bonos pensionales fueron definidos como instrumentos de deuda pública, los cuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993 *“constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones”*. Doctrinalmente, además, han sido concebidos como *“un valor a favor de un afiliado que se traslada a uno de los regímenes del Sistema General de Pensiones, el cual representa la deuda pensional causada desde el momento en que el afiliado inició su vida laboral hasta la fecha efectiva del traslado, en razón de las vinculaciones laborales,*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

legales o reglamentarias que tuvo con las diferentes entidades de previsión que asumen el pago de la obligación”¹

Y referente a quienes tienen derecho a su emisión (artículo 115 de la Ley 100 de 1993), se dispuso:

“a) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público;

“b) Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos;

“c) Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones;

“d) Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieren a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.

“PARÁGRAFO. Los afiliados de que trata el literal a) del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas no tendrán derecho a bono”

Agregando el artículo 119 de dicho cuerpo normativo, que es necesario contar con un *“tiempo de cotización o de servicios, continuo o discontinuo, haya sido igual o mayor a cinco años”*.

Ahora, conforme a la designación dada por el Decreto 1748 de 1995 en el artículo 17, los Bonos Pensionales Tipo B, se encuentran regulados por el Decreto Ley 1314 de 1994 y son aquellos que se emiten a favor del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES por cuenta de los servidores públicos que al entrar en vigencia el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, se trasladaron al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. En virtud de lo anterior, es claro que los Bonos Tipo B para las personas, representan un número de semanas válidas para la pensión y para el fondo común del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, se traducen en dinero empleado para financiar las pensiones que sean reconocidas.

¹ Problemas Actuales de la Seguridad Social Bonos Pensionales, Fernando Castillo Cadena, Editorial Ibáñez, Universidad Javeriana.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así, en esencia, la virtualidad de este tipo de bono pensional es completar los recursos requeridos para financiar las pensiones que son reconocidas a los servidores públicos, que antes de su vinculación al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, prestaron sus servicios al Estado, lo que, en estricta interpretación, excluiría el financiamiento del reconocimiento de la indemnización sustitutiva, pues, se itera, su creación tiene como fin el pago de la prestación jubilatoria.

No obstante, del artículo 63 del Decreto 1748 de 1995, adicionado por el artículo 22 del Decreto 1474 de 1998, modificado por el artículo 26 del Decreto Nacional 1513 de 1998, se infiere, procede también para el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, así se estipuló en la norma referida que en su tenor literal señala:

“Cuando se cause una indemnización sustitutiva, de conformidad con el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, el bono pensional se redimirá hasta por un monto que sumado al monto de las cotizaciones realizadas y no tomadas en cuenta para el cálculo del bono, permita pagar el valor de la indemnización sustitutiva establecida por dicho artículo. A dichas cotizaciones se les aplicará el rendimiento anual efectivo de las reservas del ISS, de acuerdo con el parágrafo 3º del artículo 24. En este caso, si el valor a pagar por razón del bono pensional es inferior al valor del mismo, esta diferencia se le reducirá proporcionalmente a todas las cuotas partes. Si el bono no es expedido oportunamente, el ISS podrá pagar la indemnización que corresponda al afiliado, tomando en cuenta únicamente las cotizaciones efectuadas al ISS. Posteriormente, el ISS comunicará a todas las entidades el valor a su cargo por concepto del bono, para que estas sumas sean pagadas directamente al beneficiario.” (Negrilla y subrayas de la Sala).

Estos instrumentos, según lo reglado en el artículo 4º del Decreto Ley 1314 de 1994, serán emitidos “por la última entidad pagadora de pensiones a la cual haya pertenecido el afiliado o por la Nación o entidad territorial, cuando la responsabilidad corresponda a una caja, fondo o entidad del sector público sustituido por el fondo de pensiones públicas del nivel nacional o territorial respectivamente, antes de su vinculación al Instituto de Seguros Sociales (...)”, y podrán ser redimidos “cuando el afiliado se pensione en el Instituto de Seguros



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

*Sociales por vejez o invalidez o cuando se cause la pensión de supervivencia, **y cuando haya lugar a la indemnización sustitutiva**".*

Sobre este último aspecto, esto es, cuando haya lugar a la indemnización sustitutiva, la redención podrá hacerse de manera anticipada de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 16 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 5 del Decreto 1474 de 1994.

Dicho bono pensional debe ser reclamado por la entidad administradora de pensiones a la cual se encuentra afiliado el demandante, según el artículo 48 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 20 del Decreto 1513 de 1998, al determinar que *"corresponde a las entidades administradoras adelantar por cuenta del afiliado pero sin ningún costo para éste, las acciones y procesos de solicitud de bonos pensionales y de pago de los mismos cuando se cumplan los requisitos establecidos para su redención"*, el cual, a su vez, se emitirá para la entidad administradora de pensiones que en el presente asunto versa sobre COLPENSIONES, para que proceda a contribuir con la conformación del capital necesario para la financiación de la prestación respectiva; circunstancia por la cual, puede concluirse la validez para que sea la encartada la que pueda reconocer en su integridad la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que aquí se depreca.

De otra parte, se aqueja la entidad en su alzada en el hecho que el actor no acreditó dentro del expediente haber agotado en legal forma la reclamación administrativa en los precisos términos del artículo 6º del C.P.T y de la S.S., argumento que no es de recibo, en virtud a que la misma entidad mediante la Resolución GNR 250618 del 24 de agosto de 2016 expone en las consideraciones que el actor solicitó el 18 de noviembre de 2015 tanto el pago de una pensión de vejez como el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, de ahí que la Sala no encuentre razón alguna para no dejar por sentado que en efecto se elevó reclamación administrativa bajo los apremios del Estatuto Procesal del Trabajo, máxime que no se formuló excepción previa sobre tal aspecto.

En lo que atañe al argumento que no se le debe condenar en costas procesales en virtud a que alude que ha venido actuando de buena fe, sumado a que no tenía conocimiento sobre los tiempos que cotizó el demandante por intermedio del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, debe señalarse que la esencia propia del artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión normativa en materia laboral, es la condena a la parte vencida en juicio como ocurrió dentro del presente asunto, más aún si la entidad incluso en su defensa, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló medios exceptivos, aspectos todos por lo que a juicio de la Sala, gozan de prosperidad las costas procesales decididas por la *a-quo*.

Por último, frente a la excepción de prescripción planteada por COLPENSIONES, no tiene vocación de prosperidad, como quiera que la indemnización sustitutiva es imprescriptible. Sobre tal aspecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4559-2019, Radicación No. 74456 del 23 de octubre de 2019, señaló:

“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).

“Así, al ser la seguridad social un derecho subjetivo de carácter irrenunciable, es exigible judicialmente ante las personas o entidades obligadas a su satisfacción. Luego, es una prerrogativa que no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular, como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo o por imposición de las autoridades.

“Ahora, el régimen solidario de prima media con prestación definida estableció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, como un derecho derivado, en sustitución de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

correspondiente pensión a la que no es posible acceder por falta de requisitos legales establecidos.

“[...]

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

“[...]

“En este orden, debe entenderse que así como no son susceptibles de desaparecer por prescripción extintiva esas cuestiones innatas de la pensión, y frente a la cuales esta Corte adoptó la teoría de la imprescriptibilidad, tampoco debe serlo la indemnización sustitutiva, en tanto, es un derecho de carácter pensional, pues comparte la característica básica de ser una garantía que se constituye a través de un ahorro forzoso, destinada a cubrir el riesgo de vejez, invalidez o muerte, según sea el caso.

“[...]

“Por lo anterior, tales argumentos imponen a la Sala avalar la tesis de la imprescriptibilidad del derecho a la indemnización sustitutiva y, en consecuencia, recoge el criterio jurisprudencial expuesto en las sentencias CSJ SL 26330, 15 may. 2006 y CSJ SL 36526, 23 jul. 2009”.

Como corolario de lo anteriormente expuesto, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado.

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

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

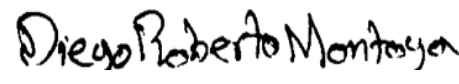
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de agosto de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

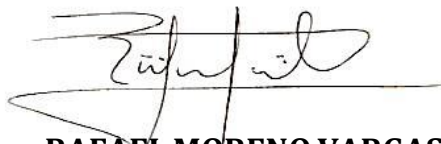
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **26 2015 00288 02**
Demandante: SERGIO ALEJANDRO CAMACHO
Demandado: SDV ENERGÍA E INFRAESTRUCTURA SL SUCURSAL
 COLOMBIA Y SDV COLOMBIA S.A.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante, respecto de la sentencia proferida el 10 de junio de 2021 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor SERGIO ALEJANDRO CAMACHO presentó demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad SDV ENERGÍA E INFRAESTRUCTURA SL SUCURSAL COLOMBIA, antes SADEVEN S.A., y SDV COLOMBIA S.A.S., a fin que se declare que entre las partes existió como medio vinculante un contrato de trabajo a término fijo de 2 años, el cual inició a regir el 1º de febrero de 2006, el cual se prorrogó hasta el 31 de enero de 2016, data en la que finiquitó con ocasión del despido indirecto; de igual manera, que entre las accionadas existe unidad de empresa, siendo solidariamente responsables del pago de las acreencias laborales insolutas.

Por consiguiente, se condene a las demandadas al pago de auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, reajuste de prima de servicios, sanción moratoria por

la no consignación de cesantías, indemnización moratoria, indemnización por despido indirecto, indemnización por el incumplimiento de la cláusula sexta del contrato de trabajo, ante la no emisión y pago de la prima de seguro de vida, las cotizaciones al Sistema Integral de Seguridad Social con el salario realmente devengado más lo que resulta probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, expuso que con la sociedad SDV ENERGÍA E INFRAESTRUCTURA SL SUCURSAL COLOMBIA, antes SADEVEN S.A. existió una relación laboral regida por contrato de trabajo a término fijo de dos (2) años, a partir del 1º de febrero de 2006, prestando el servicio de manera personal y subordinada, contrato que finiquitó por decisión unilateral y sin justa causa por parte de la empleadora el 3 de junio de 2014; refiere que el salario promedio pactado desde el 1º de febrero de 2014, hasta la fecha de terminación, ascendió a \$20.163.1536,16, de igual manera, durante toda la vigencia de la relación laboral el salario fue variable.

Señala que el contrato inicial se prorrogó en tres oportunidades, y operó una automática reconducción entre el 1º de febrero de 2014 y el 31 de enero de 2016; refiere igualmente que para el 1º de febrero de 2012 le fue solicitado suscribir contrato de trabajo a término fijo de un año; relata que a partir del 1º de febrero de 2010, acordaron las partes que parte del salario se pagaría mediante cuenta de cobro presentada por su cónyuge señora VIVIANA CARINA SORATTI.

Que en el mes de enero de 2012 las demandadas realizaron una liquidación de los contratos de trabajo, consignándole los valores calculados por prestaciones sociales, lo cual se verificó con un salario inferior, lo cual también acaeció en el año 2013; asevera que a partir del mes de diciembre de 2013 se presenta un mal ambiente laboral, caracterizado por incumplimiento o mora en el pago de salarios, interrupción de las vacaciones y la no inclusión en la póliza de seguro de vida.

Finalmente relata que solicitó el cumplimiento de las obligaciones patronales mediante correo electrónico del 25 de abril de 2014, y posteriormente los días 19 y 22 de mayo de 2014, sin que se haya accedió a lo peticionado; de otra parte, que se trasladó a Brasil el 9 de marzo de 2014 para constatar las nuevas condiciones laborales, mismas que no le resultaban favorables, por lo que presentó misiva de renuncia motivada el 3 de junio de 2014.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad SDV ENERGÍA E INFRAESTRUCTURA SL SUCURSAL COLOMBIA operó la *litis contestatio* señalando que el contrato suscrito con el actor corresponde a uno a término fijo de tres (3) meses a partir del 30 de abril de 2006, pactándose además diversos contratos de trabajo, los cuales se liquidaron en debida forma; señala que la misiva de renuncia corresponde al contrato suscrito el 1º de febrero de 2012, la cual además no se ajusta a derecho por cuanto se cumplieron a cabalidad las obligaciones patronales, más aún cuando en su condición de apoderado general y director administrativo, era el encargado de velar por dicha situación.

Que el salario pactado correspondía a montos inferiores al alegado por activa, por cuanto los valores atinentes a vivienda y movilización no constituyen salario; que no es cierto que se haya pactado el pago del salario por conducto de la cónyuge del accionante; finalmente que la liquidación definitiva de solucionó en debida forma y que el traslado a Brasil no se constituía en una desmejora salarial.

Propuso y sustentó la excepción previa de inepta demanda y las de fondo de cobro de lo no debido por ausencia de causa, prescripción, compensación y buena fe.

La sociedad SDV COLOMBIA, antes SADEVEN COLOMBIA S.A.S., contestó la demanda señalando que con el actor de celebró un contrato de trabajo a término fijo de un año el 1º de febrero de 2010, un segundo contrato de trabajo el 1º de febrero de 2011 y finalmente un nuevo contrato de trabajo el 1º de febrero de 2012, el cual se prorrogó en dos oportunidades, siendo el último

salario pactado de \$616.000 para el año 2014, teniendo en cuenta que las sumas por vivienda y movilización no constituyen salario; que desempeñó el cargo de representante legal y director administrativo y financiero, sin que haya presentado carta de renuncia, liquidándose además en debida forma las acreencias laborales.

Propuso y sustentó la excepción previa de inepta demanda y las de mérito de cobro de lo no debido, prescripción, compensación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 10 de junio de 2021 absolvió a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra.

A dicha conclusión arribó al señalar que al plenario se aportaron contratos de prestación de servicios por duración de dos años suscritos el 1º de febrero de 2006, 1º de febrero de 2006, 1º de febrero de 2008, 1º de febrero de 2010 y el 1º de febrero de 2012, los cuales se pactaron en Caracas (Venezuela) con el señor VALENTIN BAGARELLA , y no se acreditó su aplicación respecto de las sociedades accionadas, máxime que no se aportó prueba de los emolumentos que se alegaban como constitutivos de un salario equivalente a \$20.163.1536,16.

De tal manera, que los contratos de trabajo que ató al actor con las sociedades accionadas difieren de los anteriormente señalados, y en virtud de los cuales devengo un salario inferior al aducido por el actor, ello incluso tomando como salario todos los emolumentos que le fueron cancelados, motivo por el cual, por activa no se acreditó que se haya verificado la liquidación definitiva de los contratos de trabajo ni la afiliación al Sistema Integral de Seguridad Social con un salario menor, sin que además se haya acreditado que a la cónyuge del accionante se le hayan solucionado los salarios del trabajador.

Respecto de la pretensión de declarar ineficaces los contratos de trabajo, estimó que no evidencia que los mismos atenten contra los derechos mínimos

e irrenunciables del actor, no se acredita la configuración de una nulidad por vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de trabajo.

Finalmente, que el actor no acreditó el incumplimiento de las obligaciones patronales a efectos de la procedencia de la indemnización por despido indirecto, más aún cuando en los contratos de trabajo no se pactó una póliza de seguro de vida ni el salario aducido en la demanda.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Teniendo en cuenta que no se sustentó el recurso de alzada, y el mismo fuera declarado desierto, procede dirimir el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Sin encontrar causal que invalide lo actuado, el problema jurídico gira en torno a determinar si entre las partes medió el contrato de trabajo con el salario aducido en la demanda, y si deben proceder las condenas de reliquidación de acreencias laborales y aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, así como la indemnización por despido indirecto.

c. Del contrato de trabajo:

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante

remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, en lo que atañe al elemento subordinante para la configuración de una verdadera relación laboral precisó:

“1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada

“Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.

“La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «faculta a éste [sic] para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“La doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo, pues el empleador busca a través de este reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:

“No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.

“A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

“De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas.”

Descendiendo al caso que nos ocupa, debe señalarse que de conformidad con el libelo genitor, el actor adujo la existencia de un contrato de trabajo: con la sociedad SDV ENERGÍA E INFRAESTRUCTURA SL SUCURSAL COLOMBIA, antes denominada SADEVEN S.A. SUCURSAL COLOMBIA, pactado el 1º de febrero de 2006, por el término de dos años, el cual se prorrogó en tres oportunidades por escrito, esto es, hasta el 31 de enero de 2014, y además se produjo la automática reconducción entre el 1º de febrero de 2014 y el 31 de enero de 2016, el cual, no obstante, finalizó por renuncia motivada del 3 de junio de 2014.

En ese orden de ideas, resulta fehaciente que se deprecó por activa la declaratoria de existencia de un único contrato de trabajo, el cual se prorrogó hasta la terminación unilateral y con justa causa aducida por el trabajador.

De igual manera en el supuesto fáctico de la demanda, se adujo que el salario realmente pactado y devengado, ascendió a las siguientes sumas de dinero:

PERIODO	01/02/06 - 31/01/08	01/02/08 - 31/01/09	01/02/09 - 31/01/10	01/02/10 - 31/01/11	1/02/11 - 31/01/12	01/02/12 - 31/01/13	01/02/13 - 31/01/14	01/02/14 - 03/06/14
SALARIO EN PESOS COLOMBIANOS	\$ 7.309.641,14	\$ 8.000.000,00	\$ 8.574.040,00	\$ 12.000.000,00	\$ 12.480.000,00	\$ 12.495.500,00	\$ 13.262.598,08	\$ 13.519.892,49
SALARIO EN DOLARES AMERICANOS	\$ 952.329,97	\$ 982.568,75	\$ 1.078.799,17	\$ 1.139.398,50	\$ 1.108.810,00	\$ 1.078.807,00	\$ 1.121.337,00	\$ 1.176.594,00
AUXILIO DE VIVIENDA	\$ 2.200.000,00	\$ 2.500.000,00	\$ 2.500.000,00	\$ 2.500.000,00	\$ 2.500.000,00	\$ 2.500.000,00	\$ 2.500.000,00	\$ 2.500.000,00
AUXILIO EXTRALEGAL DE VEHÍCULO	\$ 2.300.000,00	\$ 2.300.000,00	\$ 2.300.000,00	\$ 2.300.000,00	\$ 2.300.000,00	\$ 2.300.000,00	\$ 2.300.000,00	\$ 2.300.000,00
PASAJES INTERNACIONALES	\$ 666.666,67	\$ 666.666,67	\$ 666.666,67	\$ 666.666,67	\$ 666.666,67	\$ 666.666,67	\$ 666.666,67	\$ 666.666,67
TOTAL	\$ 13.428.637,78	\$ 14.449.235,42	\$ 15.119.505,84	\$ 18.606.065,17	\$ 19.055.476,67	\$ 19.040.973,67	\$ 19.850.601,75	\$ 20.163.153,16

En ese orden de ideas, le correspondía al actor acreditar la prestación personal del servicio en los períodos y en virtud de los contratos de trabajo a término fijo antes mencionados, así como los montos salariales aducidos.

Ahora bien, de la revisión del plenario se tiene que se aportó copia de los siguientes “*contratos de prestación de servicios*”, que fueran suscritos por el actor y el señor VALENTIN GABARELLA, quien refiere actuar en representación de SAVEDEN S.A., “*sociedad mercantil venezolana (...) con sucursal establecida en Santafé de Bogotá*” (Fl 31).

- (i) Del 1º de febrero de 2006, por el período de dos (2) años (Fl 31).
- (ii) Primera renovación del contrato de prestación de servicios, a partir del 1º de febrero de 2008, por espacio de dos años (Fl 33).
- (iii) Segunda renovación del contrato de prestación de servicios, a partir del 1º de febrero de 2010, por espacio de dos años (Fl 35).
- (iv) Tercera renovación del contrato de prestación de servicios, a partir del 1º de febrero de 2012, por espacio de dos años (Fl 37).

Se evidencia además que dichos contratos no hacen referencia a una vinculación mediante contrato de trabajo, y se suscriben a efectos que preste sus servicios profesionales como Gerente Administrativo Financiero, para lo cual se le otorgará un poder especial por SADEVEN. Dichos contratos además contienen como contraprestación el pago de un monto anual, más una asignación pagadera fuera de Colombia en dólares americanos la posibilidad

de beneficiarse de un seguro médico y de vida, más una asignación para vivienda, tiquetes aéreos anuales a Buenos Aires (Argentina) y vehículo.

De tal manera, que a contrario sensu de lo alegado en la demanda, los contratos de trabajo alegados y sobre los cuales se pactó la remuneración antes referida, corresponden a Contratos de Prestación de Servicios suscrito con el señor VALENTIN GABARELLA.

A contrario sensu, al plenario se aportaron los contratos de trabajo que fueran suscritos por el representante legal de la sociedad SADEVEN INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN S.L., y el actor, así:

(i) Contrato de trabajo a término fijo del 1º de febrero de 2006, con fecha de terminación el 30 de abril de 2006, y un salario de \$3.030.000 (Fls 592 a 595).

(ii) Contrato de trabajo a término fijo del 1º de mayo de 2006, con fecha de terminación el 31 de enero de 2007, y un salario de \$2.490.000 (Fls 596 a 599).

(iii) Contrato de trabajo a término fijo del 1º de febrero de 2007, con fecha de terminación del 31 de enero de 2008, y un salario de \$1.400.000 (Fls 600 a 603).

(iv) Contrato de trabajo a término fijo del 1º de febrero de 2008, con fecha de terminación del 31 de enero de 2009, y un salario de \$1.400.000 (Fls 604 a 607).

(v) Contrato de trabajo a término fijo del 1º de febrero de 2009, con fecha de terminación del 31 de enero de 2010, y un salario de \$1.400.000 (Fls 609 a 612).

(vi) Contrato de trabajo a término fijo del 1º de febrero de 2010, con fecha de terminación del 31 de enero de 2011, y un salario de \$1.900.000 (Fls 614 a 617).

(vii) Contrato de trabajo a término fijo del 1º de febrero de 2011, con fecha de terminación del 31 de enero de 2012, y un salario de \$1.900.000 (Fls 618 a 621).

(viii) Contrato de trabajo a término fijo del 1º de febrero de 2012, con fecha de terminación del 31 de enero de 2013, y un salario de \$2.847.360 (Fls 622 a 628).

De igual manera se aportó las misivas mediante las cuales la empleadora decidió no renovar los contratos con vigencia entre los años 2006 a 2012 (Fls. 630 a 635), y las respectivas liquidaciones definitivas (Fls 636 a 647); de lo cual se extrae además que el último contrato de trabajo se prorrogó de manera automática entre el 1º de febrero de 2013 y el 31 de enero de 2014 y del 1º de febrero de 2014 hasta el 31 de enero de 2015, no obstante, el contrato se dio por terminado por decisión unilateral del trabajador, por lo que fue liquidado hasta el 4 de junio de 2014 (Fl 648).

Se aporta por parte de la sociedad SADEVEN COLOMBIA S.A.S.:

(i) Contrato de trabajo suscrito el 1º de febrero de 2011, con vigencia hasta el 31 de enero de 2012, con un salario de \$1.000.000, a fin de desempeñarse como Gerente Administrativo y Financiero (Fl 734-737).

(ii) Contrato de trabajo del 1º de febrero de 2012, con vigencia hasta el 31 de enero de 2013, con un salario de \$1.350.000 (Fls 738-743).

En igual sentido misiva de no prórroga del contrato que fenecía el 30 de enero de 2011 (Fl 744) y 1º de febrero de 2012 (Fl 745), aportándose además la liquidación de cada contrato, así como la definitiva en la cual se consigna fecha de terminación el 4 de junio de 2014 por renuncia voluntaria.

De lo anteriormente expuesto, se tiene que a efectos de la prosperidad de las pretensiones se debía acreditar que en realidad el contrato de trabajo se reguló por las cláusulas salariales del contrato de prestación de servicios y no por los

contratos de trabajo. Aspecto que en manera alguna se encuentra acreditado en el plenario.

En efecto, el representante legal de la accionada SDV ENERGÍA E INFRAESTRUCTURA SL SUCURSAL COLOMBIA señaló que el señor VALENTIN BAGARELLA no ocupa ningún cargo de la empresa en Colombia ni funge como representante legal, sin tener conocimiento si hace parte de sucursales en el extranjero, por lo cual, no existe confesión respecto de la vinculación de los contratos de prestación de servicios antes referenciados con la sociedad accionada. De igual manera señala que no se cancelaron los emolumentos como vivienda o rodamiento, y montos en dólares americanos, por cuanto lo solucionado corresponde a lo pactado en los contratos de trabajo, sin que además haya reconocido los pagos que se adujeron con relación a los contratos suscritos con el señor VALENTIN BAGARELLA.

En igual sentido el representante legal de SDV COLOMBIA S.A.S. aseveró que se suscribió contrato de trabajo para el año 2010; no confesó que se haya solucionado salario alguno por conducto de la cónyuge del actor.

Por su parte el actor señaló que entre las empresas accionadas se verificaba un paquete salarial, y que en efecto se excluyeron salarialmente lo incluido en los contratos de trabajo. Confesó que por sus funciones era quien autorizaba los pagos de nómina ordenados por Recursos Humanos, y a su vez por el presidente de la empresa VALENTIN BAGARELLA, quien funge en tal calidad así no se encuentre inscrito. Refiere que SADEVEN COLOMBIA S.A.S. no tenía personal, y que la sociedad principal verificaba funciones por las dos sociedades durante el tiempo en que prestó el servicio, sin que haya renunciado a dicha empresa, confesando haber percibido los montos consignados en las liquidaciones.

Refiere que existía un contrato marco suscrito con el señor VALENTIN BAGARELLA, frente al cual se estructuraron los pagos por conducto de las dos empresas accionadas, lo cual incluía los pagos realizados por conducto de su cónyuge.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Se debe señalar además que el testigo CARLO RANIERI refirió haberse desempeñado como representante legal de SDV ENERGÍA E INFRAESTRUCTURA SL SUCURSAL COLOMBIA y Gerente General de SDV COLOMBIA S.A.S., entre los años 2011 hasta junio de 2012; aseveró conocer al accionante por cuanto para cuando arribó a Colombia era el Director Administrativo y Financiero de la empresa, sin conocer los aspectos de la remuneración. Refiere que VALENTIN BAGARELLA es un funcionario de SDV ENERGÍA E INFRAESTRUCTURA SL con sede en España, encargado de aprobar, revisar y dar seguimiento a los presupuestos de las diversas sucursales, sin ocupar cargos directivos en las empresas accionadas con sede en Colombia. De igual manera que el actor fue quien determinó la implementación de su salario.

El deponente JAVIER RODRÍGUEZ manifestó ser representante legal de la sociedad SDV ENERGÍA E INFRAESTRUCTURA SL SUCURSAL COLOMBIA, encargado de la parte comercial y servicios generales, desde el 2008 al 2011; refirió que el actor era el Director Administrativo sin conocer quien lo contrató, ni la remuneración que devengaba, siendo el actor quien determinaba lo atinente a pago de salarios. Respecto del señor VALENTIN BAGARELLA refirió que lo conoce por cuanto trabajó en Venezuela, y era quien hacía seguimiento al presupuesto, sin que tenga injerencia en los contratos de trabajo suscritos en Colombia.

La señora MARCELA BUITRAGO SÁNCHEZ coordinadora de recursos humanos SDV ENERGÍA E INFRAESTRUCTURA SL SUCURSAL COLOMBIA, señaló que el actor era el representante legal y fue su superior jerárquico; señaló que el actor devengaba salario por las dos empresas, y se componía de un básico y un monto que se pactó su carácter no salarial, sin conocer quien fijó el monto de la remuneración; manifestó igualmente que a la cónyuge del accionante no se cancelaban montos por conceptos laborales del actor, siendo el accionante quien determinaba y autorizaba los pagos, sin que se le hayan solucionado montos en dólares americanos.

Lo anteriormente expuesto fue corroborado por el señor NÉSTOR TABARES OJEDA, Gerente Administrativo y Financiero de SDV ENERGÍA E INFRAESTRUCTURA SL SUCURSAL COLOMBIA desde el 16 de marzo de 2016,

quien señaló conocer al actor desde diciembre de 2015, data para la cual desempeñaba el cargo de Director Administrativo y Financiero, refirió que tenía a su cargo lo atinente a la autorización de pagos, así como que el señor VALENTIN BAGARELLA no tenía injerencia en los contratos de trabajo suscritos en Colombia. Señaló además que la remuneración correspondía a las consignadas en los contratos de trabajo.

La señora MARÍA ALEJANDRA MONTES SARMIENTO, quien refirió haber laborado entre septiembre de 2011 a marzo de 2014 en SDV ENERGÍA E INFRAESTRUCTURA SL SUCURSAL COLOMBIA como Directora Jurídica y Gerente de Asuntos Legales, señalando que el actor era el Gerente Administrativo y Financiero, sin conocer quien lo contrató ni la remuneración que devengaba; refirió que el señor VALENTIN BAGARELLA era el presidente de SDV ENERGÍA E INFRAESTRUCTURA SL en España, lo cual le consta por cuanto asistió a comités de gerencia.

Finalmente, el testigo RONALD JAVIER PENSO RODRÍGUEZ, quien laboró para la sociedad SADEVEN entre los años 2006 a 2009 en Venezuela y entre 2010 a 2015 en Colombia, señalando que en el último interregno se desempeñó como Gerente de Recursos Humanos; refirió no conocer los montos salariales, no obstante, correspondía con lo pactado en los contratos de trabajo. Aseveró además desconocer pagos externos o en dólares americanos, y que era el actor quien determinaba lo atinente a las contrataciones y aspectos salariales, al desempeñarse como Gerente Administrativo y Financiero. Refirió además que, como Gerente de Recursos Humanos, estaba subordinado a las directrices impartidas por el actor, e incluso el accionante era quien revisaba y aprobaba el pago de nómina, así como que realizaba la liquidación de sus contratos de trabajo en cada anualidad. Asevera además que el señor VALENTIN BAGARELLA realizó visitas esporádicas en Colombia, quien verificaba los presupuestos de cada sucursal, sin conocer si ocupaba un cargo específico.

En ese orden de ideas, se evidencia que no existe medio de convicción que logre acreditar de manera fehaciente que el contrato que realmente reguló las relaciones laborales que suscribiera con las sociedades SDV ENERGÍA E INFRAESTRUCTURA SL SUCURSAL COLOMBIA y SDV COLOMBIA S.A.S., fuera

el contrato de prestación de servicios suscrito con el señor VALENTIN BAGARELLA, quien además no fungía como representante legal de las accionadas según los certificados de existencia y representación legal aportados al plenario.

Debe acotarse además que el actor se desempeñó como Gerente Administrativo y Financiero, e incluso aseveró en su interrogatorio que autorizaba el pago de nómina y que verificaba pagos por conducto de su cónyuge, por lo cual se debe acotar que no le es dable beneficiarse de sus propios dichos ni obtener provecho de su propia culpa, al ser la persona que verificaba dichas conductas que aduce encubrían el salario, tales como, el verificar el pago por conducto de terceras personas, según sus propios dichos.

En efecto, al accionante se le interrogó si existió una simulación del salario y si se prestó a tales maniobras, señalando que en la empresa para disminuir los acuerdos de pago era común que se hagan cuentas de cobro a los trabajadores, aseverando haber estado de acuerdo con tal aspecto, lo cual cobra relevancia en tanto se desempeñaba como Gerente Administrativo y Financiero, más aún cuando el testigo CARLO RANIERI señaló que el actor fue quien estableció la manera de solucionar el salario y autorizaba los pagos. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, señaló en sentencia SL9544-2014, Radicación No. 43696 del 9 de julio de 2014:

“Ahora bien, la existencia de una «doble contabilidad y en especial de la ilegal», alegada pero no demostrada por la censura, en momento alguno puede servir de escudo para que un trabajador sea exonerado [...] por dos razones; la primera porque se estaría frente a un objeto ilícito que acarrea las consecuentes sanciones laborales, administrativas, tributarias y penales; y la segunda, porque los tribunales no pueden aceptar como válidos argumentos cuya fuente es la desidia, la dejadez, el incumplimiento, el dolo o mala fe en que ha incurrido un trabajador; o lo que es igual, nadie puede alegar en su favor la propia torpeza o culpa, tal y como lo enseña la máxima «nemo auditur suam turpitudinem allegans», que según advierte la doctrina, es contrario al orden jurídico y al principio que prohíbe abusar de los propios derechos».

En ese orden de ideas, no se acreditó por activa que los contratos de trabajo que suscribió con las accionadas se hayan suscrito con la intención de simular las cláusulas contractuales que suscribiera en un contrato de prestación de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

servicios con el señor VALENTIN BAGARELLA, quien, se reitera, no funge como representante legal de las accionadas, motivo por el cual no tienen vocación de prosperidad las pretensiones atinentes al reajuste de acreencias laborales con los emolumentos consignados en los contratos de prestación de servicios, así como el pago de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social e indemnizaciones moratorias.

De otra parte, tampoco se acreditó la existencia de vicios del consentimiento en los contratos de trabajo que suscribiera con las accionadas, careciendo de soporte probatorio que permita acceder a la pretensión atinente a declarar la nulidad de los contratos de trabajo. De igual manera, frente a las cláusulas que se alegan como ineficaces, se debe reiterar que no se acreditó que el accionante tenga derecho al pago de salario en dólares americanos, auxilio de vivienda, auxilio extralegal de vehículo y pasajes internacionales, máxime que en el supuesto fáctico de la demanda, se adujo específicamente que dichos rubros eran los que constituían el real salario y estaban contenidos en el contrato de prestación de servicios suscrito con el señor VALENTIN BAGARELLA, sin hacer mención a los pactos de exclusión salarial pactados con ocasión de los contratos de trabajo.

En ese orden de ideas se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto por cuanto (i) no se acreditó que los contratos de trabajo suscritos con SDV ENERGÍA E INFRAESTRUCTURA SL SUCURSAL COLOMBIA y SDV COLOMBIA S.A.S., se regulara por las condiciones de remuneración que pactara con el señor VALENTIN BAGARELLA en contratos de prestación de servicios, máxime que la referida persona no se registra como representante legal de las accionadas, y según la prueba testimonial de no ocupaba un empleo en las empresas con sede en Colombia ni tenía injerencia en los contratos de trabajo; (ii) se acreditó que el accionante fungió como Gerente Administrativo y Financiero, y adoptaba y aprobada los salarios, quien además aseveró incluso realizar pagos por conducto de su cónyuge o verificar acciones tendientes a simular salario, sin que le sea dable, beneficiarse de sus propios dichos ni obtener provecho de conductas provenientes de su propia omisión; y (iii) no acreditó la existencia de vicios del consentimiento a efectos de soportar la pretensión de declarar la nulidad de los contratos de trabajo.

d. Despido indirecto:

En lo atinente a la indemnización por despido indirecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1082-2020, Radicación No. 64090 del 20 de abril de 2020, puntualizó:

“El despido indirecto o autodespido producto de la determinación del trabajador, que opera respecto de cualquier tipo de contrato de trabajo, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 del CST, así se expuso en sentencia CSJ SL14877-2016, rad. 48885, en la que se dijo que: «El despido indirecto producto de la renuncia del trabajador, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las cuales previstas en el literal B del art. 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el art. 62 del CST».

“Ahora, para que esa modalidad de despido produzca los efectos indemnizatorios legales, no solo es necesario que tal decisión por iniciativa propia del trabajador obedezca efectivamente a los motivos consignados por causas imputables al empleador, previstos en la ley, sino que los mismos también deberán ser comunicados de manera clara y precisa a dicho empleador. Adicionalmente, las razones que justifican esa decisión de terminar el nexo de trabajo, deben ser expuestas por el trabajador con la debida oportunidad, a fin de que no haya lugar a duda acerca de las razones que dieron origen a la ruptura del contrato. Lo anterior quedó condensado en sentencia CSJ SL, 26 jun. 2012, rad. 44155, en la que se dijo:

“El despido indirecto o autodespido es el resultado del comportamiento que de manera consciente y por iniciativa propia hace el trabajador a fin de dar por terminada la relación laboral, por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador. Esta decisión debe ser puesta en conocimiento a este último, señalando los hechos o motivos que dieron lugar a la misma, además de ser expuestos con la debida oportunidad a fin de que no quede duda de cuáles son las razones que dieron origen a la finalización de la relación laboral.

“Por otra parte, si bien se ha señalado que frente a un despido, basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta; para el caso del despido indirecto, también le corresponde al trabajador demostrar que la decisión de poner fin al vínculo obedeció, se itera, a justas causas o motivos imputables al empleador; siendo importante acotar que el documento por medio del cual se finaliza la relación laboral invocando estas justas causas, simplemente «es declarativo de circunstancias, condiciones o hechos sucedidos dentro de la vigencia del contrato, más no, demostrativo de dichas circunstancias, condiciones o hechos» (sentencia CSJ SL, del 22 de oct. 1997, rad. 9826)”.

En tal sentido, para la constitución de esta sanción, es menester que el trabajador logre demostrar que la extinción del vínculo fue con ocasión a faltas imputables al empleador y previstas en el literal b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, que modificó el artículo 62 del C.S.T.

Pues bien, el demandante allegó al plenario la carta de terminación del contrato de trabajo de calenda 4 de junio de 2014 (Fls 297 a 298), en la cual se refiere como causal la consagrada en el numeral 6º del literal b) del artículo 62 del C.S.T., especificando que el empleador incumplió sus obligaciones patronales al:

“[...] cancelar mis salarios y las prestaciones sociales correspondientes en forma incompleta; el no pago de vacaciones según lo estipulado en la legislación laboral y con las condiciones salariales y periodos convenidos contractualmente; la omisión sistemática de emitir el seguro de vida [...] sumado a los calificativos con agravios e improperios recibidos”.

Ahora bien, tal como se estableció en precedencia, no se accedió a la pretensión de liquidar las acreencias laborales según los contratos de prestación de servicios suscritos con el señor VALENTIN BAGARELLA, aunado a ello que no se acreditó que se hayan adeudado salarios, prestaciones sociales y vacaciones según el salario pactado en los contratos de trabajo con las sociedades SDV ENERGÍA E INFRAESTRUCTURA SL SUCURSAL COLOMBIA y SDV COLOMBIA S.A.S., ni que haya sido objeto de agravios por la empleadora, más aún cuando la testigo MARÍA ALEJANDRA MONTES SARMIENTO solo señaló que el ambiente laboral de los trabajadores era tensa, e incluso refirió que la decisión acaeció por una inconformidad suscitada respecto de un traslado a Brasil, aspecto no consignado en la renuncia.

De tal manera que la parte accionante no cumplió el *onus probandi* de acreditar las justas causas endilgadas en la misiva de renuncia, motivo por el cual no tiene esta pretensión vocación de prosperidad.

Por lo anteriormente expuesto se confirmará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de agosto del 2021 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **18 2019 00512 01**
Demandante: HILDA MARÍA RODRÍGUEZ MORENO
Demandado: AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P y solidariamente a la
 EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO
 DE BOGOTÁ E.S.P.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes en contra de la sentencia proferida el 15 de junio de 2021 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora HILDA MARÍA RODRÍGUEZ MORENO promovió demanda ordinaria laboral en contra de AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y solidariamente contra la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P., con la finalidad que se declare que AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. incurrió en la violación de la obligación establecida a su cargo contenida en el artículo 17 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre aquella y el Sindicato SINTRASERPUCOL al finalizar su contrato de trabajo; que AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. se encuentra en la obligación de realizar lo necesario para que

ingreses a laborar en las nuevas entidades que la sustituyeron en la prestación del servicio de aseo, en cumplimiento del acuerdo convencional de sustitución patronal.

Igualmente, se declare que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. incumplió el acuerdo de formalización laboral suscrito con el MINISTERIO DEL TRABAJO y AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., de ahí que, al ser vinculada formalmente por esta última para el desarrollo y ejecución del proyecto aseo y del contrato interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012, es beneficiaria de dicho acuerdo.

Que en cumplimiento del artículo 17 de la Convención Colectiva de Trabajo y del acuerdo de formalización laboral, no procedía la terminación de su contrato de trabajo, por lo que ambas encartadas están obligadas a cumplir con la sustitución patronal entre la empleadora AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y los nuevos operadores que asumieron el cumplimiento del objeto del contrato interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012, por lo que, ante la inobservancia de ese acuerdo de formalización laboral, el despido de que fue objeto es ilegal y por ende ineficaz, lo que implica que no ha existido solución de continuidad en la relación laboral.

Como consecuencia de las pretensiones declaratorias, solicita se condene a AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. a dar estricto cumplimiento a lo consagrado en el artículo 17 de la Convención Colectiva de Trabajo que suscribiera con el sindicato SINTRASERPUCOL, y al acuerdo de formalización laboral en lo que respecta a la sustitución patronal; se condene a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. al cumplimiento de las obligaciones en ese acuerdo de formalización laboral, consignadas en el capítulo II, numeral 1º, incisos 1º a 4º y en el numeral 2º.

Se condene a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. a garantizar el principio de estabilidad aboral y la sustitución patronal

por ser beneficiaria del acuerdo de formalización laboral; se condene a ambas demandas a reintegrarla al mismo cargo que venía desempeñando en el momento del despido, o a otro de igual o superior categoría y asignación salarial, o a las cinco empresas que asumieron el esquema de aseo de Bogotá D.C. como nuevas contratistas; al pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el 28 de febrero de 2018, hasta la fecha en que se verifique su reintegro, junto con las cotizaciones a pensión en COLPENSIONES o al fondo que corresponda previo cálculo actuarial.

Como pretensiones subsidiarias, solicita que se declare que el despido causado fue injusto; se declare que la obra objeto del contrato interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012 celebrado entre la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. y AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. aún no ha culminado.

Por ende, se condene solidariamente a las demandadas a pagar la sanción por despido sin justa causa junto con la indexación de la misma.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, expuso que se vinculó laboralmente con AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. el 20 de junio de 2013, a través de un contrato de trabajo de obra o labor determinada.

Que la obra o labor para la cual fue contratada, estaba determinada por el objeto del convenio interadministrativo No. 1-07-10200-08009-2012 que AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. celebró con la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P., el cual consistía de manera principal, en la recolección de basuras y el servicio de aseo en general dentro de esta Ciudad.

Seguidamente, adujo que AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. le asignó el cargo de Operario con una última retribución salarial mensual equivalente a \$878.192,

así como que el contrato de trabajo finalizó el 28 de febrero de 2018 por decisión unilateral de la empleadora, quien invocó como causal de terminación la culminación por parte de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. del convenio interadministrativo No. 1-07-10200-08009-2012.

Manifiesta que el despido producido fue injusto toda vez que la obra o labor para cuya ejecución se le contrató no ha finalizado, adicional al hecho que, entre AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y el sindicato SINTRASERPUCOL, el 10 de agosto de 2017 se celebró una Convención Colectiva de Trabajo cuya vigencia se extendería hasta el 31 de diciembre de 2019, de ahí que, al habersele despedido, no se dio cumplimiento a lo acordado en el artículo 17 del acuerdo convencional.

Que la empleadora estaba en la obligación de trasladarla laboralmente con destino a las nuevas empresas contratadas por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P., con la finalidad de continuar la ejecución del objeto del contrato interadministrativo No. 1-07-10200-08009-2012.

Por otro lado, indicó que el MINISTERIO DEL TRABAJO, la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. y AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. celebraron un acuerdo de formalización laboral, cuyos beneficiarios eran los trabajadores, vinculados formalmente al desarrollo y ejecución del proyecto aseo junto con el objeto del contrato interadministrativo No. 1-07-10200-08009-2012, el cual finalizó en el mes de febrero de 2019, procediendo AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. a finalizar su contrato de trabajo el 28 de febrero de 2018.

Que luego de la terminación del contrato interadministrativo, la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. adjudicó la recolección de basuras y aseo de Bogotá a las empresas PROAMBIENTAL DISTRITO S.A.

E.S.P., LIME S.A. E.S.P., CIUDAD LIMPIA DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., PROMESA SOCIEDAD FUTURA BOGOTÁ LIMPIA S.A. E.S.P. y AREA LIMPIA S.A. E.S.P., al igual que le adjudicó a AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. un nuevo contrato para algunas actividades de poda, corte de céspedes y mantenimiento de árboles y de canales de conducción de aguas lluvias, entre otras actividades.

Por último, enfatizó que las demandadas no podían culminar su contrato de trabajo, ya que era su obligación reubicarla en las empresas que continuaron prestando el servicio de aseo y recolección de basuras en la ciudad, más aún si la Convención Colectiva de Trabajo claramente determina la sustitución patronal.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra. Sostuvo que el contrato suscrito con la demandante fue de obra o labor contratada, objeto que fue debidamente individualizado y parametrizado, y que se encontraba supeditado a la vigencia del contrato interadministrativo 809 de 2012 que finalizó el 11 de febrero de 2018, pero dada la necesidad de realizar actividades para liquidar definitivamente el convenio como ocurrió con la actora, se modificó su contrato de trabajo a uno de término fijo por un tiempo inferior de 30 días por el periodo comprendido entre el 12 de febrero y el 28 de febrero de 2018, calenda última en que finalizaron todas las actividades pendientes para la liquidación definitiva del convenio interadministrativo.

Refirió que el acuerdo de formalización se cumplió en su integridad, toda vez que el personal que prestó sus servicios al proyecto aseo fue contratado directamente, por lo que nunca se presentó una tercerización laboral, aunado a que dicho acuerdo de formalización es un compromiso o guías de buenas maneras que no tiene naturaleza contractual, y en ningún aparte de los contratos laborales firmados con la demandante se señala que haría parte del



mismo, acuerdo que por demás tenía como fin plasmar principios de visión misionales durante la relación contractual entre los demandados.

Formuló las excepciones denominadas improcedencia del reintegro laboral, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado, pago y la innominada o genérica.

La EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. indicó que el convenio interadministrativo número 1-07-200-0809-2021 del 4 de diciembre de 2012 que suscribiera con AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. concluyó, por lo que cesó el objeto del mismo el 11 de febrero de 2018.

Que la única responsable del servicio de aseo en el Distrito es la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP, quien llevó a cabo un proceso licitatorio mediante el cual se le adjudicó el contrato a varias empresas que hoy soy prestadoras del servicio de aseo, pero completamente ajenas a sus dependencias.

Argumentó que en lo que concierne al tema de la solidaridad perseguida por la demandante, no es procedente en razón a que el Tribunal Superior de Cundinamarca en sentencia proferida en el mes de agosto de 2017, decidió que no podría licitar proyectos de aseo, lo que conllevó a que fuese la UAESP quien realizó dicha licitación para la continuidad de la actividad.

Propuso las excepciones denominadas inexistencia de la obligación, falta de legitimación por pasiva, cobro de lo no debido, compensación, buena fe de la demandada, mala fe de la demandante e indebida integración del contradictorio.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 15 de junio de 2021 condenó a la demandada AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. a pagar a favor de la demandante la suma de \$10.052.095 por concepto de sanción por despido sin justa causa, valor que ordenó cancelar debidamente indexado, declarando solidariamente responsable a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones y declaró no probada la excepción de prescripción.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar, que atendiendo la Convención Colectiva de Trabajo, si bien no se allegó certificación que demuestre que la demandante en efecto hacía parte de SINTRASERPUCOL, como tampoco obran certificados que acrediten el descuento que se realizara por presuntamente ser miembro de ese sindicato, ante la falta probatoria asumió que en efecto la actora perteneció a esa organización sindical bajo el entendido que ninguna de las demandadas se opusieron ante tal reconocimiento, de ahí que la tuvo como beneficiaria de dicha convención.

Que en lo que respecta al acuerdo de formalización laboral, refirió que la parte demandante no aportó el anexo de las personas que hacían parte de ese acuerdo, por lo que ante la orfandad probatoria en inicio no se podían endilgar derechos a su favor, máxime si se tiene en cuenta que en dicho acuerdo se estableció el número de personas que se trasladaban de cooperativas de trabajo asociado, empresa de servicios temporales, entre otras, a ser directamente contratadas por las empresas demandadas. A pesar de la deficiencia probatoria, esbozó que las demandadas tampoco se opusieron al hecho que la actora fuese beneficiaria del acuerdo de formalización laboral, por lo que concluyó que hacía parte del mismo.

Por otra parte, expuso el *a-quo* que atendiendo las pruebas arrimadas al plenario, se pudo constatar que la demandante en inicio suscribió un contrato



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de trabajo a término fijo con AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. por el periodo comprendido entre el 20 de diciembre de 2012 y el 19 de julio de 2013, el cual tuvo dos prórrogas, luego el contrato cambió a uno de obra o labor contratada cuyos extremos se comprendieron entre el 20 de julio de 2013 y el 11 de abril de 2018, y finalmente, el vínculo contractual tuvo una tercera transformación a término fijo cuyos extremos lo fueron desde el 12 de febrero de 2018 hasta el 28 de febrero de 2018.

Que en tal sentido, dado que el acuerdo de formalización laboral empezó a regir a partir del 16 de diciembre de 2013, la demandante se encontraba amparada por dicho acuerdo, aspecto por el que las demandadas debían conservar la vinculación laboral de la actora sin tercerizarla bajo ninguna forma, actuar que las encartadas llevaron a cabo; circunstancia por la cual, concluyó que no se presentó incumplimiento alguno, en especial, respecto de la Convención Colectiva de Trabajo pretendida por la señora HILDA MARÍA RODRÍGUEZ MORENO, por lo que el despido no se tornó ineficaz.

Frente a las pretensiones de carácter subsidiario atinentes al despido injustificado y la indemnización respecto del mismo, refirió la procedencia de la sanción, pues el contrato de trabajo a término fijo que inicialmente celebró el demandante con AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. al mutar a uno de obra o labor contratada, y luego a un contrato a término fijo, este último no podía ser inferior a un año, toda vez que ya habían transcurrido las dos prórrogas cuando se pactó a término fijo el 20 de diciembre de 2012, e incluso, el contrato por obra o labor contratada se había extendido por más de dos años, de ahí que la tercera prórroga no se pudiera realizar por dieciséis días sino hasta el 11 de febrero de 2019, es decir, que no podía ser inferior a un año, por lo que impuso la sanción de que trata el artículo 64 del C.S.T.

Finalmente, se pronunció con relación a la solidaridad de EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. respecto de AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. en los términos dispuestos en el artículo 34 del C.S.T., por

lo que expuso su configuración dentro del presente asunto, como quiera que, para la fecha de culminación del contrato de trabajo de la demandante, las demandadas tenían el mismo objeto social o similares, precisando que si bien es cierto la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. modificó y actualizó su marco estatutario en el acuerdo No. 5 del 17 de enero de 2019, ese escenario se llevó a cabo con posterioridad del finiquito de la actora, lo que conlleva a que la situación le sea aplicable a esta última.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Encontró inconformidad en la absolución de las pretensiones principales de la demandante, con el argumento que el artículo 17 de la Convención Colectiva de Trabajo es clara en determinar la sustitución patronal, la cual goza de relación directa y estricta con el acuerdo de formalización laboral en cuanto a la estabilidad laboral de los trabajadores que se vincularon para la ejecución del contrato interadministrativo celebrado entre las aquí demandadas, y si bien es cierto el acuerdo habla de un listado de trabajadores, en uno de sus artículos establece su aplicación a la totalidad de los mismos, aspecto por lo que el extremo accionado estuviese obligado a adoptar una decisión tendiente a la continuidad en el empleo ante los nuevos contratistas, máxime si AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. siguió desarrollando funciones propias del objeto social del contrato interadministrativo.

AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. argumentó en su alzada encontrar inconformidad en la condena impuesta por la sanción del despido sin justa causa, ya que lo que se encuentra probado a lo largo del expediente es la existencia de un contrato por obra o labor que culminó al momento de la extinción completa del trabajo de la demandante, cuando debió hacer un empalme con las nuevas entidades privadas que habían sido adjudicatarias en su momento por la UAES en posterior licitación.

La EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. resaltó no ser cierto que se hubiese configurado un contrato de trabajo a término fijo, ya que de las pruebas acreditadas en el proceso claramente se advierte que el vínculo contractual fue de obra o labor contratada, modalidad que no requiere de preaviso.

Que en lo que se circunscribe a la solidaridad que se le endilgó al tenor de lo preceptuado en el artículo 34 del C.S.T., el *a-quo* ignoró la circunstancia que para la época de la terminación del vínculo contractual de la demandante, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo había emitido decisión judicial el 24 de agosto de 2017 donde revocó y declaró nula parcialmente la reforma de los acuerdos así como del objeto social que se le extendía, más específicamente la facultad de ejercer la actividad de aseo, tan es así, que el 26 de octubre de 2017 se profirió una sentencia complementaria en esa decisión administrativa.

Por tal razón, la decisión judicial le impidió licitar para el proyecto de aseo, lo que conllevó a que la UAESP fuera quien la desarrollara.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá determinar como primer problema jurídico si el acuerdo de formalización suscrito entre las demandadas y el MINISTERIO DEL TRABAJO conllevan a que el despido que

alega la demandante haya sido injusto y por ende ineficaz, ello en concordancia con lo establecido en el artículo 17 que las encartadas suscribieran con el sindicato SINTRASERPUCOL, para que así se le reintegre al cargo que venía desempeñando o a una de igual o superior categoría, junto con el pago de salarios y prestaciones sociales desde la fecha en que finalizó el vínculo contractual con AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., así como al pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

De no salir adelante el precepto anteriormente expuesto, se auscultará si es procedente el reconocimiento y pago de la sanción por despido sin justa causa.

De prosperar algún derecho, igualmente se establecerá la solidaridad perseguida por la demandante respecto de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. para con AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.

c. Del caso en concreto:

Para resolver los problemas jurídicos expuestos, debe indicarse en primer lugar, que no fue objeto de reproche por ninguno de los extremos que conforman el contradictorio, el hecho que a la demandante señora HILDA MARÍA RODRÍGUEZ MORENO le es aplicable la Convención Colectiva de Trabajo que suscribiera AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y el SINDICATO DE TRABAJADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS, ENTIDADES ADSCRITAS, VINCULADAS EN INDEPENDIENTES DE BOGOTÁ – SINTRASERPUCOL, la cual cuenta con la constancia de su respectivo depósito en los términos de que trata el artículo 469 del C.S.T. (Fls. 34 a 62), cuya vigencia se extendió en el tiempo por el periodo comprendido entre el 10 de agosto de 2017 y el 31 de diciembre de 2019 como así se determinó en el artículo 39 de dicho acuerdo convencional, inclusive, el artículo 41 preceptúa que el ámbito de aplicación de la misma se extiende a los trabajadores de AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, la demandante alega como argumento principal para la declaratoria de sus pretensiones principales y condenatorias, el hecho que el despido a ella efectuado se tornó injusto y por consiguiente ineficaz, en tanto, no se preservó en su empleo la sustitución patronal consagrada en el artículo 17 de la Convención Colectiva de Trabajo ya descrita, como quiera que las encartadas celebraron con el MINISTERIO DEL TRABAJO un acuerdo de formalización laboral a través del cual, se consignó que sus beneficiarios eran los trabajadores vinculados formalmente al desarrollo y ejecución del proyecto aseo y del objeto del contrato interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012 que también fuera suscrito por ambas demandadas; circunstancia por la cual, a pesar de que tal contrato interadministrativo finalizó en el mes de febrero de 2018, debía mantenerse su estabilidad laboral en el empleo ya que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. adjudicó la recolección de basuras y aseo de Bogotá a otras empresas, lo que significa que la labor se siguió desarrollando.

Resalta la Sala igualmente, que el argumento principal de las encartadas para absolucón de las pretensiones endilgadas por la demandante, es el hecho que el contrato interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012 finalizó expiró, lo que conllevó a su vez que el contrato de obra o labor de la actora también culminara, pues precisamente el objeto social del vínculo de la señora HILDA MARÍA RODRÍGUEZ MORENO se encontraba supeditado a este.

Así las cosas, el artículo 17 convencional contempla lo siguiente:

“Artículo 17. SUSTITUCIÓN PATRONAL. En cumplimiento de los artículos 67, 68, 69 y 70 del Código Sustantivo del Trabajo y con base en el principio de estabilidad laboral, en caso de constitución de una nueva entidad que constituya la existente, por cambio de naturaleza jurídica o cambio de razón social o escisión, liquidación fusión, o reorganización, los trabajadores de la planta vigente de la empresa de Aguas de Bogotá SA ESP, pasarán a la nueva entidad, organismo y/o dependencia sin solución de continuidad y continuarán laborando con el empleador sin pérdida de ninguno de sus derechos legales o convencionales.”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De otra parte, según se desprende del convenio interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012 suscrito entre AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. como contratista y la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. como contratante (Fls. 127 a 144), tuvo como objeto *“realizar las actividades operativas para la prestación del servicio público de aseo y sus actividades complementarias en toda la ciudad de Bogotá D.C. bajo la dirección y supervisión de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.”*, contrato que tuvo vigencia a partir del 18 de diciembre de 2012, donde también se consignó en la cláusula cuarta:

“CUARTA. – DURACIÓN Y PLAZO DE EJECUCIÓN: el presente contrato tendrá un plazo de ejecución de CUATRO (04) MESES Y CATORCE (14) DÍAS, contados a partir del dieciocho (18) de diciembre de dos mil doce (2012) hasta el treinta (30) de abril de dos mil trece (2013), de acuerdo al acta de inicio suscrita por las partes. No obstante lo anterior, este contrato estará vigente desde la fecha de perfeccionamiento hasta su liquidación.”

El referido contrato interadministrativo expiró en su totalidad el día 12 de febrero de 2018 como se desprende de la última prórroga que suscribieran las empresas demandadas (Fls. 127 a 128).

Asimismo, se aprecia que a folios 74 a 87 reposa el acuerdo de formalización laboral entre la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P., AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE BOGOTÁ DEL MINISTERIO DE TRABAJO que fue celebrado el 16 de diciembre de 2013, donde la primera referida garantiza el principio de estabilidad laboral de ciertos trabajadores, los cuales se relacionaron en el anexo correspondiente, a efectos de que exista estabilidad en su contrato y derechos adquiridos, así como de respetar la continuidad de sus trabajadores y al pago de todos los derechos laborales.

El acuerdo también dejó por sentado el hecho de que las demandadas se comprometían a no vincular trabajadores a través de CTA y a constituir las

correspondientes pólizas de seguros en aras de garantizar los derechos mínimos de los trabajadores.

En este punto, deja de presente la Sala que como lo puntualizó el fallador de instancia, si bien en inicio no obra prueba por parte de la demandante que advierta que era parte del grupo de trabajadores objeto de amparo del acuerdo de formalización laboral, las encartadas no se opusieron a tal precepto, consideración que no fue rebatida en la alzada, situación que conlleva a que el mismo deba ser analizado en aras de determinarse si le es o no aplicable.

Así las cosas, puede colegirse que en efecto las demandadas respetaron en todo momento la estabilidad alegada por la demandante, toda vez que, no tercerizaron el vínculo laboral ni mucho menos culminaron su contrato de trabajo sino hasta que finalizó del contrato interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012, fuente principal que conllevó a que las encartadas plasmaran el acuerdo de formalización laboral.

También debe tenerse en cuenta, que la demandante no puede pretender una extensión en la contratación respecto de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P., pues precisamente la estabilidad en el empleo fue con ocasión del contrato interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012, que como ya se indicó culminó el 12 de febrero de 2018, de ahí que el artículo 17 de la Convención Colectiva de Trabajo objeto de interpretación abarcara hasta ese finiquito.

Y si en gracia de discusión se avalara la extensión de la misma, la actora no demostró qué tipo de actividad continuó ejerciendo la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. con empresas distintas a AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., ya que además de resaltar que continuó desarrollando la actividad objeto del contrato interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012 no se enrostran las situaciones de modo, tiempo y lugar de

sus dichos; circunstancia por la cual, se confirmará la absolución que gira en torno a la inexistencia de violentar el artículo 17 convencional.

d. De la sanción por despido sin justa causa:

La oposición de las encartadas se circunscribe en el hecho que la demandante siempre desempeñó un contrato de obra o labor contratada y no a término fijo como lo decidió el fallador de instancia, manifestando a su vez que el vínculo finalizó precisamente por la expiración del plazo pactado en el contrato interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012.

Para el afecto, según se desprende del plenario se observa que el demandante tuvo las siguientes vinculaciones con AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.:

(i) Un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año por el periodo comprendido entre el 20 de diciembre de 2012 y el 19 de abril de 2013, en virtud del cual la demandante desarrolló el cargo de Operario de Barrido (Fls. 112 a 113), vínculo que tuvo una primera prórroga hasta el 19 de mayo de 2013 y una segunda prórroga hasta el 19 de junio de 2013 (Fls. 114 a 115), calenda última en que tuvo su finiquito.

(ii) Un contrato por obra o labor contratada cuya fecha de iniciación lo fue el 20 de junio de 2013, en virtud del cual la demandante desempeñó el cargo de Operario de Recolección y/o Barrido, cuya duración quedó supeditada a la existencia del contrato interadministrativo No. 1-07-10200-08009-2012 de 2012 celebrado entre las empresas demandadas que finalizó el 11 de febrero de 2018.

(iii) Dicho contrato fue modificado por AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. en cuanto a su término de culminación que se extendería hasta el 28 de febrero de 2018, bajo el entendido que se requería continuar con la prestación de la labor de algunos trabajadores del proyecto hasta la liquidación definitiva del

mencionado proyecto, contrato que no fue firmado por la demandante por rehusarse (Fl. 120).

Así las cosas, la Sala puede concluir que los argumentos expuestos por las encartadas para la absolución de esta condena no resultan de prosperidad. Nótese que lo perseguido por las demandadas es la unidad contractual como consecuencia de un único contrato de trabajo por obra o labor contratada.

Como se destacó, las pruebas demuestran lo contrario a lo argumentado por la pasiva. Lo anterior, como quiera que para la Sala resulta contundente el hecho que existió un primer contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, cuya iniciación lo fue el 20 de diciembre de 2012 y que tuvo dos prórrogas, finalizando el día 19 de junio de 2013.

Luego de esa relación laboral a término fijo, si bien en inicio la demandante celebró con AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. un segundo contrato de trabajo bajo la modalidad de obra o labor contratada, que se encontraba supeditado al tiempo de duración del contrato interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012 (Fls. 129 a 144), este último finalizó el 12 de febrero de 2018 como da cuenta la prórroga suscrita el 15 de enero de 2018 (Fls. 127 a 128).

Eso significa que el contrato de obra o labor contratada no cumplió su propósito, esto es, haber finalizado en el mismo momento que finiquitó el contrato interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012 que lo fue el 12 de febrero de 2018, sino que se extendió en el tiempo, pues se itera, expiró el 28 de febrero de 2018 con ocasión a la presunta modificación que AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. realizara (Fl. 120).

Tal proceder conlleva a que no se pueda entender como única unidad contractual el contrato de obra o labor contratada, en tanto, el actuar de AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., pues se reitera, en concordancia al contrato

interadministrativo suscrito por las demandadas, iría únicamente hasta el 12 de febrero de 2018 y no hasta el 28 de febrero de 2018.

En este tópico, se deja de presente incluso, que la supuesta modificación al contrato de obra o labor no fue si quiera consensuada por las partes, ya que según se refleja de dicha prueba documental, allí quedó consignado que la demandante se rehusaba a suscribirlo (Fl. 120), más aún, teniendo en cuenta que no se acreditó que en efecto se requería de términos adicionales para la liquidación del proyecto, supuesto fáctico que se encuentra sin sustento probatorio alguno.

En ese orden de ideas no resulta de recibo la alzada en lo atinente a la unidad contractual pretendida, precisándose que el argumento con el que el fallador liquidó la condena fue el hecho que la demandante en inicio suscribió el 20 de diciembre de 2012 un contrato de trabajo a término fijo con AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. que tuvo dos prórrogas hasta el 19 de julio de 2013, el cual mutó a uno de obra o labor determinada cuyos extremos se comprendieron entre el 20 de julio de 2013 y el 11 de abril de 2018, para luego darse una tercera prórroga sobre el contrato de trabajo a término fijo inicialmente pactado, de ahí que esta última prórroga debió realizarse en un término igual o superior a un año y, por consiguiente, fulminó condena por la sanción por despido sin justa causa por valor de \$10.050.095, suma que deberá cancelarse debidamente indexada al momento del correspondiente pago.

Lo anterior, en tanto tal aspecto de condena solo fue refutado en el sustento anteriormente expuesto, en tanto la accionadas solo expusieron en los recursos de alzada la unidad contractual con ocasión de un contrato de trabajo de obra o labor, que como ya se dijo, resulta improcedente dentro del presente asunto; circunstancia por la cual, la decisión de primer grado sobre este aspecto se mantendrá incólume.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

e. De la solidaridad entre AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.:

En lo atinente a la procedencia o no de la declaración de la responsabilidad solidaria de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. respecto de la condena impuesta a AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. por concepto de la sanción por despido sin justa causa justo con su respectiva indexación, esta figura jurídica se encuentra prevista en nuestro ordenamiento sustantivo laboral en el artículo 34, que en su tenor literal preceptúa:

“1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.”.

Con relación a la hermenéutica de dicha disposición, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, que la mismas contiene dos requisitos para la procedencia de la solidaridad del contratante frente a su contratista, a saber: i) ser beneficiario de la obra o del servicio contratado y, ii) que las actividades ejecutadas por la contratista a favor de la contratante no se traten de labores extrañas a las actividades normales de esta última, esto es, que sean afines, tal

como se refiere en la sentencia SL5053-2019, reiterada en sentencia SL1863-2020.

Conforme lo anterior, para que opere la solidaridad contemplada en la disposición en cita, las actividades contratadas deben ser afines con las labores propias y ordinarias de la parte contratante, tal como lo adoctrinó el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia de radicación No. 28438 de 20 de febrero de 2007, al concluir que el dueño de la obra debe responder solidariamente por las obligaciones generadas por el empleador o contratista incumplido, desde luego, si la actividad del beneficiario de la obra, es similar a la del contratista, postura reiterada, entre otras en sentencias con radicación No. 35864 de 1º de marzo de 2010 y SL11655 del 2 de septiembre de 2015.

En sentido contrario, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha enseñado que, si las labores contratadas son ajenas al objeto ordinario de la contratante, no surge la solidaridad contemplada en el artículo 34 del CST. Así, en sentencia con radicación 39648 del 25 de septiembre de 2009, precisó:

“[...] esta Corte reitera una vez más que la solidaridad establecida en el artículo 34 del CST es una garantía del pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador, e, igualmente, precisa que dicha garantía se activa a cargo del beneficiario o dueño de la obra en virtud del convenio celebrado entre este y el empleador, salvo que lo contratado se trate de labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de aquel”.

Descendiendo al *sub-examine*, la Sala logra colegir sin dubitación que en efecto la figura de la solidaridad se constituyó dentro del presente.

Ello en razón a que, de conformidad con lo establecido en el certificado de existencia y representación legal de AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., su objeto social se circunscribe a la prestación de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo y saneamiento básico en Bogotá, en todo el territorio nacional y en el exterior.

A su vez, el Acuerdo No. 6 del 25 de julio de 1995, el Consejo Distrital de Bogotá definió en su artículo 4º el objeto social de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P., entendido como la prestación de los servicios públicos esenciales domiciliarios de acueducto y alcantarillado definidos en los numerales 14.22 y 14.23 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 y las normas que la modifiquen, sustituyan o adicionen.

Así las cosas, claro resulta que las actividades contratadas por la empresa contratista AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. son afines y propias de las labores ordinarias de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P., porque es palmario que la principal actividad gira en torno a la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, lo que da lugar a la configuración de la solidaridad preceptuada en el artículo 34 del C.S.T.

Vale resaltar que en lo que respecta a la actividad de aseo, la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. argumenta en su apelación y alegaciones de conclusión que se le debe absolver, por cuanto, para la fecha de terminación del contrato de trabajo de la demandante ya no contaba con dicho objeto social, en virtud a que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Sub Sección “A” mediante sentencia judicial del 24 de agosto de 2017 declaró la nulidad parcial del Acuerdo No. 12 del 5 de septiembre de 2012 y, por ende, la prestación del servicio público de aseo.

Confrontada la decisión judicial emanada de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (Fls. 224 a 264), si bien se aprecia la extinción de la prestación del servicio público de aseo de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. desde el 24 de agosto de 2017, calenda en que se profirió la sentencia, tal circunstancia no es óbice para que este Tribunal desconozca que fue precisamente con ocasión del Acuerdo No. 12 del 5 de septiembre de 2012 que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. de manera autónoma decidió ampliar su



objeto social a las actividades del servicio público de aseo, conllevando entonces a que por ese actuar se suscribiera el contrato interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012 con AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., talante por el que resulta ilógico que la demandada EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. pretenda ser excluida de una responsabilidad que ella misma fundó en su momento.

El hecho que la decisión de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa determinara que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. se había extralimitado en sus funciones al ampliar su objeto social, el cual debió someterse a las consideraciones y aval del Consejo de Bogotá, en nada impide que deba asumir la solidaridad que aquí se declara, pues se insiste, los objetos sociales de ambas demandadas guardan plena congruencia para el desarrollo de su actividad.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

SIN COSTAS en esta instancia.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 15 de junio de 2021 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.



SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

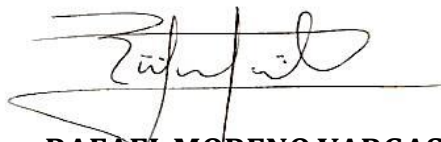
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral **1100131050 21 2017 00034 02**

Demandante: **MARÍA FERNANDA GUERRERO LÓPEZ**

Demandado: **SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DE**
SERVICIOS PÚBLICOS, CORPORACIONES
AUTÓNOMAS, INSTITUTOS DESCENTRALIZADOS Y
TERRITORIALES DE COLOMBIA “SINTRAEMSDES”
y SUBDIRECTIVA SECCIONAL BOGOTÁ.

Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, demandante y demandada, en contra de la sentencia proferida el 25 de agosto de 2021 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARÍA FERNANDA GUERRERO LÓPEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra del SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS, CORPORACIONES AUTÓNOMAS, INSTITUTOS DESCENTRALIZADOS Y TERRITORIALES DE COLOMBIA “SINTRAEMSDES” y la SUBDIRECTIVA SECCIONAL BOGOTÁ, con la finalidad que se declare que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido el 10 de enero de 2013, el cual finalizó sin justa causa el 28 de febrero de 2015, en virtud del cual desempeñó el cargo de secretaria.

Por consiguiente, pretende se condene a la demandada SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS, CORPORACIONES AUTÓNOMAS, INSTITUTOS DESCENTRALIZADOS Y TERRITORIALES DE COLOMBIA “SINTRAEMSDES” al pago del salario y el auxilio de transporte de enero y febrero de 2015, las cesantías y los intereses a las cesantías de los años 2014 y 2015, las vacaciones y la prima de vacaciones causadas de enero de 2014 a enero de 2015, las horas extras generadas en diciembre de 2014, el auxilio educacional de 2015, la prima extralegal proporcional a la terminación del contrato de trabajo, la sanción por despido sin justa causa, la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del C.S.T., la sanción por la no consignación de las cesantías, la indexación de las sumas adeudadas, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó que existió un contrato de trabajo con SINTRAEMSDES - SUBDIRECTIVA SECCIONAL BOGOTÁ, devengando un salario de \$850.000, cumpliendo un horario de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 5:00 p.m.; además precisó los nombres de los integrantes de la Junta Directiva de la referida Subdirectiva para el año 2013, fecha de inicio del vínculo laboral.

Seguidamente informó que el 9 de octubre de 2013 aduciendo problemas en la Subdirectiva Seccional Bogotá, el señor NÉSTOR DARÍO MONSALVE CASTAÑO, presidente de SINTRAEMSDES nacional, realizó una asamblea de la cual surgió una Junta Directiva Provisional, existiendo por ende desde dicha data dos Subdirectivas de la Seccional Bogotá, cada una de ellas representada por NELSON CASTRO RODRÍGUEZ y MARTÍN RAINIERO QUIJANO, lo cual generó traumatismos al interior del Sindicato.

De esta forma, la Subdirectiva Seccional Bogotá en el mes de mayo de 2014, encabezada por el señor MARTÍN RAINIERO QUIJANO, realizó elecciones de Junta Directiva; de otra parte en junio de 2014 la Subdirectiva Seccional Bogotá encabezada por el señor LUIS ORLANDO QUIROGA RODRÍGUEZ,

informó al Ministerio de Trabajo la conformación de la nueva Junta Directiva, aduciendo que el personal vinculado a SINTRAEMSDES mantuvo su vinculación laboral, incluyendo a la demandante, por lo cual continuó prestando sus servicios, pese a la incertidumbre sobre quién tenía la representación de los trabajadores.

Señaló que el 28 de febrero de 2015, mediante oficio calendado el día 20 de ese mismo mes y año, se le informó la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, adeudándose el salario y el auxilio de transporte de enero y febrero de 2015, las cesantías y los intereses a las cesantías de 2014 y 2015, la prima de servicios de 2015, las vacaciones y la prima de vacaciones causadas de enero de 2014 a enero de 2015, las horas extras de diciembre de 2014, el auxilio educacional de 2015, la prima extralegal de 2015 y la sanción por despido sin justa causa.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Las demandadas SINTRAEMSDES y SINTRAEMSDES - SUBDIRECTIVA SECCIONAL BOGOTÁ, en escrito conjunto dieron contestación a la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones elevadas en su contra, argumentando que la demandante no les prestó sus servicios, y que solo existe una Junta Directiva de la Subdirectiva Bogotá, representada por el señor MARTÍN QUIJANO ARIAS, la cual cambió su composición por decisión de la Asamblea el 9 de octubre de 2017.

Igualmente, indicaron que las personas removidas de su cargo en la Junta Directiva de la Subdirectiva Bogotá continuaron suplantando las funciones y cargos a pesar de su separación del Sindicato, situación que persistía desde el 9 de octubre de 2013; finalmente señalaron no ser cierto o no constarles lo atinente a la existencia de la relación laboral, la misiva de despido y la falta de pago de las acreencias reclamadas en el escrito inaugural, por cuanto solo existe una Junta Directiva Subdirectiva, representada por el señor MARTÍN QUIJANO ARIAS.

Formularon como excepciones previas las que denominaron falta de personería jurídica de SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, falta de legitimación en la causa por el extremo pasivo, improcedencia de las pretensiones, indebida acumulación de pretensiones, falta de requisitos formales, e ineptitud de la demanda, las que fueron resueltas en audiencia de 28 de noviembre de 2018, en la que se declararon no probadas las de indebida acumulación de pretensiones, falta de requisitos formales, e ineptitud de la demanda, respecto a las demás no se les dio trámite por no estar enlistadas; decisión que fue revocada parcialmente por esta Corporación en proveído de 26 de febrero de 2019, en la que se declararon no probadas las excepciones de falta de personería jurídica de SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá y falta de legitimación en la causa por el extremo pasivo.

Como excepciones de mérito propusieron las de prescripción, inexistencia de la relación laboral, improcedencia de las pretensiones, falta de causa para demandar y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 25 de agosto de 2021, declaró que, entre la demandante y el SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS, CORPORACIONES AUTÓNOMAS, INSTITUTOS DESCENTRALIZADOS Y TERRITORIALES DE COLOMBIA “SINTRAEMSDES” existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 10 de enero de 2013 y el 28 de febrero de 2015, el cual finalizó sin justa causa.

En consecuencia, condenó la dicha demandada a pagar a la actora de forma indexada el salario de los meses de enero y febrero de 2015 en suma de \$1.848.000; el auxilio de cesantías de 2014 y 2015 en monto de \$1.072.866,67; los intereses a las cesantías por \$113.758,09; la prima de servicios por \$148.866,67; vacaciones por suma de \$482.847,22 y la indemnización por despido sin justa causa por \$1.460.740,74. Finalmente, absolvió de las demás pretensiones y declaró probada la excepción de buena fe.

Para arribar a dicha conclusión, precisó que el contrato de trabajo que obra en el plenario está suscrito por quien fungía para el 10 de enero de 2013 como representante de SINTRAEMSDES - SUBDIRECTIVA BOGOTÁ, señor NELSON CASTRO RODRÍGUEZ; además indicó que encontró acreditada la prestación del servicio con las certificaciones laborales de 9 de octubre de 2014, 12 de diciembre de 2014, 28 de febrero de 2015 y la carta de terminación del contrato de trabajo emitida por la Junta Directiva presidida por el mencionado Directivo y que dicha Subdirectiva estuvo vigente en el registro sindical hasta julio de 2019.

Destacó que el 9 de octubre de 2013 el sindicato accionado nombró una nueva Junta Directiva para la Subdirectiva Bogotá, en la que el señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ QUIROGA reemplazó al señor NELSON CASTRO RODRÍGUEZ, situación que generó conflicto entre las dos Juntas Directivas, el que solo fue definido hasta el 22 de julio de 2019 por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cundinamarca, el que decretó la cancelación de la inscripción del registro sindical de las dos Juntas Directivas de la Subdirectiva Bogotá del sindicato encartado, entre ellas, la presidida por el señor NELSON CASTRO RODRÍGUEZ, decisión que no consagró efectos retroactivos. De ahí, que tanto la Junta Directiva regida por el señor MIGUEL ÁNGEL QUIROGA, como la liderada por el señor NELSON CASTRO RODRÍGUEZ, estuvieron inscritas en el registro sindical hasta el año 2019.

Frente a las acreencias extralegales señaló que al plenario no se aportó la normativa que los consagre, por lo que absolvió de su pago; y en lo atinente a la indemnización moratoria y la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, sostuvo que no evidenció un obrar de mala fe por parte de las enjuiciadas, en consideración a que existía una controversia frente a quién asumía la representación legal de la Subdirectiva Seccional Bogotá, actitud o conducta que no reviste un actuar de mala fe, razón por la cual absolvió de tales pedimentos y en su lugar ordenó la indexación de las sumas reconocidas.

Aclaró que, si bien las Subdirectivas de los sindicatos pueden ejercer la representación legal de la organización sindical nacional, lo cierto es que quien

ostenta la representación legal de SINTRAEMSDES es la persona jurídica nacional, razón por la que no emite condena en contra de la subdirectiva.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante presentó recurso en lo atinente primas extralegales, las horas extras y los auxilios reclamados por la trabajadora, pues considera que respecto a dichos emolumentos es el Sindicato al que le corresponden demostrar que los canceló a la demandante.

De otra parte, respecto de la indemnización moratoria, adujo estar probada la mala fe por parte de la pasiva, pues como lo sostuvo el Juzgado de primera instancia, algunos de los directivos como MARTÍN REINERO QUIJANO quien era el presidente, conocían la existencia de los trabajadores y sin embargo no ejecutaron acción alguna para cancelarles las sumas adeudadas. Luego, el Sindicato no puede eludir sus obligaciones, pues contaba con los medios para pagar las sumas de dinero adeudadas, lo cual también se predica respecto de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías y la falta de pago de la sanción por despido injusto.

SINTRAEMSDES por su parte argumentó en su alzada que se probó que existió una modificación de la Junta Directiva de SINTRAEMSDES SUBDIRECTIVA BOGOTÁ a partir del 9 octubre de 2013, la cual fue ampliamente difundida, misma data a partir dicha de la cual no aparece prueba de la prestación del servicio por parte de la promotora del litigio, aspecto que fue corroborado por los testigos que acudieron al proceso.

Señaló que las convocadas a juicio interpusieron una denuncia por suplantación de miembros de la Junta Directiva, por tanto, no solo fue la acción interpuesta por la Empresa de Acueducto la que se presentó a efectos de acreditar que se estaba ejerciendo una suplantación por parte de personas expulsadas del sindicato, entre ellas NELSON CASTRO RODRÍGUEZ y LUIS ORLANDO RODRÍGUEZ, quienes suscribieron las certificaciones a las que les otorgó validez la juzgadora de primera instancia. Destacando que, si bien el

fallo que dispuso la cancelación de las Juntas es de 22 de julio del año 2019, la expulsión de las personas fue con anterioridad a esa fecha, situación que no requería convalidación por parte de la jurisdicción.

Por último, adujo estar de acuerdo con la decisión de primera instancia, en el sentido de que no existió mala fe en el presente asunto, toda vez que informó que no conoció a la persona que aquí señala fungió como presunta trabajadora de la organización sindical y además acreditó la composición de la Junta Directiva para el año 2013 y la que posteriormente fue elegida de manera democrática en mayo de 2014.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Sin que se advierta causal que invalide lo actuado, encontrándose reunidos los presupuestos procesales, corresponde establecer (i) si se acreditó la existencia del contrato de trabajo, y en caso afirmativo (ii) si se debe emitir condena por acreencias laborales extralegales, la indemnización moratoria y la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías y la sanción por despido sin justa causa.

c. Del caso en concreto:

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del

contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

En el presente evento se declaró en primera instancia que se prestó el servicio para el sindicato “SINTRAEMSDES”, entre el 10 de enero de 2013 y el 28 de febrero de 2015, frente a lo cual se señala en la contestación de la demanda que la accionante no prestó el servicio para el extremo pasivo.

Sobre el particular se debe indicar que, tal como se dispuso desde la sentencia de primera instancia, quien ostenta personería jurídica se constituye en el Sindicato “SINTRAEMSDES”, respecto de quien se aduce en la demanda, ostentó la accionante la calidad de trabajadora, al prestar servicios como secretaria en la Subdirectiva Seccional Bogotá.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 391 del C.S.T., adicionado por el artículo 55 de la Ley 50 de 1990, todo Sindicato podrá prever en sus estatutos la creación de Subdirectivas Seccionales, evidenciándose del certificado expedido por la Coordinadora del Grupo de Archivo Sindical del Ministerio del Trabajo, del 9 de febrero de 2014 (Fl. 62 a 100 y 180 a 192), que en efecto, se dispuso la creación de la referida Subdirectiva, y además se advierte en dicha

documental que entre los años 2013 y 2015, de manera reiterada y paralela, se verificó la inscripción de diversa composición de la Junta Directiva de la Subdirectiva Bogotá, no obstante lo cual, debe precisarse, que la prestación del servicio en beneficio de cualquiera de las Juntas Directivas registradas, implica directamente la prestación del servicio al Sindicato “SINTRAEMSDES”, quien se reitera, ostentaría la calidad de empleador.

En ese orden de ideas, el hecho de registrarse masivamente Juntas Directivas, incluso en algunos casos radicadas el mismo día, o en otros solo superando el lapso de un día, en manera alguna puede afectar la existencia de contratos de trabajo que hayan sido suscritos con anterioridad a tal conducta, adelantada por quienes conformaban la agremiación sindical, más aún si por parte del Sindicato no se realizaron gestiones que hayan permitido evitar o superar oportunamente la irregularidad que se venía presentando con las dos Juntas Directivas de la Seccional Bogotá del sindicato demandado, como lo dejó sentando el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cundinamarca – Sala Laboral en sentencia de 11 de abril de 2019, en la que decretó la disolución y cancelación de la inscripción de la referida Subdirectiva, señalando que *“Incluso, aun cuando esas personas fueron expulsadas de esa agremiación, no se desplegó actuación alguna para controlar la inscripción masiva de cambio de juntas directivas”* (Fl. 401).

Ahora bien, tal como lo mencionó la *a-quo*, a folios 21 a 23 del expediente milita copia del contrato de trabajo suscrito entre la trabajadora y el Sindicato, Subdirectiva Seccional Bogotá, en esa oportunidad representado por el señor NELSON CASTRO RODRÍGUEZ, quien, se reitera, para el 10 de enero de 2013 ostentaba la calidad de presidente de la Subdirectiva Sindical, en consideración a que así se hace constar en la certificación del 9 de febrero de 2014 expedida por la Coordinadora del Grupo de Archivo Sindical del Ministerio del Trabajo (Fl. 180 a 192), en la que se refiere que el 3 de junio de 2011 se verificó el depósito de la Junta Directiva, la cual solo vendría a modificarse hasta el 10 de octubre de 2013, esto es, con posterioridad a la suscripción del contrato de trabajo, motivo por el cual no es de recibo desconocer en esta instancia el vínculo contractual con fundamento a la

modificación de la Junta Directiva, que solo acaeció, en una primera oportunidad, con posterioridad aproximada de nueve (9) meses a la vigencia del contrato de trabajo, mismo que además no fue redarguido de falso.

Por otra parte, no se aportó medio de convicción alguno que acredite que la nueva Junta Directiva registrada en el mes de octubre de 2013, haya dado por terminado de contrato de trabajo, pese a resultaba evidente su existencia, en tanto, se reitera, venía ejecutándose para la Subdirectiva por espacio de 9 meses.

En ese orden de ideas, estima la Sala le asistió razón a la *a-quo* al otorgar mérito probatorio al contrato escrito de trabajo obrante a folio 22 del plenario y las certificaciones de 9 de octubre de 2014, 12 de diciembre de 2014, 28 de febrero de 2015, las cuales están suscritas por el señor LUIS ORLANDO QUIROGA RODRÍGUEZ, quien para esas fechas ostentaba la representación de una de las Subdirectivas en cuestión, conforme se observa de las constancias de depósito de folios 79 a 100.

Ahora bien, resalta la Sala que en los extremos laborales alegados por activa, esto es, entre enero de 2013 y febrero de 2015, se reportan más de 50 inscripciones de diversas Juntas Directivas de la misma Subdirectiva Seccional, situación que evidencia una conducta sindical que conllevó a una inscripción masiva de Juntas Directivas, lo cual no puede en manera alguna avalar el desconocimiento del contrato escrito de trabajo, de igual manera, debe referirse que al plenario se aportó copia de la terminación del contrato de trabajo, fechada el 20 de febrero de 2015 y suscrita por el señor LUIS ORLANDO QUIROGA RODRÍGUEZ, fecha para la cual se había depositado la composición de la Junta Directiva el 19 de febrero de 2015, reportando como presidente al referido señor Luis Orlando Quiroga Rodríguez (Fl. 99 y 100), motivo por el cual para esa fecha, en la cual aún no se había dispuesto la cancelación de dichas inscripciones irregulares, se contaba con la facultad aparente de dar por terminado el contrato de trabajo, sin que el Sindicato haya desconocido dicho documento o hubiese tomado alguna decisión frente al contrato de trabajo.

De igual manera se evidencia la existencia de nóminas de pago que dan cuenta de la prestación continua del servicio en los años 2013 y 2014 (Fls. 24 y ss.), motivo por el cual, la prueba documental, *a contrario sensu* de lo alegado en el recurso de alzada elevado por pasiva, da cuenta de una contratación inicial que incluso escapa a las controversias que se generaron frente a quien mantenía la representación de la Junta Directiva, el cual se mantuvo según la misiva de terminación, hasta el 28 de febrero de 2015, sin que, como ya se expuso el hecho de la masiva inscripción de Juntas Directivas, pueda ser atribuible a la trabajadora o pueda implicar el desconocimiento de sus derechos laborales frente al Sindicato empleador.

Ahora bien, debe señalarse que para la fecha de terminación del contrato de trabajo no existía pronunciamiento judicial alguno que ordenara la cancelación de la inscripción de la Junta Directiva presidida por quien dispuso la terminación del vínculo laboral, y si bien se había dispuesto la expulsión del señor LUIS ORLANDO QUIROGA RODRÍGUEZ desde la Resolución No. 176 del 14 de noviembre de 2013 (Fls. 263 vto. y ss.), se evidencia una conducta omisiva del empleador frente a las actuaciones que siguió desplegando frente a las inscripciones en las Juntas Directivas, avalando tácitamente la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, toda vez que no existe manifestación alguna del empleador frente a dicha determinación, pese a que, para el 10 de enero de 2013, momento en el que se inició el contrato existiera discusión sobre quien ejercía la representación de la Subdirectiva, y por ende no es viable para el año 2015, desconocer la existencia del contrato por el empleador, máxime que se venía haciendo pago por nómina, los cuales tampoco fueron refutados de falsos.

Ahora bien, se aduce en la alzada que no se tuvo en cuenta que todos los testimonios dieron cuenta que la supuesta prestación del servicio no se hizo en las instalaciones de la organización sindical, no obstante, dicha situación obedeció a la situación que se presentó al interior del Sindicato de registrar diversas Juntas Directivas, lo cual debía estar en conocimiento del Sindicato empleador, máxime que la relación laboral inició con anterioridad al registro masivo y paralelo de Juntas Directivas, por lo cual ese hecho tampoco

desacredita la existencia del contrato de trabajo, además en el interrogatorio de parte que depuso el Representante Legal de SINTRAEMSDES nacional y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, señor HUMBERTO POLO CABRERA, indicó que NELSON CASTRO y ORLANDO QUIROGA debido al conflicto que existía entre las Juntas Directivas tomaron posesión del edificio que tenían de sede, precisando la ubicación de las dos sedes al interior al interior de la empresa, aspectos que también fueron colegidos por los testigos CLARA BARAHONA RODRÍGUEZ y JAVIER ARMANDO MILLÁN GARCÍA, mencionando este último que, a razón del mencionado conflicto entre las Juntas, las oficinas principales del Sindicato habían quedado bajo la custodia de los compañeros que salieron expulsados.

Finalmente en cuanto a los depósitos respecto de la Junta Directiva en el Ministerio del Trabajo, se tiene que dicha documental cumple una función de publicidad, compatible con la autonomía sindical, y por ende merece valor probatorio a fin de establecer que para cuando se inició la relación laboral no existía discusión sobre quien ejercía la representación, así como la conducta anómala de depositar paralelamente Juntas Directivas desde octubre de 2013, siendo factible que para cuando se modificara la Junta Directiva, se hayan adoptado decisiones frente al contrato de trabajo, evidenciándose una conducta omisiva del empelado frente a dicha situación, sin que se haya emitido pronunciamiento judicial alguno en vigencia del contrato, en lo relativo a la cancelación de alguna de las inscripciones.

Por lo anteriormente expuesto, concluye la Sala que le asistió razón a la juez de primera instancia al dar mérito probatorio a las documentales atinentes al contrato escrito de trabajo, las certificaciones que se allegaron al trámite procesal y la misiva de terminación de este, motivo que impele a confirmar la sentencia de primera instancia por este aspecto.

d) Acreencias Laborales Extralegales y Horas Extras:

Aduce la actora en su alzada que se debe emitir condena frente al pago de las primas extralegales y los auxilios reclamados en la presente acción, toda vez

que es al Sindicato al que le corresponden demostrar que los pago a la demandante.

Sobre el particular se advierte que no se aportó al plenario la fuente del derecho que consagra los beneficios extralegales que reclama la demandante en el escrito inaugural, como son la prima de vacaciones, la prima extralegal y el auxilio educacional, pues resultaba indispensable aportar la documental que da cuenta de su existencia, los requisitos para su causación, monto y demás aspectos de los beneficios reclamados, careciendo el plenario de medio de convicción que permita tener certeza a la Sala que en efecto la demandante resultaba beneficiaria de los mismos, consideración que tiene sustento en sentencia emitida por el órgano de cierre de esta especialidad con Radicado No. 38233 de 21 de febrero de 2012, motivo que impele a confirmar la absolución por este aspecto.

De otra parte, sienta su inconformidad la recurrente respecto al impago de horas extras, observándose que en la demanda reclamó el pago de las causadas en el mes de diciembre de 2014, de ahí que al examinarse el expediente en especial los folios 51 y 52, se encuentra que en la primera quincena de dicho mes se le canceló la suma de \$60.142, por ese concepto, sin que se hubiese demostrado por parte de la actora trabajo suplementario adicional al allí referido, siendo carga de esta demostrar tal aspecto, tal como se ha dicho en sentencia SL3009-2017, con Radicado No. 47044 de 15 de febrero de 2017, razón por la cual se confirma la absolución de primera instancia frente a ese concepto.

e) Indemnización Moratoria y Sanción por la No Consignación del Auxilio de Cesantía:

Tratándose de la indemnización moratoria y la sanción por la no consignación del auxilio de cesantía, debe indicarse que con la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que

dicha conducta pudiese causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato consagrada en el artículo 65 del C.S.T., así como por omitir el deber de consignar las cesantías en vigencia del contrato, de conformidad con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

No obstante lo anterior, precisa la Sala que las citada indemnizaciones no operan de manera automática, ya que a su imposición debe preceder el análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que, a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables, tal y como lo ha dicho nuestro máximo órgano de cierre, entre otras en sentencias SL 10632 de 2014, SL 2958 de 2015, SL 8216 de 2016, SL 1682 de 2019 y más recientemente en la sentencia SL3345-2021.

Es justamente este elemento el que solicita valorar la recurrente, pues alega que en el trámite procesal se probó la mala fe por parte de la pasiva, dado que algunos de los directivos, entre ellos, MARTÍN RAINERO QUIJANO quien era presidente de una de las subdirectivas, conocían de la existencia de los trabajadores y no verificaron acción alguna para cancelarles las sumas adeudadas, ni preguntaron por ellos, máxime cuando el Sindicato tenía la posibilidad de solucionar lo referente al pago de las acreencias laborales.

Por su parte la *a-quo* estimó que no se evidencia un obrar de mala fe patronal, en consideración a que existía una controversia frente a quien asumía la representación legal de la Subdirectiva Seccional, lo cual se constituía en una causal que permitía estimar que no se adeudaba suma alguna de dinero.

Sobre el particular se debe señalar que el empleador, esto es el Sindicato, conocía del contrato de trabajo que se había suscrito con la Junta Directiva de la Subdirectiva Seccional Bogotá, legalmente constituida para enero de 2013, presidida por el señor NELSON CASTRO RODRÍGUEZ, e incluso frente a la cual no existe discusión alguna al interior de la organización; de igual manera debía estar bajo su conocimiento el pago mensual que se venía realizando por nómina, sin que se haya avizorado que se haya rechazado al pago.

Por el contrario, lo que se advierte de la revisión del plenario, es un actuar de “SINTRAEMSDES” Subdirectiva Bogotá, desmesurado al depositar paralelamente Juntas Directivas, lo cual era de pleno conocimiento del Sindicato al surtirse con la publicad con los depósitos paralelos que se realizaron, se reitera, en vigencia del contrato de trabajo en aproximadamente más de 50 ocasiones, sin que se haya advertido, la adopción de medida alguna para solventar dicha situación o para aclarar la vigencia del contrato de trabajo o los efectos del despido que se realizó por el aparente presidente de una de las Juntas Directivas cuya legalidad se pretendía desconocer, y si bien como ya se mencionó anteriormente, se ordenó la expulsión de algunos de los miembros de la agremiación, no se desplegó ninguna actuación frente al contrato de trabajo, que se reitera, debía ser de su conocimiento por cuanto se pactó con anterioridad a la disputa que se venía presentando al interior del sindical y se venían haciendo pagos por nómina.

Por lo tanto, estima la Sala que una conducta de disputa de la representación legal de la Subdirectiva del Sindicato, en manera alguna constituye un obrar de buena fe a fin de sustraerse del pago del auxilio de cesantías en vigencia del contrato de trabajo, ni del pago de salarios y prestaciones sociales adeudadas a la terminación del vínculo laboral, motivo por el cual habrá de revocarse la decisión de primera instancia en este aspecto, para en su lugar emitir condena por sanción por la no consignación del auxilio de cesantías.

Para tal efecto se acogerá el salario señalado por la *a-quo* y frente al cual no existe discusión en la lazada de \$850.000, por otra parte, en el hecho 31 de la demanda (Fl. 8), se aduce que se adeudan las cesantías del año 2014, emitiéndose condena de primera instancia por este aspecto, por lo cual entre el 15 de febrero de 2015 y el 28 de febrero de 2015, correspondiendo por este concepto la suma de \$396.667, en cuanto a la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías del año 2015, debe reseñarse que no deben consignarse en un fondo de cesantías, ya que su pago procede a la finalización del contrato, lo que ocurrió el día 28 de febrero de esa anualidad, por lo que no hay lugar a impartir condena en ese sentido.

De igual manera se revocará la absolución de la indemnización moratoria, y en su lugar se condenará al Sindicato al pago de \$28.333 diarios desde el 1º de marzo de 2015 y hasta por 24 meses, y en adelante será condenado a pagar intereses de mora sobre las sumas adeudadas por concepto de salarios y prestaciones sociales según se dispuso en primera instancia, a la tasa máxima certificada por la Superintendencia Financiera, a partir de la iniciación del mes 25 hasta cuando se verifique el pago, conforme lo regulado en el artículo 65 del C.S.T., dado que entre la terminación del contrato de trabajo y la presentación de la demanda no transcurrieron más de 24 meses, según da cuenta el acta individual de reparto (Fl. 193), y el último salario devengado por la actora como se dijo anteriormente se estableció en \$850.000, monto superior al salario mínimo legal mensual vigente del año 2015.

Como consecuencia de lo anterior, se revocará el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia que declaró probada la excepción de buena fe.

En este punto cabe destacar que, si bien la parte demandante en la azada presenta inconformidad sobre el impago de la sanción por despido injusto, lo cierto es que en primera instancia se emitió condena por tal emolumento, respecto del cual en el sustento del recurso adujo estar de acuerdo con tal condena, por tanto, la Sala no emitirá pronunciamiento al respecto, pues no se advierte inconformidad sobre el valor reconocido.

Finalmente, se modificará la indexación, a fin de sustraer de su pago respecto de salarios y prestaciones sociales, al ser incompatibles con las sanciones antes analizadas.

Como corolario de lo anterior, se recovaró y modificará parcialmente la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:



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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE los numerales tercero y cuarto de la sentencia proferida el 25 de agosto de 2021 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia, para en su lugar **CONDENAR** al SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS, CORPORACIONES AUTÓNOMAS, INSTITUTOS DESCENTRALIZADOS Y TERRITORIALES “SINTRAEMSDES”, a pagar a la señora **MARÍA FERNANDA GUERRERO LÓPEZ**, la suma de \$396.667, por concepto sanción por la no consignación del auxilio de cesantías del año 2014, causada entre el 15 de febrero de 2015 y el 28 de febrero de 2015; y al pago la indemnización moratoria dispuesta en el artículo 65 del C.S.T., a razón de \$28.333 diarios desde el 1º de marzo de 2015 y hasta por 24 meses, y en adelante se deberán cancelar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, hasta cuando se verifique el correspondiente pago.

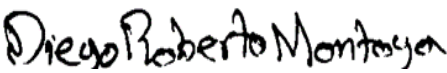
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Proceso Ordinario Laboral No. **1100131050 24 2019 00476 02**
Demandante: **GLADYS SAAVEDRA TOLOZA**
Demandado: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE**
 GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES
 PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL
 - UGPP.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 30 de julio del 2021, proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, la sentencia se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S., por cuanto la decisión fue adversa a los intereses de la encartada.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora GLADYS SAAVEDRA TOLOZA interpuso demanda ordinaria laboral en contra de la UGPP, para que se la condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del deceso de su cónyuge, a partir del 11 de agosto de 2018, más el reajuste de ley y los intereses moratorios, o en

subsidio, la indexación de las mesadas reconocidas más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En sustento de sus aspiraciones indicó que es cónyuge supérstite del señor ORLANDO PÉREZ SILVA, con quien contrajo matrimonio por el rito católico el 25 de agosto de 1973, procreando cuatro hijos, todos mayores de edad y sin derecho a reclamar la prestación pensional en cuestión; igualmente, manifestó que convivieron bajo el mismo techo y compartiendo lecho y mesa desde la fecha del matrimonio hasta el 25 de agosto de 1998, y posteriormente mantuvieron el vínculo afectivo y económico hasta el día del deceso que acaeció el 11 de agosto de 2018.

Expuso que mediante Resolución No. 001612 del 21 de septiembre de 1993, la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero le reconoció al causante una pensión mensual y vitalicia de jubilación a partir del 11 de marzo de 1993 en cuantía de \$162.863, la cual fue indexada a partir del 11 de marzo de 1993 en suma de \$345.633, a través de la Resolución No. 1628 del 2 de agosto de 2010, emitida por el Fondo de Pasivo Social.

Precisó que a la fecha del deceso del causante la sociedad conyugal se encontraba vigente, por lo que presentó reclamación administrativa ante la UGPP el 1º de octubre de 2018, solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, la cual fue negada mediante Resolución RDP 002194 del 25 de enero de 2019, decisión contra la cual interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación el 18 de febrero de 2019, siendo confirmada a través de la Resolución RDP 006178 del 26 de febrero de 2019 y RDP 011524 del 6 de abril de 2019, mediante las que se desataron los recursos de reposición y apelación, respectivamente. Añadió que el causante sufragaba

sus gastos de alimentación, recreación y vestuario y que pagó las cuotas de la obligación financiera No. 27-0021952-0 adquirida por ella en COOMULDESA.

1.3 CONTESTACION DE LA DEMANDA:

La UGPP contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, exponiendo que la demandante no cumple con los requisitos para acceder a la sustitución pensional solicitada, de ahí que tampoco tenga derecho a la indexación deprecada. Señala que en el plenario no existe prueba idónea que permita colegir que la demandante en su calidad de cónyuge convivió con el causante en los cinco (5) años anteriores al deceso, para lo cual trajo a colación la reseñado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1399 de 25 de abril de 2018.

Formuló la excepción previa de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios, la cual se declaró no probada en audiencia de 16 de septiembre de 2020, decisión que fue confirmada por esta Corporación mediante proveído de 30 de octubre de 2020 (Fls. 117 a 119).

Igualmente, propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación en caso que la demandante no demuestre su calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes demandada, la calidad de cónyuge de la actora debe demostrar la convivencia en los cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento – no se logró probar la convivencia por la demandante, buena fe, prescripción y la innominada.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 30 de julio de 2021 condenó a la UGPP a reconocer y pagar a la demandante la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento del señor ORLANDO

PÉREZ SILVA a partir del 11 de agosto de 2018 en cuantía igual al 100% de la mesada pensional que venía percibiendo al momento del deceso y en adelante, con los respectivos ajustes legales y mesadas adicionales, además ordenó la indexación de cada mesada pensional, desde que se hizo exigible hasta la inclusión en nómina.

Asimismo, autorizó a la entidad demandada a descontar del retroactivo pensional, los aportes con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud y absolvió a la pasiva de las demás pretensiones; declaró probada parcialmente la excepción de inexistencia del derecho y condenó en costas y agencias en derecho a la convocada a juicio.

Para arribar a tal conclusión, expuso que no es objeto de controversia que al causante ORLANDO PÉREZ SILVA le fue reconocida pensión de jubilación por parte de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, a partir del 11 de marzo de 1993, la que fue indexada.

Precisó que la norma a aplicar al caso es la vigente a la fecha del deceso, es decir, los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la ley 797 del 2003. En cuanto al tiempo de convivencia trajo a colación lo sentado por la Sala laboral de Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1399 de 2018, en la que señaló que la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante al surgimiento del derecho de la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de la compañera permanente, como de la cónyuge.

Igualmente memoró el concepto de convivencia conforme lo preceptuado por la misma Corporación, aclarando que, a favor del cónyuge separado de hecho con vínculo matrimonial vigente, se acepta que el lapso de los 5 años de convivencia sea en cualquier tiempo, pues mientras el vínculo no se disuelva

los derechos de la pareja subsisten, tal como se estimó en sentencias SL1399-2018, SL2227 de 2021 y SL2835 de 2021.

En cuanto a la calidad de cónyuge de la promotora, sostuvo que se acredita con la partida de matrimonio y el registro civil de matrimonio que obran a folios 27 y 28 del expediente.

En lo que respecta al presupuesto de la convivencia la encontró acreditado con las declaraciones juramentadas rendidas ante notario por MARÍA VITALIA DELGADILLO SOTELO y EDILMA PÉREZ GONZÁLEZ, además de los testimonios de EDILMA PÉREZ GONZÁLEZ, quien era hermana del causante, NUBIA APONTE DE LEÓN, PABLO BAUTISTA y HERIBERTO PORRAS DÍAZ, quienes dieron cuenta de la convivencia de la pareja, la existencia de cuatro hijos y la ayuda que el causante le prestó a la promotora del litigio, incluso después que dejaron de convivir, concluyendo que la convivencia de los 5 años en cualquier momento se cumplió en el municipio de Suaita, por lo menos del 25 de agosto de 1993 y hasta el 25 de noviembre de 1998. Destacando que el fenómeno prescriptivo no operó.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión de primera instancia la parte actora presenta recurso de apelación, en el sentido que se modifique el fallo de primera instancia y se condene a la demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, por cuanto es evidente la calidad de cónyuge con vínculo matrimonial y sociedad conyugal vigente, encontrándose así acreditados los requisitos de ley, siendo además aceptado en el trámite administrativo de la entidad, la convivencia por espacio de 26 años, por lo que no existe justificación para que no se reconozcan los intereses.

IV.- CONSIDERACIONES:

4.1 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

4.2 PROBLEMA JURÍDICO:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la demandante GLADYS SAAVEDRA TOLOZA, cumple los requisitos previstos en la ley para acceder a la pensión de sobrevivientes deprecada.

En caso afirmativo, se estudiarán las condenas a fulminar y se determinará si procede la condena frente a los intereses de mora contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, o la indexación de las sumas reclamadas.

4.3 DE LA CALIDAD DE PENSIONADO DEL CAUSANTE:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de discusión que al señor ORLANDO PEREZ SILVA, la Caja de Crédito Agrario y Minero le concedió pensión de jubilación mediante Resolución 001612 de 21 de septiembre de 1992, a partir del 11 de marzo de 1993, en cuantía inicial de \$162.863,13; como tampoco lo atinente a la indexación de la mesada pensional conforme se desprende de la Resolución 1628 de 2 de agosto de 2010 (Fls. 18 a 20 y 21 a 23 vto.).

4.4 DE LOS REQUISITOS PARA SER BENEFICIARIO DE LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL:

Teniendo en cuenta que el deceso del causante data del 11 de agosto de 2018, según se confirma con el Registro Civil de Defunción de folio 24, y por lo tanto

conforme lo tiene sentado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL2075-2021, la norma que regula la materia de la pensión de sobrevivientes pretendida es la vigente al acaecimiento de aquel hecho, que para el presente evento se constituyen en los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, disposición que modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

Dicha normativa regula que son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, teniéndose entre estos, en forma vitalicia, a la cónyuge o compañera permanente, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con el causante y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, señaló:

“Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva-durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

“Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida”.

En igual sentido, se tiene que en reciente pronunciamiento efectuado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, reiteró la Alta Corporación de cierre en sentencia SL-1730 del 2020, que el mentado requisito de convivencia por espacio de cinco (5) años, resulta exigible en tratándose de pensionados, así:

“Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado”.

Cabe precisar desde la sentencia SL-41637 del 2012, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentó la postura atinente a que la cónyuge con vínculo matrimonial vigente con separación de hecho tiene derecho a la pensión de sobrevivientes bastándole con acreditar los 5 años de convivencia en cualquier tiempo, misma que se ha mantenido de forma pacífica a la fecha, por lo menos para el caso de los pensionados, la que ha sido reiterada recientemente entre otras, en sentencia SL2015-2021 con Radicación No. 81113 de 28 de abril de 2021, en donde después de analizar la intelección que se le deba dar al inciso 3º del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, precisó:

“Pues bien, de la normativa trascrita se colige que, en el caso de la cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separada de hecho del causante, la acreditación para el momento de la muerte de algún tipo de «vínculo afectivo», «comunicación solidaria» y «ayuda mutua» que permita considerar que los «lazos familiares siguieron vigentes» para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, configura un requisito adicional que no establece el inciso 3.º del literal b). (...)».

“Por lo demás, ese es el alcance que al precepto en comentario le ha dado esta Corporación, pues su jurisprudencia de manera reiterada ha adoctrinado que «la convivencia de la consorte con vínculo marital vigente y separación de hecho con el pensionado o afiliado en un periodo de 5 años», puede ser acreditado en cualquier tiempo, puesto que de esta manera se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante,

en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social (CSJ SL 41637, 24 en. 2012, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, , CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019).

“Justamente, esa es la teleología y alcance del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se reitera, no dejar desamparado(a) al(la) cónyuge supérstite separado(a) de hecho que mantiene el vínculo marital vigente, quien en su momento aportó a la construcción del derecho pensional del causante; pero, además, su contenido encuadra en las realidades o situaciones sociales que regula dicho precepto, esto es, no invisibiliza las diferentes circunstancias que generalmente rodean la dejación de la vida en comunidad entre esposos.”

De cara a lo indicado se tiene que, conforme a la línea jurisprudencial vigente, la cónyuge con vínculo marital vigente y separada de hecho con el pensionado, el requisito de convivencia de cinco (5) años puede acreditarse en cualquier tiempo.

4.5 DEL CASO EN CONCRETO:

Decantado lo anterior, procede la Corporación a descender al caso que hoy nos convoca, y para tal efecto debe volver la mirada la Sala sobre los medios probatorios arrimados al proceso, acorde con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S., logrando constatar en los mismos que dentro de la prueba documental obra la Partida de Matrimonio y el Registro Civil de Matrimonio celebrado entre el causante y la demandante señora GLADYS SAAVEDRA TOLOZA el 25 de agosto de 1973 (Fl.27 y 28 a 28 vto.).

Asimismo, en el transcurrir del trámite procesal se practicó interrogatorio de parte a la demandante GLADYS SAAVEDRA TOLOSA, quien manifestó que vive en Suaita y procreó cuatro hijos con el causante de nombres GERMAN ORLANDO, OSCAR ALEJANDRO, MARLYN ISLENA y ASTRID JOHANA PÉREZ SAAVEDRA; indicó que estuvieron casados hasta la fecha del deceso, que tuvieron algunos recesos como todas las parejas, de días o meses si romper el

vínculo sentimental, que ella nunca trabajó y siempre dependió de su cónyuge, existiendo una convivencia estable.

Señaló que el causante trabajó algún tiempo en Bogotá, reiterando que la relación siempre se mantuvo y fue buena; que al momento del fallecimiento el causante se encontraba en Olival en una casa de propiedad de su hijo en la que vivía desde que la adquirió, viajando todos los fines de semana, o entre semana una o dos veces a visitarla; indicó que no conocía de la existencia de otra pareja o de más hijos, pues las veces que visitó la referida casa de habitación nunca encontró a nadie, aclarando que en dicho lugar vivía una profesora.

Adujo que estuvo con él en la UCI por espacio de 11 días, junto con los hijos y la familia. Que no recuerda exactamente cuando dejó de compartir la residencia, lo que aproximadamente ocurrió unos 6 o 7 años antes del fallecimiento. Reiteró que recibía apoyo económico del causante y prueba de ello, es que ella tenía una deuda con la que le ayudaba.

Manifestó que contrajo matrimonio con el causante el 27 de agosto de 1973, que fue cajero de la Caja Agraria y luego lo trasladaron a Capitanejo, allí vivieron 9 años y medio y luego lo trasladaron a Charalá, en donde permanecieron 3 o 4 años al ser secretario de la Caja Agraria, y posteriormente lo trasladaron a San José de Suaita como director de Caja Agraria, lugar en que se pensionó, señalando que después convivieron en el barrio las Terrazas de Suaita hasta que falleció, pues la relación no se terminó.

Adujo que el hecho que haber manifestado en la demanda que había vivido en el mismo techo hasta el año 1998 y en otros documentos, fue porque se fue a Bogotá a llevar una contabilidad, pero que él venía o ella iba; que el causante permanecía en la casa de Olival porque estaba amoblada y tenía cultivos y que su cónyuge le dijo que la profesora que vivió en Olival se había ido porque se le acabó el contrato de trabajo que tenía allí.

De otra parte, se recibió el testimonio de la señora EDILMA PÉREZ DE GONZÁLEZ, quien dijo ser hermana del causante y ser cuñada de la actora, que la conoce desde que era menor de edad y conoce que contrajo matrimonio con su hermano el 25 de agosto de 1973, el cual se celebró en el municipio de Olival, situación que le consta porque asistió a la ceremonia junto con su cónyuge; que la pareja procreó cuatro hijos de nombre OSCAR ALEJANDRO, GERMAN ORLANDO, MARLY y ASTRID JOHANA PÉREZ SAAVEDRA, que los dos primeros tienen más de cuarenta años. Que cuando la pareja se casó se fueron a vivir a la casa de sus padres, en donde duraron un tiempo y después vivieron en una casa en Suaita, luego vivieron en Capitanejo, en Charalá y posteriormente en San José de Suaita.

Qué cuando el causante se pensionó adquirió una casa en Olival, en donde permanecía algunos días y otros se radicaba en Suaita en la casa de la demandante, situación que le constaba porque vivió en Suaita y era muy cercana al causante, además precisó que la actora y su hermano convivieron hasta el deceso, pese a que en ocasiones tenían problemas conyugales. Corroboró lo atinente a la dependencia económica de la actora respecto del causante.

Indicó que el actor tuvo otra relación, sin que hayan convivido. Reconoció haber practicado declaración extra-proceso el 6 de septiembre de 2018 en la Notaría Primera de Bucaramanga, reiterando que convivieron desde que contrajeron nupcias. Por último, sostuvo que la demandante vive en la casa de la terraza en Suaita hace 15 años, y que para el momento en que su hermano se pensionó ya no convivían en la misma casa, pues él se radicaba ente Olival y Suaita.

Entre tanto, el testigo PABLO BAUTISTA VALLEJO relató que conoce a la actora hace 17 años en Suaita, porque ella tiene una casa allí y que conoció desde el colegio al señor ORLANDO PÉREZ. Que la pareja se presentaba como

matrimonio y le consta que convivieron en varias partes; que habitaron en la casa de Suaita en el barrio las Terrazas, la cual compró la actora hace unos 18 o 19 años, lugar en el que el causante la visitaba los fines de semana y se quedaba 1 o 2 días y luego se retiraba, sin conocer los motivos por lo cuales la pareja vivía separada y tampoco le consta si tenía otra relación sentimental.

El testigo ELIBERTO PORRAS DÍAZ, manifestó conocer a la demandante de toda la vida porque son de Suaita y conoció a los padres de ella y también conoció al causante; manifestó que le consta que contrajeron matrimonio y tuvieron 4 hijos los cuales ya son adultos. Sostuvo que la pareja convivió un tiempo en San José de Suaita y otro tiempo en Suaita y en Capitanejo, que cuando vivieron en San José de Suaita el causante era gerente del Banco Agrario de ese lugar.

Dijo no recordar la fecha del deceso y que antes de morir se lo encontraba con la accionante en la casa del barrio las Terrazas de Suaita, la cual la compró en el año 2000. Además, dijo no constarle que el causante tuviese otra pareja, pues únicamente lo veía con la actora en su casa.

Finalmente, la testigo NUBIA HELENA APONTE LEÓN afirmó conocer a la actora hace 20 años y también conoció al causante, constándole que eran cónyuges. Refiere que el causante falleció en Bucaramanga en el hospital Los Comuneros, pues estuvo en contacto con la actora y las hijas.

Precisó que le consta que el causante estaba pendiente de la actora, y además se quedaba en la casa de ella y le llevaba mercado. Que después que vivieron en San José de Suaita, se fueron para Suaita, sin conocer si se separaron, porque siempre los vio juntos, ni si tenía otra relación sentimental.

De lo expuesto, se puede corroborar con meridiana claridad que para la fecha del deceso la demandante ostentaba la calidad de cónyuge supérstite del

causante, pues contrajeron nupcias por el rito católico desde el 25 de agosto de 1973 (Fl. 27 a 28 vto.), sin que para la fecha del fallecimiento del señor ORLANDO PÉREZ SILVA, hubiese desaparecido el vínculo matrimonial, supuestos fácticos de los cuales se infiere palmariamente que el requisito de la convivencia de cinco (5) años con el pensionado fallecido, puede verificarse en cualquier época y no como lo exigían los actos administrativos que negaron el reconocimiento pensional de sobrevivientes a la demandante, emitidos por la pasiva, tal como se colige de las Resoluciones RDP 002194 de 25 de enero de 2019, RDP 006178 de 26 de febrero de 2019 y RDP 011524 de 6 de abril de 2019 (Fls. 37 a 38, 47 a 48 vto. y 50 a 51 vto.).

Continuando con el análisis del presupuesto de la convivencia de la accionante con el causante, si bien las declaraciones de los testigos no son contundentes en señalar con precisión una fecha hasta la cual se mantuvo de forma continua la convivencia, también lo es, que los deponentes, entre ellos la hermana del causante, señora EDILMA PEREZ DE GONZALEZ, indicó que la pareja después que contrajo matrimonio convivió en la casa de sus padres y posteriormente lo fue en otros lugares, como en Suaita, Capitanejo, Charalá y San José de Suaita, sitios en donde igualmente el pensionado prestó sus servicios a la Caja Agraria, por un lapso de 27 años, según se indica en la Resolución en que esa entidad le reconoció la pensión (Fls. 17 a 20), aspectos que fueron colegidos por los demás testigos.

Además, sostuvo que la pareja procreó cuatro hijos, los cuales en la actualidad cuentan con edades entre los 46 y 41 años, por lo que podría deducirse que el primero nació aproximadamente hacia el año 1975 y la última lo fue hacia 1980, y que por la época en que el pensionado se retiró de la Caja Agraria, éstos estaban terminando el bachillerato, es decir, hacia los años 1993 a 1998, situaciones que resultan concordantes con lo narrado por la actora en su declaración. Así, se puede concluir que por lo menos la convivencia se dio desde la fecha del matrimonio, esto es, desde el 25 de agosto de 1973 hasta el

25 de agosto de 1998, tal como se relató en el plenario; esto es, por espacio de 25 años, superando el lapso de convivencia de los 5 años en cualquier momento, tal como lo expuso la juzgadora de primera instancia.

Ahora, respecto a la declaración juramentada ante notario que se adosó a folio 30, y que fuera ratificada por la señora EDILMA PÉREZ DE GONZÁLEZ, quién rindió testimonio y manifestó ser hermana del causante, en la que indicó que el causante convivió con la actora desde la fecha del matrimonio y hasta el 25 de noviembre de 1996, resulta ser una imprecisión que, en uno u otro caso, permite colegir una convivencia superior a los 5 años, requeridos para el caso de autos.

Aunado a lo anterior, no puede pasar por alto la Sala que la demandante y el causante continuaron departiendo hasta la fecha de su deceso, pues así lo ratificaron los testigos, quienes manifestaron que compartían en fiestas y paseos en la casa de Suaita y en la de Olival y que el pensionado concurría a la casa de la demandante semanalmente, sin que hubiese desaparecido la comunidad de vida de la pareja, pues mantenía lazos de apoyo, solidaridad, acompañamiento y ayuda mutua, ello en tanto los deponentes manifestaron que el causante le solventaba algunos gastos, lo que se corrobora de la documental de folios 53 a 57, en la que se verifican pagos para los años 2017 y 2018, por parte del señor ORLANDO PÉREZ de un crédito del cual era titular la actora en Coomuldesa.

De tal manera que se encuentra acreditada la convivencia, acotando que desde el momento en que contrajeron nupcias hasta por lo menos el año 1998, se supera el requisito de 5 años en cualquier tiempo, de modo que la actora tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, a partir del 11 de agosto de 2018, fecha de defunción del pensionado, en un 100% de la prestación que percibía para el momento del fallecimiento, la cual debe ser

reajustada anualmente, junto con las mesadas adicionales. Autorizándose a la entidad demandada a descontar del retroactivo pensional, los aportes con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud, tal como lo dispuso la *a-quo*.

Como corolario de lo anterior se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

4.6 DE LOS INTERESES MORATORIOS:

En otro giro, frente a la inconformidad de la parte actora en su alzada, en la que solicita se modifique el fallo de primera instancia y en su lugar se condene a la demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, por cuanto era evidente la calidad de cónyuge con vínculo matrimonial vigente de la actora y el cumplimiento de los requisitos de ley, siendo aceptado además en el trámite administrativo de la entidad la convivencia por espacio de 26 años, por lo que no existe justificación para que se le exonere del pago de los mismos.

Por su parte la falladora de instancia para absolver de tal pedimento señaló que los intereses moratorios se utilizan como mecanismos resarcitorio y no sancionatorio, pues no se deben analizar los motivos de la conducta renuente de la entidad demandada, ya que la jurisprudencia ha reconocido excepciones, por lo que la entidad se ajustó a las disposiciones legales y su interpretación para la época, trayendo a colación la sentencia SL2587 de 2019.

Sobre el particular considera esta Corporación pertinente tener en cuenta lo reseñado en la sentencia SL4321-2021, Radicación No. 84592 de 22 de septiembre de 2021, en la que se estudió el tema de los intereses moratorios en un caso de similares contornos al nos ocupa en esta ocasión, en la que el máximo órgano de cierre expuso:

“Por otra parte, Colpensiones negó el derecho reclamado en las oportunidades en las que se pronunció sobre el mismo, al considerar que no se acreditó la convivencia mínima de cinco (5) años anteriores a la muerte del causante (f.º 45 y 49), criterio jurídico que ratificó al contestar el escrito inaugural y que, como quedó visto, no se acompasa con lo previsto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, ni con lo adoctrinado por esta Sala de Casación, razón por la cual es procedente la condena por intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993”.

En este orden, se tiene que efectivamente ha señalado la jurisprudencia que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, proceden por el solo hecho del retardo de las mesadas, sin que tenga relevancia la discusión del derecho o la buena o mala fe del deudor, tal como lo estableció la juzgadora de primera instancia; empero, contrario a lo decidió por la *a-quo*, considera la Sala que en el *sub-examine* si resulta viable la procedencia de los intereses moratorios reclamados en el escrito inaugural, pues el debate frente a la interpretación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, respecto del cumplimiento del requisito de convivencia de 5 años en cualquier momento para la cónyuge con vínculo marital vigente y separación de hecho del pensionado fallecido, ya ha sido zanjado por la jurisprudencia desde mucho antes de la reclamación que presentara la actora, como se memoró en las sentencias que se trajeron a colación precedentemente.

En esa medida se impartirá condena por los intereses moratorios reclamados, por lo que se verifica que la reclamación de la prestación se presentó el 1º de octubre de 2018 (Fl. 33 a 35), así acorde con lo previsto en el artículo 1º de la Ley 717 de 2001, las entidades de seguridad social disponen de dos meses para reconocer la pensión de sobrevivientes, contados a partir del momento en el que el interesado radica la solicitud, por consiguiente, la entidad convocada a juicio adeuda intereses moratorios a la actora por la tardanza en su otorgamiento desde el 1º de diciembre de 2018, y hasta que se realice el pago de la prestación pensional reconocida y en consecuencia se revocará la condena por indexación de las mesadas pensionales y el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia que declaró parcialmente

probada la excepción de inexistencia del derecho.

4.7 DE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

Dicha excepción no goza de prosperidad toda vez que el fallecimiento del causante, señor ORLANDO PEREZ SILVA sucedió el 11 de agosto de 2018, elevando reclamación administrativa la demandante el 1º de octubre de 2018 como da cuenta la reclamación que obra a folios 33 a 35, por lo que al haberse presentado la demanda el 23 de julio de 2019 (Fl. 71), claro resulta para la Sala que no operó el término trienal prescriptivo en los artículos 488 y 489 del C.S.T., en concordancia con lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T y de la S.S. En estos términos, la decisión de la *a quo*, resulta acertada y debe ser confirmada.

SIN COSTAS en esta instancia por cuanto no se causaron.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

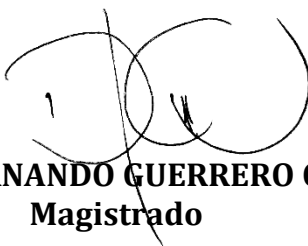
PRIMERO: REVOCAR la adición de la sentencia proferida el 30 de julio de 2021, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió del pago de intereses moratorios y condenó al pago de la indexación de las mesadas pensionales; para en su lugar **CONDENAR** a la demandada UGPP a reconocer y pagar a la demandante los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de diciembre de 2018, y hasta que se realice el pago de la pensión de sobrevivientes reconocida, en consecuencia se revoca la condena por indexación de las mesadas pensionales.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, que declaró parcialmente probada la excepción de inexistencia del derecho, por las razones indicadas en la parte motiva de esta decisión.

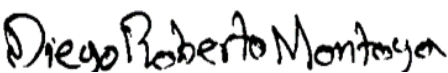
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia proferida el 30 de julio de 2021, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

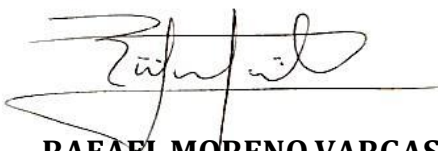
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 **15 2019 00854 01**
Demandante: CLARA NUBIA ANDRADE RUEDA
Demandado: COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y T.P. 221.228 del C.S. de la J, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuesto por la demandada PROTECCIÓN S.A. y la parte actora CLARA NUBIA ANDRADE RUEDA en contra de la sentencia proferida el 10 de agosto de 2021 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera a desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora CLARA NUBIA ANDRADE RUEDA, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. para que previo



trámite judicial correspondiente, se declare que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, a partir de enero de 1982, en el cual se mantuvo hasta el mes de abril de 1999, trasladándose al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por PROTECCIÓN S.A., a partir de mayo de 1999, y a través de engaño al habersele inducido a error, momento para el cual ostentaba 567.57 semanas, por lo que con anterioridad a su traslado contaba con una expectativa legítima de pensión.

Asimismo, se declare que PROTECCIÓN S.A. omitió su deber de informarla y asesorarla de manera eficiente sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional; perdiendo la posibilidad de pensionarse en condiciones más favorables; por tanto, solicita se declare la nulidad del traslado de régimen que realizó en 1999 y se ordene su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Asimismo, solicita se ordene reactivar su afiliación y se ordene a la AFP la devolución a COLPENSIONES de todos valores provenientes de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada, así como todos sus frutos e intereses de conformidad con lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil.

En virtud de lo anterior, pretende se declare que cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, por lo que se debe condenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar la prestación a partir del cumplimiento de los 57 años, junto con las mesadas adicionales, los intereses moratorios, la indexación, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que nació el 15 de septiembre de 1961, efectuando cotizaciones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida por el periodo comprendido entre enero de 1982 hasta abril de 1999, acreditando 567.57 semanas.



Que en abril de 1999 se encontraba laborando en las instalaciones de su lugar de trabajo, siendo visitado por un asesor de la AFP demandada, quien la persuadió de trasladarse a ese fondo privado de pensiones, aduciendo que era una entidad con mayor solidez, estabilidad y mejores garantías a nivel pensional.

Relató que el asesor le manifestó que accedería a su derecho pensional en una fecha anterior a la prevista en el entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y en cuantía superior, en tanto dicha entidad sería reformada, incrementado los requisitos para acceder al derecho pensional por vejez en edad y semanas mínimas de cotización; que nunca se le informó que su derecho pensional quedaba condicionado a la redención de un bono pensional, el cual podría redimir de manera anticipada mediante negociación, pero ello le implicaría recibir una suma muy inferior a su monto real, a efecto de causar su pensión con antelación. Además, adujo que no le realizó proyección pensional de su mesada en ambos regímenes, a fin de verificar cual le sería más favorable y que en general omitió información respecto del traslado de régimen pensional.

Precisó que en proyección que le realizara PROTECCIÓN S.A. el 27 de septiembre de 2019, se le indicó que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad recibiría una mesada inicial en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, mientras que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, obtendría como primera mesada pensional la suma de \$1'275.909.

Relató que, en aras de agotar la reclamación administrativa, la demandante elevó derecho de petición ante COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., solicitando el traslado de régimen con fundamento en la nulidad de la afiliación, pese a ello, dichas administradoras negaron su pedimento. Finalmente, señaló que es beneficiaria de la pensión de vejez en los términos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, pues cumplió la edad requerida por dicho precepto normativo el día 15 de septiembre de 2018, y que para ese mismo mes y año contaba con 1604 semanas cotizadas.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones. Argumentó que el traslado realizado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se encuentra ajustado a derecho, por cuanto se realizó de manera libre y voluntaria de conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicional a que le corresponde a la demandante probar los vicios del consentimiento alegados.

Formuló como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

Asimismo, PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda resaltando que no existió vicio alguno en el consentimiento expresado por la actora al momento de celebración del acto jurídico de vinculación con esa entidad, igualmente sostuvo que no faltó a su deber de información, pues se dio cumplimiento a la normativa vigente para el momento, por tanto, la afiliación se realizó de forma libre y voluntaria y sin presiones constituyendo un acto válido que generó obligaciones para ambas partes.

Propuso las excepciones de mérito denominadas inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro provisional cuando se declara la nulidad o la ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 10 de agosto de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado efectuada por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al



Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el día 23 de abril de 1999, ordenando a PROTECCIÓN S.A. trasladar los recursos o sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la actora junto con sus rendimientos y el valor del bono pensional con destino a COLPENSIONES; la que debe recibir dichos recursos, reactivar la afiliación de la demandante y acreditarlos como semanas cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado.

Además, condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en favor de la demandante de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas en la Ley 797 de 2003, en un valor o monto pensional que corresponde a la suma de \$1'276.730, la que se reconoce a partir del 1º de septiembre de 2019, sobre trece mesadas anuales y este retroactivo como mesadas pensionales que se han venido causando desde dicha fecha, se pagará debidamente indexado o actualizado desde la fecha de la causación de cada una, hasta el momento efectivo de pago.

Asimismo, autorizó a COLPENSIONES a descontar lo correspondiente a los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y declaró demostradas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido frente a los intereses moratorios reclamados por la parte actora y absolvió a COLPENSIONES de los mismos; declaró no demostrada la excepción de prescripción propuesta por las partes demandadas teniendo en cuenta la fecha de reconocimiento de la prestación pensional y la radicación de la demanda y se abstuvo de emitir condena en costas.

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* trajo a colación lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, artículos 13 y 271, y memoró lo expuesto en las sentencias emitidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL 1689 de 2019 y SL 1309 de 2021, que hacen referencia al deber de información y la carga de la prueba.

Indicó frente a la condición de pensionada de la promotora, que acorde con lo expuesto por la AFP demandada y lo reseñado en la documental que yace a folios 136 vto. a 141 y 155 y 156 del plenario, evidenció que la activa no cuenta

con la calidad de pensionada conforme la jurisprudencia en cita, lo que permite analizar la procedencia de las pretensiones relacionadas con la ineficacia del traslado, encontrando que no se demostró que el fondo privado cumpliera con el deber de información que se radica en cabeza de las AFP, para que haya una decisión libre y voluntaria, en el entendido que la carga probatoria de este aspecto está establecido en las administradoras de fondos de pensiones, sin encontrar confesión alguna por parte de la accionante en tal sentido, por lo que declaró la ineficacia deprecada.

Asimismo, luego de emitir tal declaración, el fallador de instancia determinó que la demandante ostenta los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de vejez regulada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, pues cumplió 57 años de edad el 15 de septiembre de 2018 y cotizó un total de semanas de 1.622, y al haber efectuado cotizaciones hasta el 30 de agosto de 2019, fue por lo que ordenó el pago de la prestación a partir del 1º de septiembre de esa anualidad, junto con la respectiva indexación de cada mesada, sobre trece mesadas anuales, negando el pago de intereses moratorios y autorizando el respectivo descuento al Sistema General de seguridad Social en Salud.

De otra parte, refirió el juez de primera instancia que no operó el fenómeno prescriptivo respecto de ninguna de las mesadas pensionales de la demandante, y absolvió del pago de costas al extremo pasivo.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, la demandante CLARA NUBIA ANDRADE RUEDA interpuso recurso de apelación para que se revoque el numeral cuarto de la sentencia, que se abstuvo de impartir condena en costas a las demandadas; bajo el entendido que fueron parte vencida dentro del proceso de la referencia, tal y como lo establece el artículo 365 del C.G.P. en el entendido de que esta condena consta de un carácter objetivo, por lo cual no se verifica la buena o mala fe, pues la normativa es clara en señalar que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso, por lo que procede la

condena por tal concepto al ser palmaria la oposición de las demandadas a las pretensiones de la demanda.

Por su parte PROTECCIÓN S.A. presentó recurso de apelación parcial a la sentencia, respecto de la condena emitida en su contra que ordena trasladar cuotas por gastos de administración y de seguro previsional, aduciendo que esa administradora realizó una excelente administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante, evidenciado en los altos rendimientos generados, se estaría vulnerando el derecho a las restituciones mutuas previstas en el artículo 1746 del Código Civil y se presentaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, ya que dicha entidad no realizó la administración de dichos recursos.

Los conceptos de cuotas de administración y de seguro previsional son cobrados a las administradoras como un perjuicio, y no obra prueba sumaria de un daño o de un nexo causal que haya causado la AFP PROTECCIÓN S.A., estas tienen una naturaleza completamente diferente a la naturaleza de la pensión, no van dirigidas a aumentar o disminuir el monto de la cuota de pensión y por ende prospera la prescripción parcial de esas cuotas de administración y seguro previsional.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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



Igualmente, de proceder el planteamiento principal anteriormente expuesto, la Sala en atención al grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES en los términos del artículo 69 del C.P.T y de la S.S., deberá auscultar si le asiste el derecho al demandante del reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los precisos términos definido por el sentenciador de instancia.

c. Del caso en concreto:

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

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

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y



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

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de*



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

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

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

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

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones,



independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara la actora el 23 de abril de 1999 a la AFP PROTECCIÓN S.A. (Fl. 123), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, por el contrario, siempre manifestó la carencia de información por parte de los asesores del fondo de pensiones privado y que el motivo de su vinculación con esa AFP, obedeció a que le manifestaron que en esa entidad obtendría una mejor mesada pensional y que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES sería liquidado, situaciones todas que conllevan a que la Sala pueda colegir que PROTECCIÓN S.A., no acreditó que suministró una debida información sobre las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen pensional, así como tampoco las diferencias que entre los mismos, con la finalidad de capacitar lo suficiente a la afiliada y aquí demandante para que en el traslado de la época se realizara acorde a los postulados legales y jurisprudenciales que rigen la materia.

Aunado a lo anterior, no es óbice para negar la ineficacia deprecada, el argumento de que a la promotora le fue reconocida la prestación pensional de vejez por parte del fondo privado de pensiones (Fls 136 vto. a 141), pues tal

como lo sostuvo el *a-quo*, la actora no tiene la calidad de pensionada, según se desprende de las documentales de folios 155 y 156, dado que desistió de la tal solicitud en razón a las consideraciones que expuso en la misiva que radicó ante PROTECCIÓN S.A. 17 de octubre de 2019, la que fue respondida por parte del fondo el 6 de noviembre de 2019, situación que se acompasa con lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en sentencia SL1309-2021, Radicación No. 68091 de 24 de febrero 2021, en la que se dijo que *“para adquirir el status de pensionado al que hace referencia el precepto 64 de la Ley 100/93, debe el afiliado seleccionar la modalidad pensional, aspecto que hace parte de los trámites previos para el otorgamiento de la pensión; es decir, que esta se materializa con la escogencia de determinada modalidad, y por lo mismo no se puede desligar”*, lo que en el caso de autos no sucedió, dado que no obra probanza alguna en el trámite procesal en tal sentido.

Ahora, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales



	laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se avizora prueba que se le haya suministrado a la actora para el año 1999, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

De otra parte, no se aportaron pruebas que demuestren el cumplimiento de dicha obligación, motivo por el cual, se ajusta a derecho la declaratoria de ineficacia emitida por el juez de primera instancia.

Ahora bien, respecto al recurso de apelación presentado por la demandada referente a la orden de trasladar cuotas por gastos de administración y de seguro previsional, debe indicar la Sala que no se observa que el fallador de primer grado haya emitido condena en tal sentido; sin embargo, y dado que el presente asunto se estudia en grado jurisdiccional de consulta, considera esta Corporación pertinente memorar lo dicho por el órgano de cierre de esta especialidad frente a la devolución de los gastos de administración y las primas de la aseguradora, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, en la que refirió:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que haya cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros previsionales, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, de ahí que no resulte avante cualquier inconformidad sobre la devolución de estos conceptos.

Con todo, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

En igual sentir, en reciente sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo



2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil,



esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, sin que se avizora un enriquecimiento sin causa por parte de COLPENSIONES.

De otra parte, en lo que respecta a la prescripción, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera. Criterio que a juicio de la Sala se extiende inclusive a los gastos de administración y las primas de aseguramiento, por cuanto en últimas, estos fueron sufragados con cargo a los dineros que recibió la AFP por concepto de cotizaciones.

En lo que atañe al argumento de la parte demandante en su alzada, en el entendido que se debe condenar en costas procesales a PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, se tiene que tiene vocación de prosperidad dado que la esencia propia del artículo 365 del C.G.P., aplicable por analogía en materia laboral, advierte de su aplicabilidad a la parte que resulta vencida en juicio como es el caso de dichas entidades, máxime si se tiene en cuenta que en su medio defensivo se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y formularon medios exceptivos, aspectos todos por lo que a juicio de la Sala habrá de condenárseles sobre estos rubros, en consecuencia, se revoca el numeral cuarto de la sentencia y en su lugar se condena en costas de primera instancia a las demandas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.

d. De la pensión de vejez:

Pretende la demandante el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos dispuestos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual fue modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

Bajo esta óptica, precisa la Sala de entrada que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la mentada Ley 100 de 1993, como quiera que nació el 15 de septiembre de 1961 (Fls. 33 y 34), por lo que al extenderse este régimen como plazo máximo hasta 31 de diciembre de 2014 para su preservación, claro es que no adquirió prerrogativas pensionales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, situación que conlleva, como lo decidió el *a-quo* y lo solicitó la actora, a que la prestación se estudie en los términos del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que dispone:

“ARTÍCULO 9o. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. *Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.*

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. *Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.*

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

(...)”

Palmario resulta entonces que la demandante nació el 15 de septiembre de 1961 como da cuenta su registro civil de nacimiento y la cédula de ciudadanía (Fl. 33 y 34), por lo que cumplió 57 años de edad el 15 de septiembre de 2018, ostentando así el primer requisito para la causación del derecho pensional.



En lo que atañe a las semanas requeridas por la ley, como lo determinó el fallador de instancia, no existe discusión que la actor cotizó un total de 1622.43 semanas tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, según se acredita del reporte de semanas de cotización a folios 127 a 136, situación que conlleva a que se configure el tiempo requerido para acceder a la prestación pensional por vejez, que en el caso de la actora, por cumplir 57 años de edad en el 2018 debía acreditar como mínimo 1300 semanas de cotización; circunstancia por la cual, se adentra la Sala a verificar la fecha en que debe reconocérsele el derecho a la actora así como el monto del mismo.

Por tal razón, se aprecia que la última cotización efectuada por la demandante al sistema general de pensiones fue a través de PROTECCIÓN S.A. en el mes de agosto de 2019, por lo que, al no evidenciarse más cotizaciones con posterioridad al mes de agosto de la mencionada anualidad, se encuentra ajustada a derecho que la pensión se reconozca a partir del 1º de septiembre de esa anualidad, misma calenda que decidió el fallador de instancia.

Ahora, en lo que atañe al monto de la pensión de vejez, como ya se advirtió la señora CLARA NUBIA ANDRADE RUEDA efectuó un total de cotizaciones de 1622.43 semanas, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, la liquidación de su prestación debe efectuarse con el promedio del IBL de los últimos diez años o el de toda la vida laboral.

En tal sentido, al corroborarse la liquidación efectuada por el juzgador de primer grado, la cual fue calculada con el IBL de los últimos años, se aprecia que se encuentra ajustada a derecho, misma en la que se determinó como primera mesada pensional para el 1º de septiembre de 2019 la suma de \$1.276.730, por lo que habrá de confirmarse este aspecto. Precisándose que dicho rubro al ser reajustado arroja un valor de mesada para los años 2020 y 2021 de \$1.325.246 y \$1.346.582, respectivamente.

Así las cosas, se tiene que la demandada deberá pagar por concepto de retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 1º de septiembre de 2019 y el 31 de octubre de 2021, sobre trece mesadas pensionales al año, la suma de \$37.077.668, valor que deberá ser indexado al momento en que se

efectúe el correspondiente pago, además que se deja presente, que sobre ese valor la entidad podrá realizar los descuentos de ley correspondientes.

Por último, respecto de la excepción de prescripción se deja por sentado que la misma no operó respecto de ninguna mesada pensional, como quiera que el derecho de la actora surge a partir del 1º de septiembre de 2019, presentándose la reclamación administrativa el 3 de octubre de ese mismo año (Fl. 48 a 50), e incoándose la demanda el 19 de diciembre de 2019 como da cuenta el Acta individual de reparto obrante a folio 62, aspectos todos de los que se aprecia en forma certera que no operó el término trienal consagrado en los artículo 488 y 489 del C.S.T. en concordancia con el artículo 151 del C.P.T y de la S.S., tal como lo precisó el juez de primera instancia.

Como corolario de lo anterior, se adicionará la sentencia en el sentido de determinar que COLPENSIONES deberá pagar al demandante por concepto de retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 1º de septiembre de 2019 y el 31 de octubre de 2021 la suma de \$37.077.668, valor que deberá cancelarse debidamente indexado al momento del correspondiente pago.

De otra parte, se revocará el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia que se abstuvo de condenar en costas al extremo pasivo y en su lugar se condena en costas de primera instancia a las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.

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

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 10 de agosto de 2021 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá de primer grado, en el sentido de determinar que COLPENSIONES deberá pagar a la demandante por concepto de retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 1º de septiembre de 2019 y el 31 de octubre de 2021 la suma de \$37.077.668, valor que deberá cancelarse debidamente indexado al momento del correspondiente pago.

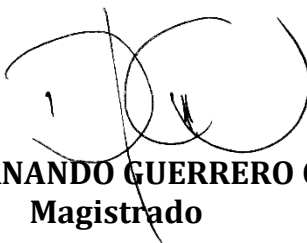
SEGUNDO: AUTORIZAR a COLPENSIONES que del valor determinado en el numeral anterior por concepto de retroactivo, descuenta los aportes en salud a que haya lugar.

TERCERO: REVOCAR el numeral CUARTO de la sentencia proferida el 10 de agosto de 2021, que se abstuvo de emitir condena en costas en contra de las demandas y en su lugar se CONDENA a PROTECCION S.A. y a COLPENSIONES al pago de las costas procesales de primera instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

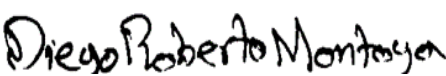
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 10 de agosto de 2021 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

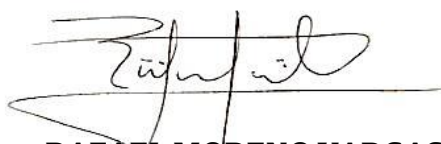
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

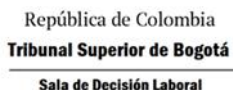


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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





valor de \$700.000 y, el pago total por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones.

Asimismo, al pago de la sanción por despido sin justa causa, indemnización moratoria por la falta de pago total de la liquidación final de salarios y prestaciones sociales, sanción por la no consignación de las cesantías al correspondiente fondo, costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que inició sus labores en el mes de noviembre de 2014, y el 28 de noviembre se le hizo inventario y entrega del vehículo de placas TKI023 a efectos de iniciar su primer viaje.

Que el cargo para el cual se le contrató fue el de conductor para el referido vehículo, el cual era de propiedad de la señora MARTHA CECILIA ALZATE CASTAÑO, quien era la titular de los manifiestos de carga que se realizaban.

Que ESTRATÉGICOS LOGÍSTICA S.A.S. fue quien lo afilió a seguridad social, pero únicamente sobre el salario mínimo de cada anualidad, siendo los dos accionados quienes lo contrataran verbalmente, e incluso acordaron que ambos serían responsables solidariamente de sus acreencias laborales.

Que el salario pactado ascendió a un básico correspondiente al salario mínimo legal mensual vigente, más las comisiones de cada viaje, de ahí que su salario mensual se equiparara a la suma de \$1.900.000, al igual que su horario de trabajo fue de lunes a sábado, en horarios desde las 6:00 a.m. hasta las 6:00 p.m.

Expuso que nunca se lo afilió a un fondo de cesantías y era a fin de mes que se le pagaban las respectivas comisiones junto con los gastos de viaje, aunado a

que la señora MARTHA CECILIA ALZATE CASTAÑO el 30 de marzo de 2016, le hizo suscribir un contrato de prestación de servicios por el término de un año, situación que perduró hasta el día del despido, pese a que laboró bajo continuada subordinación y dependencia de los demandados.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada ESTRATÉGICOS LOGÍSTICA S.A.S. contestó la demanda con oposición a las pretensiones del demandante. Refirió no constarle la relación laboral perseguida con la señora MARTHA CECILIA ALZATE CASTAÑO.

Sostuvo que en efecto afilió al demandante al Sistema Integral de Seguridad Social, ya que como empresa su objeto social es gestionar y asesorar el pago al sistema de seguridad social para personas independientes, lo cual no implica una relación laboral sino de índole comercial.

Formuló las excepciones denominadas prescripción, cobro de lo no debido, mala fe y declaratoria de otras excepciones.

La encartada MARTHA CECILIA ALZATE CASTAÑO por su parte resaltó que suscribió contrato de prestación de servicios con el demandante el 9 de diciembre de 2014, encaminado al transporte a nivel nacional, sin tener conocimiento de la empresa ESTRATÉGICOS LOGÍSTICA S.A.S., argumentando que con el demandante nunca existió un contrato de trabajo.

Precisó que al actor nunca se le canceló salario alguno, ya que lo pactado fueron honorarios equivalentes a 10% de comisión sobre los saldos brutos de los viajes realizados, comisión que se incrementó al 11% a partir del 30 de marzo de 2016 con la suscripción de un segundo contrato de prestación de servicios.

Propuso como medios exceptivos los denominados pago, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación para efectuar el pago, mala fe y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 7 de septiembre de 2021, declaró que entre el demandante y la señora MARTHA CECILIA ALZATE CASTAÑO existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 9 de diciembre de 2014 y el 8 de junio de 2016.

En tal sentido, condenó a la encartada a pagar al actor la suma de \$984.588 por concepto de cesantías adeudadas, debidamente indexada al momento de su cancelación, absolviéndola del restante de pretensiones. Igualmente, absolvió a ESTRATÉGICOS LOGÍSTICA S.A.S. de cualquier condena.

Para arribar a dicha conclusión indicó el *a-quo* que la demandada MARTHA CECILIA ALZATE CASTAÑO aceptó que suscribió contrato de prestación de servicios con el demandante desde el 9 de diciembre de 2014 y un segundo contrato también de prestación de servicios con inició el 30 de marzo de 2016, cuya actividad consistía en que el actor manejara el vehículo Tractomula Tipo Niñera de propiedad de la encartada, situación que se corroboró con los mentados contratos.

Que por tal razón, se logró demostrar la prestación personal del servicio del demandante respecto de la señora MARTHA CECILIA ALZATE CASTAÑO, así como el elemento subordinante, por cuanto, la demandada no logró desvirtuarlo, pues el hecho de que pretenda enfatizar que lo que se configuró entre las partes fueron contratos de prestación de servicios, tal situación no se puede atender como verdadera prueba a su favor, máxime si de las pruebas recaudadas atinentes a los interrogatorios de parte y testimonios se vislumbró que el alcor desempeñaba jornadas laborales. Que en lo que respecta a los

extremos contractuales, los mismos también fueron aceptados por la demandada en su interrogatorio de parte, en especial el hecho que los presuntos contratos de prestación de servicios se extendieron hasta el 8 de junio de 2016.

En lo que respecta al salario, adujo el operador judicial que la suma de \$1.900.000 mensuales alegado por el demandante en su *petitum* no se logró demostrar, carga que le correspondía precisamente al actor, concluyendo que este ascendía a un salario mínimo mensual legal vigente durante todo el interregno del contrato de trabajo declarado.

Expuso que en punto de las condenas perseguidas, si bien el demandante persigue el pago de salarios, cesantías, primas de servicios y vacaciones, lo real y cierto es que en los supuestos fácticos de la demanda nada se mencionó de lo adeudado por la demandada MARTHA CECILIA ALZATE CASTAÑO, de ahí que no contara con facultades *ultra* y *extra petita* para fulminar condena por estos conceptos, como quiera que no se precisó en forma certera cuáles eran los emolumentos adeudados, tan así que esas situaciones no quedaron plasmadas en el litigio, a excepción del pago de las cesantías, pues sobre este último aspecto el actor lo describió plenamente en la demanda, incluso la pasiva confesó en su interrogatorio que no canceló esta acreencia por considerar que no estaba obligada a su pago.

Frente a la demandada ESTRATÉGICOS LOGÍSTICA S.A.S., estimó no encontrarse probado que el demandante le hubiese prestado servicios a esa empresa ni mucho menos que hubiese estado subordinado, circunstancia por la que concluyó que no se configuró un verdadero contrato de trabajo, absolviéndola de toda súplica.

En lo atinente a las indemnizaciones por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales y la no consignación de las cesantías al correspondiente fondo de que tratan los artículos 65 del C.S.T. y 99 de la Ley 50 de 1990, destacó



que atendiendo la buena fe que las envuelve para su absolución, la señora MARTHA ECILIA ALZATE CASTAÑO logró demostrarla, en el entendido que el demandante no acreditó el despido sin justa causa que pretendió en el *petitum*.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada la configuración de la mala fe de la demandada MARTHA ECILIA ALZATE CASTAÑO, como quiera que al argumentarse que era un contrato de prestación de servicios, claro es que como comerciante o empleadora en la especialidad del transporte, tenía pleno conocimiento que debía efectuar los correspondientes pagos a sus trabajadores, actuar que no llevó a cabo, por lo que deben prosperar las condenas de que tratan los artículos 65 del C.S.T. y 99 de la Ley 50 de 1990, tal como lo ha destacado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, más aún si en el plenario no obra prueba del pago de acreencias laborales de ninguna índole.

En lo que respecto a los derechos mínimos por los que el Juez no impuso condena, recalcó que la pasiva tenía conocimiento de la obligación, de ahí que deben gozar de prosperidad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, por metodología en la resolución que ocupa a la Sala, como primer problema jurídico deberá determinarse si al aquí demandante le asiste el derecho al pago de las prestaciones sociales y vacaciones con ocasión del contrato de trabajo declarado en primera instancia.

En segundo plano, deberá auscultarse si hay lugar a la imposición de las indemnizaciones consagradas en los artículos 65 del C.S.T. y 99 de la Ley 50 de 1990.

c. Del contrato de trabajo:

Para la resolución de los problemas jurídicos expuestos en precedencia, debe precisarse en primer lugar que no fue objeto de reproche la existencia del contrato de trabajo que suscribiera el demandante señor JULIO URIEL CÁRDENAS NAVARRETE y la empleadora señora MARTHA ECILIA ALZATE CASTAÑO por el periodo comprendido entre el 9 de diciembre de 2014 y el 8 de junio de 2016, en virtud del cual el actor desempeñó el cargo de Conductor y Transportador de vehículo de placas TJI023 de propiedad de la encartada.

Tampoco el hecho que el salario determinado por el fallador de instancia fue de un salario mínimo legal mensual vigente.

d. De los derechos mínimos del trabajador con ocasión al pago de prestaciones sociales y vacaciones por el interregno de la declaratoria del contrato de trabajo que no fue refutado por las partes.

Ahora, enfatiza este cuerpo Colegiado que el argumento bajo el cual el *a-quo* declaró la existencia de un contrato de trabajo como medio vinculante entre el demandante y la señora MARTHA ECILIA ALZATE CASTAÑO, y a su vez no

reconocer los derechos mínimos del trabajador, como lo fueron sus prestaciones sociales y vacaciones, fue que, a su juicio, los supuestos fácticos de la acción no habían sido claros en determinar cuáles eran los rubros adeudados por la demandada durante la vigencia de la relación laboral, situación por la que, como operador judicial no contaba con las facultades *ultra* y *extra petita* para acceder más allá de lo pedido al tenor de lo establecido en el artículo 50 del C.P.T y de la S.S.

Ahora bien, el artículo 50 del C.P.T y de la S.S. establece:

“ARTICULO 50. EXTRA Y ULTRA PETITA. El Juez podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas”.

Claro resulta el Estatuto Procesal del Trabajo en destacar como facultad de la especialidad para los jueces de Única y Primera Instancia la de ordenar el reconocimiento y pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintas a las pedidas, en el escenario en que las mismas se discutan en la litis y se encuentran debidamente probadas, incluso faculta para condenar sumas adicionales a las perseguidas bajo la misma intelección.

Para mayor entendimiento, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha mantenido un análisis de antaño respecto de las facultades *ultra* y *extra petita*, determinando las esferas en que esta disposición normativa puede ser aplicada. Así lo asentó en la sentencia SL2510-2021, Radicación No. 41359 del 16 de junio de 2021:

“[...] El artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social dispone que: «el juez ~~de primera instancia~~ podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que estas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas».

“Así, la facultad extra petita -por fuera de lo pedido- requiere rigurosamente que los hechos que originan la decisión (i) hayan sido discutidos en el proceso, y (ii) que estén debidamente acreditados, a fin de no quebrantar frontalmente los derechos constitucionales al debido proceso con violación de los derechos de defensa y contradicción de la llamada a juicio.

“Y por su parte, la ultra petita -más allá de lo solicitado- exige que la súplica impetrada en el escrito inicial, (i) sea inferior a la estatuida en la norma laboral, y que (ii) que no emerja del juicio que el mayor valor hubiese sido cancelado al trabajador acreedor.

“Dichas facultades radican en cabeza de los jueces laborales de única y de primera instancia, y el juez de segundo grado, en principio, no puede hacer uso de ellas, salvo cuando se trate de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, siempre y cuando (i) hayan sido discutidos en el juicio y (ii) estén debidamente probados, conforme lo dispuesto en la sentencia C-968-2003 y tal y como lo ha señalado esta Sala en forma reiterada desde la providencia SL5863-2014. (Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-662-98 del 12 de noviembre de 1998).

Ahora bien, de la revisión de la demanda se avizora que se adujo en el supuesto fáctico que *“El demandante en varias oportunidades le solicitó a sus empleadores el pago de sus salarios y de sus prestaciones sociales, pero no fue posible obtener el pago respectivo”* (Fl. 92), igualmente adujo que la indemnizaciones deprecadas, se causaron frente al no pago de todos los derechos laborales, pretendiendo de manera expresa, además del pago del auxilio de cesantías, frente al cual se emitió condena, *“El pago total de las primas de servicios, por todo el tiempo laborado”* y *“El pago total de las vacaciones, por todo el tiempo laborado”,*

De tal manera, que *a contrario sensu*, la parte demandante adujo que no le fueron solucionadas las acreencias laborales, y deprecó de manera expresa la condena por el pago de prima de servicios y vacaciones, conceptos frente a los

cuales el *a-quo* emitió absolución, y frente a lo cual se radica la alzada al considerarlos derechos mínimos del trabajador, estimando que no resultaba de recibo acudir para su estudio a las facultades *ultra y extra petita*, en tanto tales acreencias fueron debidamente peticionadas.

Bajo esta premisa, encuentra ilógico la Sala que el fallador de instancia a pesar de haber reconocido el contrato de trabajo entre las partes, basado en un entendimiento ajeno a la realidad procesal hubiese adoptado la decisión de no reconocer las pretensiones antes referidas, pues resulta notorio, según se desprende de sus súplicas, que se persiguieron por toda la vigencia del contrato.

Y en este escenario, el operador judicial no debía encaminar sus argumentos de absolución en las facultades *ultra y extra petita*, ya que el actor fue enfático en todo momento de su demanda en destacar que perseguía el pago de esas acreencias laborales, de ahí que, como director del proceso, no debió desconocer los derechos irrenunciables objeto de análisis en esta instancia.

Así las cosas, previo del análisis de las prestaciones sociales y vacaciones dejadas de reconocer por el *a-quo*, es menester que se estudie la excepción de prescripción formulada por la señora MARTHA CECILIA ALZATE CASTAÑO. Al respecto, al finalizar la relación laboral el 8 de junio de 2016 y presentarse la demanda el 6 de junio de 2019 como da cuenta el Acta individual de reparto (Fl. 85), claro resulta para la Sala la inoperancia del fenómeno prescriptivo al tenor de lo contemplado en los artículos 488 y 489 del C.S.T., en concordancia con lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S.

Es por ello que las condenas por primas de servicio y vacaciones se circunscribirán sobre todo el interregno con contrato de trabajo y sobre un salario mínimo legal mensual vigente, para los correspondientes años, de la siguiente manera:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

2014		2015		2015	
ACREENCIA LABOTRAL	TOTAL	ACREENCIA LABOTRAL	TOTAL	ACREENCIA LABOTRAL	TOTAL
PRIMA DE SERVICIOS	\$ 39.356,00	PRIMA DE SERVICIOS	\$ 644.350,00	PRIMA DE SERVICIOS	\$ 302.594,00
VACACIONES	\$ 19.678,00	VACACIONES	\$ 322.175,00	VACACIONES	\$ 107.408,00
TOTAL AÑO	\$ 59.034,00	TOTAL AÑO	\$ 966.525,00	TOTAL AÑO	\$ 410.002,00

Así las cosas, la demandada deberá pagar sobre estos emolumentos la suma de \$1.435.561.

e. De la indemnización moratoria y la sanción por la no consignación de las cesantías al correspondiente fondo de conformidad con lo establecido en los artículos 65 del C.S.T. y 99 de la Ley 50 de 1990.

Al respecto, tratándose de este tipo de indemnizaciones, debe indicarse que con la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que estas conductas pudiesen causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato consagrada en el art. 65 C.S.T., y la sanción por la no consignación de las cesantías al correspondiente fondo de conformidad con lo establecido en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

No obstante lo anterior, precisa la Sala que las citada indemnizaciones no operan de manera automática, ya que a su imposición debe preceder el análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que, a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables, tal y como lo ha dicho nuestro máximo órgano de cierre, entre otras en sentencias, SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL8216-2016, Radicación No. 47048 del 18 de mayo de 2016, y más recientemente en la sentencia SL1682-2019, Radicación No. 40221 del 8 de mayo de 2019, SL1771-2021, Radicación No. 81466 del 12 de mayo de 2021, entre otras.

Se destaca que a juicio del *a-quo* no operaba la imposición de estas súplicas de carácter sancionatorio, por cuanto consideró que la demandada siempre actuó bajo la órbita de una concepción legal en la contratación de prestación de servicios para con el demandante.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3992-2021, Radicación No. 76667 del 7 de septiembre de 2021, señaló:

“ii) Buena o mala fe

“Finalmente, frente a la supuesta buena fe con que dice la censura actuaron las demandadas, debe decir la Corte que la simple creencia de obrar bajo un vínculo diferente al laboral y amparado en contratos de prestación de servicios, no es suficiente para estimar que el actuar fue de buena fe, en la medida que, como lo indicó el Tribunal, se requiere de un riguroso examen de la conducta del empleador a la luz de la valoración probatoria, a fin de poder determinar si la postura de éste tenía respaldo o constituye una mera afirmación sin mayor sustento.

“En suma, la existencia de dichos contratos de prestación de servicios no implica la imposibilidad jurídica de reconocer las acreencias laborales reclamadas, mucho menos constituye razón atendible para eximir a la empleadora de la indemnización moratoria.

“De igual forma, la intención de no causar daño al trabajador o desconocer sus derechos mínimos no puede erigirse en una razón sólida para determinar la buena o mala fe del empleador, si se tiene en cuenta que el examen de dicho parámetro de comportamiento se da es en perspectiva de si el empleador, real y objetivamente, creyó no adeudar nada al trabajador, para lo cual deben aportarse, en cada caso, argumentos y pruebas racionalmente aceptables y convincentes, lo cual, como queda al descubierto, no ocurre en el sub lite, ello si se tiene en cuenta que en el plenario quedó acreditado que la convocada a juicio ejerció un poder subordinante sobre el demandante durante toda la relación laboral, muy a pesar de la modalidad de contratación que escogió para vincularla, a través de las órdenes e instrucciones impartidas por un superior jerárquico, al punto de establecer con su participación los horarios de prestación del servicio y el suministro de elementos para la ejecución de su labor, con lo cual aflora la ausencia de buena fe.

“En ese orden de ideas, ni los contratos de prestación de servicios y, menos aún, el interrogatorio rendido por la representante legal de la demandada, que son los elementos de persuasión que acusa para acreditar que la contratación de la actora se sujetó a los parámetros de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

un contrato de prestación de servicios profesionales, son suficientes para colegir un actuar de buena fe.

“De suerte que, se itera, los contratos de prestación de servicios no son contundentes para justificar la razonabilidad del actuar de las demandadas, ya que estos instrumentos fueron, precisamente, con los cuales se pretendió ocultar la relación laboral; y el interrogatorio de parte de las accionadas solo puede tenerse como prueba calificada en la medida que contenga confesión, de modo que las aseveraciones allí contenidas no pueden servir de soporte para fundar un actuar guiado por la buena fe, lo cual debió la parte demandada demostrar con otros medios de convicción.

En ese orden de ideas, resulta evidente que las suscripciones de los contratos de prestación de servicios no acreditan un actuar de buena fe patronal, sin que se haya aportado prueba distinta que acreditara que en efecto se estimara que el actor no se encontrara subordinado a la demandada, por lo cual lo cierto es que sobre el interregno del contrato declarado en este asunto, se suscribieron dos contratos de prestación de servicios, el primero a partir del 9 de diciembre de 2014 y el segundo el 30 de marzo de 2016; circunstancia por la cual, resulta palmario que la demandada siempre pretendió desdibujar la verdadera relación laboral que ató a las partes durante casi dos años, lo que, *a contrario sensu* de lo estimado por el *a-quo*, constituye un mal actuar de la empleadora en el entendido que evadió la cancelación de derechos mínimos del actor, talante por el que resulta procedente el reconocimiento y pago de estas indemnizaciones.

Es así como la señora MARTHA CECILIA ALZATE CASTAÑO deberá pagar al demandante por concepto de indemnización por la falta de pago de prestaciones sociales de conformidad con lo establecido en el artículo 65 del C.S.T., un día de salario por cada día de retardo desde el 9 de junio de 2016, día siguiente a la finalización del contrato de trabajo, y hasta el momento en que se efectúe el correspondiente pago, salario diario que asciende a la suma de \$22.981.83 como quiera que el último salario mensual del demandante fue \$689.455.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En este punto, resalta la Sala que el demandante al percibir como última retribución mensual un salario mínimo legal mensual vigente, la condena por esta indemnización correrá con posterioridad del mes veinticinco a razón de un día de salario por cada día de retardo como así lo ha adocinado nuestro órgano de cierre.

En lo que respecta a la sanción por la no consignación de las cesantías al correspondiente fondo conforme o dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se pagará de la siguiente manera en atención a que el contrato de trabajo perduró por el periodo comprendido entre el 9 de diciembre de 2014 y el 8 de junio de 2016.

_ La sanción por la no consignación de las cesantías del año 2014, resulta aplicable desde el 15 de febrero de 2015 hasta el 14 de febrero de 2016, a razón de un día de salario por cada día de mora en la consignación, y en razón a que el salario mensual del demandante para el año 2014 ascendió a la suma de \$616.000, el monto indemnizatorio para esa anualidad es de \$7.392.000.

_ La sanción por la no consignación de las cesantías del año 2015, resulta aplicable desde el 15 de febrero de 2015 hasta el 14 de febrero de 2016, a razón de un día de salario por cada día de mora en la consignación, y en razón a que el salario mensual del demandante para el año 2015 ascendió a la suma de \$644.350, el monto indemnizatorio para esa anualidad es de \$7.732.000.

No hay lugar a condenar esta sanción para el periodo 2016, como quiera que la relación laboral finalizó el 8 de junio de 2016, por lo que las cesantías de esa anualidad debían cancelarse de manera directa al trabajador y no al fondo de cesantías, por lo que se absolverá a la demandada por este aspecto.

Por último, debido a que gozó de prosperidad la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las prestaciones sociales, no hay lugar a ordenar la



indexación de las condenas aquí impuestas, a excepción de las vacaciones por cuanto las mismas no se constituyen como una prestación social.

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

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral segundo de la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2021 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que el pago del auxilio de cesantías no opera de manera indexada; y **REVOCAR** en su integridad el numeral cuarto, para en su lugar **CONDENAR** a la demandada señora MARTHA CECILIA ALZATE CASTAÑO y a favor del demandante, al reconocimiento y pago de primas de servicios y vacaciones con ocasión al contrato de trabajo comprendido entre el 9 de diciembre de 2014 y el 8 de junio de 2016 la suma de \$1.435.561, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada MARTHA CECILIA ALZATE CASTAÑO al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., a razón de un día de salario por cada día de retardo desde el 9 de junio de 2016, hasta el momento en que se efectúe el correspondiente pago, salario diario que asciende a la suma de \$22.981.83 como quiera que el último salario mensual del demandante fue \$689.455.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

TERCERO: CONDENAR a la demandada MARTHA CECILIA ALZATE CASTAÑO al reconocimiento y pago de la sanción por la no consignación de las cesantías al correspondiente fondo para los años 2014 y 2015, la cual asciende a la suma de \$15.124.200.

CUARTO: CONDENAR a la demandada MARTHA CECILIA ALZATE CASTAÑO a pagar de manera indexada las vacaciones del demandante.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

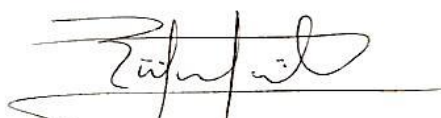
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **14 2020 00025 01**
Demandante: ZOILO RODRÍGUEZ CASTILLO
Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y el demandante en contra de la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2021 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera a desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ZOILO RODRÍGUEZ CASTILLO, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., para que previo trámite judicial correspondiente se declare que PROTECCIÓN S.A. incumplió con los deberes legales de información, generando un error de hecho que vició su consentimiento al momento de efectuar su afiliación a la AFP en el año 1995, por lo cual se debe declarar la nulidad de la afiliación a la AFP y, por ende, se determine que se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Por consiguiente, se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar los aportes y rendimientos acreditados en la Cuenta de Ahorro Individual, ordenando a su vez



a COLPENSIONES recibir su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Asimismo, se ordene a COLPENSIONES reactivar la afiliación, actualizar y corregir la historia laboral.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que nació el 16 de diciembre de 1958, efectuando cotizaciones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida por el periodo comprendido entre el 31 de enero de 1985 y el 30 de abril de 1995.

Refiere que el 28 de abril de 1995 se encontraba laborando en la empresa CERAMITA S.A., siendo visitado por un asesor de la AFP demandada, quien le informó que se debía trasladar de régimen pensional porque el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar, siendo factible pensionarse a cualquier edad en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de ahí que haya firmado el formulario de afiliación.

Relató que, a pesar de ello, no recibió de PROTECCIÓN S.A. una información adecuada respecto de las diferencias entre los regímenes pensionales, así como las ventajas y desventajas de los mismos, ni se le realizó una presentación formal de los riesgos del traslado, como tampoco la forma en que se impactaría el valor de la mesada pensional.

Precisó que el 14 de marzo de 2019, elevó derecho de petición ante la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES en aras de obtener la declaratoria de nulidad de la afiliación, solicitudes que fueron desatadas de forma desfavorable.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al no demostrarse dentro del proceso la ocurrencia de algún vicio en el consentimiento que hubiere afectado su decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pensional, adicional a que, se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993.

Formuló las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

Asimismo, PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda resaltando que al actor se le brindó información técnica y adecuada a fin de optar por el traslado de régimen pensional. Concluida la asesoría, el demandante decidió trasladarse, informándose, entre otros aspectos, sobre el régimen de transición pensional, características de los regímenes pensionales, las diferencias existentes, forma de adquirir una pensión y consecuencias y efectos del traslado; además esgrime que la vinculación fue totalmente libre, voluntaria, exenta de constreñimiento y libre de cualquier vicio.

Propuso las excepciones denominadas inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos y Sistema de General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 13 de septiembre de 2021 declaró la ineficacia del traslado efectuada por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 28 de abril de 1995, ordenando a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES el saldo total de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por gastos de administración.

Se abstuvo del análisis de las pretensiones formuladas de manera subsidiaria, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PROTECCION S.A.

Como fundamento de su decisión adujo que, de conformidad con los postulados legales y jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, la sentencia SL 2887 de 2020, es deber de las AFP suministrar la debida información para con los afiliados, aspecto que no fue demostrado por la AFP accionada.

Precisa que la carga probatoria del deber de información recae sobre la AFP, quien en el presente caso no acreditó que se haya suministrado la correspondiente información y las consecuencias del traslado, ni tampoco se obtuvo confesión alguna en el interrogatorio de parte, argumentos por los cuales declaró la ineficacia del traslado, y la consecuencial devolución de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión de la *a-quo*, por activa se interpuso recurso de apelación parcial por la decisión de no condenar en costas a COLPENSIONES, bajo el entendido que fue parte vencida dentro del proceso de la referencia, tal como lo establece el artículo 365 del C.G.P.

Por su parte PROTECCIÓN S.A. expuso en su alzada inconformidad por concepto de los gastos de administración, aduciendo que el descuento del mismo es autorizado legalmente y que faculta a los fondos privados a realizar una reducción sobre los aportes efectuados por los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Como constancia de ello obra en el expediente el certificado de rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, evidenciándose que se realizó una debida gestión de la administración de los dineros que generaron un



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

rendimiento a favor del demandante, siendo estos valores considerablemente mayores a los que pudo obtener en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por el sistema de capitalización propia que tiene el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; por ende, la orden impartida implica un enriquecimiento sin causa a favor del COLPENSIONES.

A su turno COLPENSIONES interpone recurso de apelación, solicitando se revoque en su totalidad la sentencia, argumentando para ello que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, en el entendido que esa entidad es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados, los tienen efectos inter partes. En ese orden de ideas, no es factible que resulte perjudicada con la decisión proferida en primera instancia; de igual manera solicita no se condene a COLPENSIONES a recibir al demandante como afiliado, toda vez que con el traslado se afectaría el equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social, y en el evento de confirmarse la decisión, se disponga que sean devueltos todos los rendimientos que se hayan causado en la AFP.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre



y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

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

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

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



artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

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

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

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara el actor el 28 de abril de 1995 a la AFP PROTECCIÓN S.A. (Fl. 28), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que se le haya suministrado la información, por el contrario, manifestó la carencia de información por parte del asesor de la época, que el motivo de su vinculación con la AFP fue porque aludieron el argumento que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar, situaciones todas que conllevan a que la Sala pueda colegir que la encartada PROTECCIÓN S.A. no suministró una debida información sobre las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen pensional, así como tampoco las diferencias que entre los mismos se distinguen, con la finalidad de capacitar lo suficiente al afiliado y aquí demandante para que el traslado de la época se realizara acorde a los postulados legales y jurisprudenciales que rigen la materia.

En respaldo de lo anterior, la sentencia CSJ SL 1688-2019, sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado



		acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se avizora prueba que se le haya suministrado al actor para el año 1995, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia en la declaratoria de ineficacia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber por parte de PROTECCIÓN S.A. en el caso bajo estudio.

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A., respecto de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Es así, como al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni los rendimientos financieros ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES puesto que pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión del aquí demandante.

Con relación al recurso de apelación presentado por COLPENSIONES, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual; circunstancia por la cual, no existe un enriquecimiento sin causa como lo aduce la AFP en el recurso de alzada; de igual manera tampoco se presenta un desequilibrio financiero del sistema de seguridad social como lo aduce COLPENSIONES en el recurso de apelación interpuesto.

En lo que atañe al argumento de la parte demandante, en el entendido que se le debe condenar en costas procesales a COLPENSIONES, se debe acotar que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión normativa en materia laboral, advierte de su aplicabilidad a la parte que resulta vencida en juicio como es el caso de COLPENSIONES, máxime si se tiene en cuenta que en su medio defensivo se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló medios exceptivos, aspectos todos por lo que a juicio de la Sala habrá de condenársele sobre estos rubros.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como corolario de lo anterior, se modificará parcialmente la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar a costas de primera instancia a COLPENSIONES. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

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

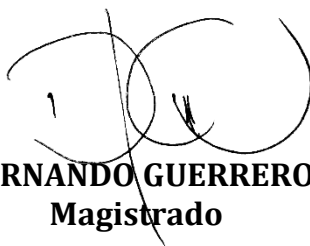
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2021 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a COLPENSIONES a pago de las costas procesales de primera instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

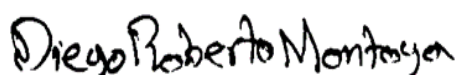
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación y costas.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

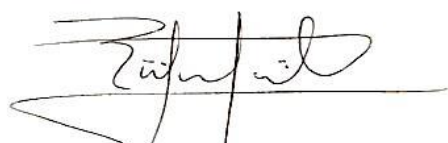
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

Ordinario Laboral 1100131050 08 2018 00647 01
Demandante: JOSÉ GABRIEL FRANCO RAMIREZ
Demandado: RIORION – EN REORGANIZACIÓN
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2021 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOSÉ GABRIEL FRANCO RAMIREZ formuló demanda ordinaria laboral en contra de RIORION – EN REORGANIZACIÓN, con la finalidad que se declare que tiene derecho a que se le reconozca la protección constitucional de estabilidad laboral reforzada regulada en la Ley 361 de 1997, por padecer una afectación en su salud y sufrir desde diciembre de 2014 síndrome coronario agudo. Asimismo, pretende se declare que la convocada a juicio no solicitó permiso al Ministerio de Trabajo para despedirlo, no obstante encontrarse en tratamiento y contar con restricciones médicas para trabajar, de la misma forma, solicita se declare que la terminación del contrato de trabajo a término fijo fue ilegal e ineficaz por tal motivo.

En virtud de lo anterior, se condene al extremo pasivo a reintegrarlo a un cargo de igual o mayor jerarquía a partir del 30 de noviembre de 2017, al pago de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, subsidio familiar y aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, causados desde la citada fecha y hasta que sea efectivamente reintegrado, al pago de la indemnización preceptuada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita* y las costas y agencias del proceso.

1.2. SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que el 1º de enero de 2013 suscribió contrato de trabajo con la enjuiciada para desempeñar el cargo de Oficial Metalmecánico-Soldador, cuyas funciones se circunscribían a soldar bandas transportadoras, pasarelas, tolvas o reconstruir las láminas de las plantas de las empresas Argos y Cemex, además ensamblar las mallas, resoldar las arandas de las aludidas sociedades y hacer cualquier labor de soldadura, en un horario de trabajo de lunes a sábado de 6:00 a.m. a 2:00 p.m.

Manifestó que percibía como retribución salarial mensual la suma de \$1.038.124, más auxilio de transporte por \$80.369, y que por pertenecer al grupo Gemo debía estar disponible las 24 horas del día, de lunes a domingo para laborar fuera de la ciudad. Indicó que el 17 de noviembre de 2014 sufrió un infarto de miocardio, siendo sometido a una cirugía de corazón abierto, motivo por el cual fue incapacitado por espacio de 9 meses, situación que fue puesta en conocimiento del empleador, igualmente señala que fue medicado de por vida y debe asistir a controles médicos cada 2 o 3 meses.

Expuso que una vez finalizadas las incapacidades, regresó a prestar sus servicios a la demandada en agosto de 2015, desempeñando el cargo para el cual había sido contratado inicialmente; sin embargo, para ese momento contaba con recomendaciones médicas, las cuales fueron notificadas a su empleador; igualmente señaló que el 29 de abril de 2015 solicitó a medicina laboral de Colpensiones la calificación de la pérdida de capacidad laboral, entidad que en esa

misma fecha le respondió que debía complementar la documentación para proceder con la calificación.

No obstante, la demandada el 29 de noviembre de 2017 le informó la terminación del contrato de trabajo a partir de ese mismo día, pagando con la liquidación el salario correspondiente al mes restante al vencimiento del contrato, es decir, hasta el 31 de diciembre de 2017.

Por último, mencionó que la demandada no tuvo en cuenta su enfermedad, ni las recomendaciones médicas que le fueron emitidas, dejándolo así en situación de debilidad manifiesta, lo que le ha impedido seguir recibiendo los medicamentos que le suministraba la EPS, como tampoco ha podido ubicarse en otro trabajo; por ende, no cuenta con ingresos adicionales para sufragar sus necesidades básicas ni las de su familia, ni percibe prestación pensional alguna.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra. Adujo que el vínculo laboral finalizó bajo los parámetros de ley, sin que el promotor gozara de estabilidad laboral reforzada para ese momento, o contara con recomendaciones médicas, respecto de las cuales tuviera conocimiento el empleador demandado, de ahí que no tengan vocación de prosperidad ninguna de las pretensiones elevadas en su contra.

Formuló las excepciones denominadas cobro de lo no debido y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 2 de septiembre de 2021 absolvió a la sociedad demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción de cobro de lo no debido y condenó en costas a la parte actora.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que el actor demostró el hecho del despido, lo que acaeció el 29 de noviembre de 2017, tal como se colige del escrito que milita a folio 195 del plenario, en el que se le informa la terminación del contrato de trabajo. Así, acreditado tal aspecto le correspondía a la enjuiciada probar las causas de índole abstracta o taxativa para dar por finalizado la relación laboral, concluyendo que en dicha misiva se le informó al demandante que el despido era sin justa causa y que le sería cancelada la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T.

Además, trajo a colación lo normado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que consagra la no discriminación a personas en situaciones de discapacidad, lo que se acompasa con lo señalado en la sentencia C- 531 de 2000, emitida por la Corte Constitucional; e indicó que el criterio de la Sala Laboral de La Corte Suprema de Justicia, en casos como el analizado en el *sub examine*, establece que la aplicación de la norma en cita, consiste en una presunción a favor del trabajador que encontrándose en estado de incapacidad o discapacidad calificada y superior al 15% y que además es despedido sin justa causa, se presume que el despido deriva como un acto discriminatorio por el estado de salud, correspondiendo a la parte actora demostrar el despido, el estado de incapacidad o discapacidad calificada y que la misma haya sido informada a su empleador.

Así, acreditados tales presupuestos se traslada la carga de la prueba al demandado quien deberá demostrar que contaba con la autorización del Ministerio del Trabajo para terminar el vínculo, o de lo contrario deberá derruir la presunción en comento, demostrando que el despido obedeció a una justa causa y no que deriva del estado de salud del trabajador.

De esta forma, analizadas las pruebas recaudadas en el trámite procesal, encontró que el actor no demostró encontrarse cobijado por la Ley 361 de 1997, pues si bien fue despedido sin justa causa por la demandada, también lo es que para la fecha del finiquito del contrato de trabajo no se encontraba en estado de incapacidad o discapacidad calificada en por lo menos un 15% de la capacidad y mucho menos se demostró que esa situación hubiese sido informada al empleador demandado; aunado a lo anterior, indicó que si bien el promotor padece un diagnóstico

coronario, tampoco se evidenció que contara con recomendaciones médico laborales, además la última incapacidad generada iniciaba el 18 de diciembre de 2015 y finalizaba el 19 de ese mismo mes y año, es decir, alrededor un año y medio anterior a la fecha del despido.

Luego, no se puede presumir que la decisión de terminar el vínculo laboral del actor haya sido producto de un acto discriminatorio, pues si bien se tuvo como indicio grave la inasistencia del representante legal de la demandada a absolver el interrogatorio de parte, ello no implica que se tengan por confesos todos los hechos de la demanda y menos que tal indicio tenga la fuerza para que opere la protección reclamada por el actor, o que sus padecimientos de salud puedan generarle una estabilidad laboral indefinida, lo cual solo opera cuando el estado de discapacidad se encuentra acreditada al momento del despido, situación que en el caso de marras brilló por su ausencia, pues tampoco se allegó calificación de la pérdida de capacidad laboral del actor, o el trámite de la misma, por lo que el reintegro deprecado no es viable y menos aún las demás pretensiones de la demanda, pues penden de dicho pedimento.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión el demandante la apeló. Solicita se revoque en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones del libelo genitor.

Lo anterior, por cuanto al momento de ser despedido en el año 2017 a pesar de no estar incapacitado, si tenía orden de reubicación laboral, la cual conocía la accionada, situación que no fue debatida o desvirtuada con las pruebas documentales que podía allegarse en su momento; además se debieron tener por ciertos los hechos de la demanda ante la inasistencia del representante legal al interrogatorio.

Indicando que en el evento de no haberse notificado a la enjuiciada que el trabajador tenía una orden reubicación y unas recomendaciones que debían ser acatadas por la empresa, esa sociedad si estaba obligada a realizarle exámenes por

parte de medicina ocupacional y ubicarlo en un puesto de trabajo acorde con su estado físico, reiterando que el demandante contaba con recomendaciones de no trabajar en altura, con exceso de fuerza, o de efectuar labores de soldadura para evitar que sobrepasara la inhalación de gases y radiación que conlleva esa labor, con lo que le ocasionó un perjuicio dado que su trabajo era el único ingreso con que contaba, máxime cuando no es claro si la enfermedad fue ocasionada por la misma labor de soldadura.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala determinará si el demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada a la fecha de terminación de la relación laboral.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que entre el demandante y la empresa demandada REPRESENTACIONES INDUSTRIALES ORION S.A. - RIORION – EN REORGANIZACIÓN, existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2013 y el 29 de noviembre de 2017, calenda última en que la encartada terminó el vínculo contractual sin justa causa, situaciones que se corroboran con la copia de la carta de terminación del finiquito adiada el 29 de noviembre de 2017, así como la certificación laboral emitida por la empleadora en esa misma data (Fls. 195 y 197), al igual que el último cargo desempeñado por el actor fue el de Oficial Metalmecánico con una última retribución salarial mensual en suma de \$1.038.124, más auxilio de transporte; como da cuenta la mencionada certificación y la liquidación final del contrato

emanado por la encartada el día 30 de noviembre de 2017, en la que además se aprecia que le fue reconocida una indemnización por despido injustificado (Fl. 196).

Tampoco el hecho que el promotor del litigio sufrió el día 17 de noviembre de 2014 un infarto agudo al miocardio, y a razón de ese diagnóstico le fue concedida incapacidad médica por un lapso de 9 meses, retornando a sus labores a la empresa accionada hacia el mes de agosto de 2015, circunstancias que fueron aceptadas por la pasiva, lo que igualmente se colige con las documentales obrantes a folios 14 a 187.

d. De la estabilidad laboral reforzada:

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

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

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

“No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta

días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

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

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

En la citada providencia la Corte concluyó que:

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

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

“Frente a los reproches traídos en el cargo, el Tribunal no incurrió en ningún desvío interpretativo respecto del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al estimar que la estabilidad laboral reforzada allí prevista no operaba automáticamente en todos los casos, puesto que esta consideración se aviene a la jurisprudencia emitida por esta Corporación, en cuanto a que la

ineficacia del despido prevista en la norma requiere la presencia de varios presupuestos, tales como i) que el trabajador padezca de un estado de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen; ii) que el empleador tenga conocimiento de dicho estado de discapacidad; iii) que el patrono despidiera al trabajador de manera unilateral y sin justa causa; y iv) que el patrono no solicite la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo.

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

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

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

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

“[...]”

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

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

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

Postura que se mantiene incólume por parte de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, pregonando adicionalmente que dicha discapacidad puede ser acreditada mediante cualquier medio probatorio, como se indicó en la sentencia SL – 4825 del 2020.

Ahora bien, estas posturas fueron reunidas y concretadas por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL711 del 2021, en la cual se enfatizó en que: (i) La garantía foral establecida en la Ley 361 de 1997 se aplica para aquellas personas que padezcan de una situación de discapacidad en un grado significativo que conozca el empleador; (ii) tal calidad no requiere que se encuentre establecida en un carné y que el dictamen de pérdida de capacidad laboral tan poco se constituye como una prueba solemne, pues en estos casos el juez goza de libertad probatoria; y, (iii) el despido del trabajador debió basarse en su estado de salud, en tal virtud recuerda que le corresponde al trabajador acreditar la circunstancia de discapacidad a la fecha del despido, para que este se presuma discriminatorio, correspondiendo al empleador desvirtuar la referida presunción.

Un entendimiento razonable de la anterior postura señala que las anteriores circunstancias deben estar probadas o padecerse al momento del despido, para poder inferir que esas habrían sido las razones que eventualmente motivaron el despido, y en tratándose del grado de discapacidad, si quiera moderada, claro es que nuestro órgano de cierre decanta que el Juez se encuentra en libertad probatoria para determinarla en los términos determinados en el artículo 61 del C.P.T y de la S.S.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3132-2021, Radicación No. 75850 del 12 de julio de 2021, reafirmó el argumento de auscultar la discapacidad con otros medios de convicción diferentes al del dictamen de

calificación de pérdida de capacidad laboral, trayendo a colación la sentencia SL1236-2021, Radicación No. 67060 del 17 de marzo de 2021, la cual reseñó:

“[...] como lo tiene asentado la jurisprudencia laboral de esta Corporación, para que haya lugar a la estabilidad laboral del art. 26 de la Ley 361 de 1997 es preciso, primero, que se trate de personas con discapacidad; segundo, que el hecho sea conocido por el empleador, y, tercero, que la ruptura contractual obedezca a esta situación del trabajador (CSJ SL 5184-2020).

“[...]

“Por esa razón, uno de los presupuestos indispensables para dar paso a la estabilidad laboral objeto de estudio es que el estatus de discapacidad del trabajador sea conocido o previsible por el empleador al momento de tomar la decisión de terminar el contrato de trabajo. Ese momento, en los contratos de trabajo a término fijo, se materializa cuando se comunica el preaviso al trabajador y el vencimiento del plazo del contrato no es más que la ejecución de esa decisión de no prorrogar. Inclusive, el empleador podría cancelar los 30 días del preaviso, sin que el trabajador deba prestar el servicio.

“[...]

“Por otra parte, la Sala de tiempo atrás tiene adoctrinado que los destinatarios de la garantía especial a la estabilidad laboral reforzada son aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con una limitación igual o superior al 15% de su pérdida de la capacidad laboral, independientemente del origen que tenga y sin más aditamentos especiales como que obtenga un reconocimiento y una identificación previa.

“En ese orden, no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera mediante un carné como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que, realmente, padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para que se active su garantía de estabilidad laboral, CSJ SL 058-2021.

“La jurisprudencia reiterada y pacífica de esta Corporación ha adoctrinado que, para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento, no es suficiente que, al momento del despido (o del preaviso en los contratos de trabajo a término fijo), el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse que, al menos tuviera, una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, CSJ SL10538-2016, CSJ SL5163-2017, CSJ SL11411-2017 y CSJ SL4609-2020).

“En esa línea, esta Corte tiene establecido que, para conocer ese nivel de disminución en el desempeño laboral, por razones de salud, no basta que aparezca en la historia clínica el soporte de las patologías y secuelas que padece un trabajador, porque la situación de discapacidad en que se encuentra el trabajador no depende de los hallazgos que estén registrados en el historial médico, «sino de la limitación que ellos produzcan en el trabajador para desempeñar una labor y, precisamente, esa limitación no es posible establecerla sino a través de una evaluación de carácter técnico, donde se valore el estado real del trabajador desde el punto de vista médico y ocupacional», CSJ SL572-2021.

*“Esa es la razón de la importancia de una calificación técnica descriptiva del nivel de la limitación que afecta a un trabajador en el desempeño de sus labores. No obstante, la jurisprudencia laboral reconoce que no es el único medio probatorio idóneo para probar esa condición y, con fundamento en el principio de libertad probatoria y formación del convencimiento del art. 61 del CPTSS, en el evento de que no exista una calificación del grado de la limitación que pone al trabajador en situación de discapacidad, **esta Sala admite que la limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentre el trabajador, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, verbigracia, cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, se encuentra en proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, cuenta con concepto desfavorable o desfavorable de rehabilitación, o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo, CSJ SL572-2021.***

“Como lo que se protege con la estabilidad laboral reforzada del art. 26 de la Ley 361 de 1997 es la discriminación por motivos de discapacidad con la terminación del contrato o el despido, esas condiciones indicadoras de la necesidad de protección deben estar presentes al momento de la decisión del empleador de finalizar el vínculo y ser evidentes para él, para que se haga exigible la autorización del Ministerio de Trabajo previamente a la finalización de la relación laboral, so pena de la presunción de la discriminación, y sea el empleador quien tenga que desvirtuarla demostrando las razones objetivas de su decisión.”

Concluyó esa Corporación en la sentencia SL3132-2021, Radicación No. 75850 del 12 de julio de 2021 que:

“Lo anterior sin perjuicio de que la Sala recuerde que refulge evidente el desacierto del Juzgador colectivo en la interpretación errada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al considerar, con base en pruebas documentales señaladas anteriormente, en que el amparo se activó por el hecho de que el empleador tenía conocimiento sobre el estado de salud de la demandante para la data de la terminación del contrato de trabajo, que lo ubicaba en el

campo de la debilidad manifiesta, sin que existiera certeza de limitación o discapacidad relevante en la salud de la accionante para cuando feneció tal vínculo y menos aún presentaba una situación grave en su salud que fuera notoria y evidente ni contaba con restricción médica para el desempeño de sus labores con ocasión de la enfermedad profesional que se le dictaminó, por ende no le competía obtener permiso administrativo para despedir, ni tenía resistencia legal que le impidiera prescindir de los servicios de aquella, por tanto, se descarta de plano una decisión discriminatoria”.

Ahora bien, como se desprende de la historia clínica del demandante, y como lo motivó la falladora de instancia, se aprecia que:

- (i) El 17 de noviembre de 2017 ingresó al servicio de urgencias con diagnóstico de infarto agudo de miocardio (Fls. 14 a 173).
- (ii) Consecuencia de ese diagnóstico se le realizó procedimiento médico relacionado con cirugía de corazón abierto, como se indica a folios 31 y 123 del expediente.
- (iii) El 17 de febrero de 2015 se emiten recomendaciones de egreso, en donde se detalla que debe *“Continuar controles ambulatorios con ortopedia con reporte de RX de hombro. Toma de medicamentos patologías de base, continuar con controles ambulatorios con cardiología”* (Fl. 73).
- (iv) El 29 de abril de 2015 COLPENSIONES remitió comunicación dirigida al actor, en la que indica que para continuar con el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral en primera oportunidad debía acercarse a una de las sedes de la entidad de salud que menciona en tal escrito y además debe completar la documentación que allí se menciona.
- (v) De la misma forma se evidencian incapacidades otorgadas al promotor, relacionadas con dicho suceso del 29 de diciembre de 2014 al 24 de agosto de 2015, como se informa a folios 165, 183 y 184.

Del anterior recuento se puede concluir que la precitada patología fue tratada entre noviembre de 2014 y agosto de 2015, como dan cuenta la historia clínica visible a folios 14 a 173 vto., y las incapacidades que le fueron concedidas al

demandante en razón de dicho evento, tal como vino de verse. Además, fuera de discusión quedó el hecho relacionado con el retorno a sus actividades laborales para el mes de agosto de 2015, pues fue un aspecto que aceptó el extremo pasivo desde la contestación de la demanda.

De otra parte, si bien se hace alusión a unas recomendaciones médicas para febrero de 2015, según se desprende de la Historia Clínica que obra en el informativo, conforme se expuso anteriormente, también lo es que no obra documento alguno a través del cual se pueda evidenciar que se hayan remitido al empleador demandado recomendaciones o restricciones para ejercer las labores inherentes a su cargo. Asimismo, imperioso resulta destacar que el actor acudió el 29 de abril de 2015 a COLPENSIONES, a efecto de iniciar trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral, no obstante, no obra probanza alguna que permita establecer que continuara con dicha gestión, pues recuérdese que debía acreditar algunos requisitos para tal fin; situación de la cual tampoco obra evidencia en el expediente y menos que el empleador accionado tuviera conocimiento de esa solicitud.

En cuanto al testimonio que se recepcionó en el trámite procesal al señor CARLOS HUMBERTO SARMIENTO CARDONA, se tiene que adujo que había prestado sus servicios para la convocada a juicio desde el año 2008 hasta el año 2017, y que tuvo conocimiento de los quebrantos de salud del actor a finales de 2015 o 2016, relacionados con la afectación al corazón y la cirugía que le realizaron, lo cual le consta por cuanto se lo comentó el actor y además en tanto fue a visitarlo a la clínica; señaló que el actor retornó tiempo después al trabajo, donde siguió desarrollando labores de soldadura. Además, precisó que el demandante a veces tomaba descansos, según le comentó por recomendación médica y que en ocasiones era la empresa la que lo enviaba a tomarlos cuando era muy prolongada la actividad.

Sobre los motivos por los que se dio el finiquito laboral entre las partes, manifestó no tener conocimiento, pues el deponente se retiró primero y no le consta si el accionante siguió laborando; por ende, de ese medio de prueba tampoco se desprende convencimiento diferente al ya analizado anteriormente, pues nótese

que el testigo en ningún momento manifestó constarle que el actor le hubiese informado a la demandada de las restricciones médicas con que contaba o de la calificación pretendida.

Así las cosas, es de mencionar que acorde con lo decidido por la falladora de instancia, se puede colegir que si bien la demandada tuvo conocimiento de los padecimientos de salud ya referidos que aquejaron al actor desde noviembre de 2014 hasta por lo menos agosto de 2015, también lo es que no existe prueba irrefutable de que en efecto la encartada en su condición de empleadora tuvo conocimiento de recomendaciones o restricciones médicas emitidas al actor como consecuencia de tal suceso y que implicaran una discapacidad relevante para la fecha del despido del 29 de noviembre de 2017, o que estuviese en proceso de calificación por pérdida de capacidad laboral a raíz del mismo; por lo que a juicio de esta Corporación y atendiendo las reglas emanadas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no se dieron los presupuestos mínimos para la configuración de la estabilidad laboral reforzada que se depreca en el *sub-examine*.

En este punto, cabe destacar que si bien el diagnóstico que aquejó al demandante no resulta de menor importancia, también lo es, que a consecuencia de este no se advierte que se haya derivado una condición que pueda entenderse como una discapacidad relevante o moderada, máxime si se tiene en cuenta que atendiendo la carga de la prueba y el libre convencimiento de la misma al tenor de lo consagrado en el artículo 61 del C.P.T y de la S.S., lo único que refleja el acervo probatorio son aspectos de salud que en ningún momento impidieron al trabajador retornar al normal desempeño de sus funciones después de la última incapacidad en agosto de 2015.

Siendo palmario que desarrolló sus funciones por más de dos años después de la aludida fecha, por lo que no es dable estimar que se encontraba en una discapacidad relevante para la fecha de la terminación del contrato, lo que configuraría la estabilidad laboral reforzada, más aún cuando, contrario a lo sostenido por activa en la alzada, como ya se expuso no obra recomendación

médica o calificación porcentual de pérdida de capacidad laboral en el presente asunto, de la cual tuviera conocimiento el empleador enjuiciado.

Además, no resulta procedente tener por ciertos los hechos de la demanda ante la inasistencia del representante legal de la pasiva al interrogatorio, pues para que opere la confesión presunta, el juez de primera instancia debe especificar los hechos que se tiene por confesos, conforme lo ha sentado la reiterada jurisprudencia del órgano de cierre, entre otras, en la sentencia SL4323-2021 con Radicación No. 81602 de 22 de septiembre de 2021, observándose al respecto que la juzgadora de primer grado, señaló las razones por las que se abstenía de aplicar a las consecuencias previstas en el artículo 205 C.G.P., siendo sustento de tal decisión la forma en la que estaban redactados los fundamentos de hecho de la demanda, lo que le impedía dar aplicación a ese precepto normativo, sin que se observe inconformidad alguna del actor en su momento frente a esa decisión

En esa medida, considera la Sala que la patología padecida no implicaba una limitación que impidiera al promotor del litigio el desarrollo de sus funciones, a tal punto que el tratamiento de la misma data del año 2014 y 2015, esto es, antes de la fecha de terminación del contrato de trabajo que acaeció el 29 de noviembre de 2017, sin que se advierta que en ese interregno se haya afectado la capacidad laboral en los términos requeridos por la jurisprudencia antes esbozada y menos que el despido fuera consecuencia de un acto discriminatorio en atención al estado de salud del demandante, pues lo que se advierte es que ello devino de la potestad conferida al empleador por el artículo 64 del C.S.T., sin que se avizore en la misiva que se dirigió al actor informando de la finalización de la relación laboral, motivación relacionada con su estado de salud, lo que se insiste, tampoco fue probado en el proceso.

Y es que no basta que se pretenda configurar la estabilidad laboral consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 por el hecho que la empresa tenga conocimiento de algunas afectaciones en salud del trabajador, sino que además debe existir total certeza de la limitación o limitaciones para el momento del finiquito, e incluso con posterioridad a este, limitaciones que deben gozar de plena credibilidad y ser relevantes para la configuración de una discapacidad siquiera



moderada, pues es allí precisamente que se invierte la carga de la prueba para que sea la pasiva quien refute lo de su cargo, presupuestos todos que no sucedieron dentro del presente asunto. Como corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primer grado.

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

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

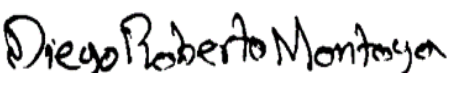
PRIMERO: CONFIRMA la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2021 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

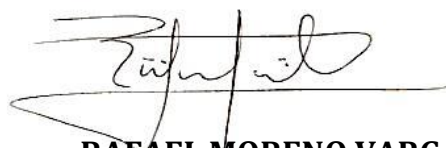
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **12 2020 00192 01**
Demandante: JAIME POSADA BOLÍVAR
Demandado: POLLO ANDINO S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2021 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JAIME POSADA BOLÍVAR formuló demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad POLLO ANDINO S.A., con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la encartada, devengando como último salario la suma de \$12.339.681, el cual finalizó por causas atribuibles al empleador.

Como consecuencia de lo anterior, la demandada debe reintegrarlo sin desmejora alguna al cargo que venía desempeñando, junto con el pago de salarios desde el momento del despido y hasta que se haga efectivo su reintegro, la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, el pago

de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, sostuvo que el 16 de abril de 2009 entre el actor y la demandada se configuró un contrato de trabajo a término indefinido, donde desempeñó el cargo de Gerente de Ventas en las instalaciones de la encartada, pactándose como salario la suma de \$5.201.000 más comisiones por venta, y una jornada de trabajo de 7:30 a.m. a 5:00 p.m. de lunes a viernes y de 7:30 a.m. a 1:00 p.m. los días sábados.

Refirió que la labor que se le encomendó fue ejecutada de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador y cumpliendo cabalmente con el horario de trabajo. Que, a pesar de ello, el 3 de febrero de 2020 a través de documento la encartada le notificó la terminación unilateral de su contrato de trabajo a partir de esa misma calenda, de ahí que el 7 de febrero de 2020 remitiera a la encartada por intermedio de la empresa de mensajería Servientrega un documento en el que solicitaba la reconsideración del despido por cuanto a su edad le era difícil reincorporarse a la vida laboral.

Por tal razón, la demandada en escrito del 13 de febrero de 2020 le manifestó la ratificación del despido, precisando además que la pasiva al momento del finiquito laboral le adeudaba tres periodos de vacaciones según se aprecia de la liquidación final de prestaciones sociales.

Indicó que nació el 6 de febrero de 1961, por lo que a la fecha de la terminación del contrato de trabajo le faltaban tres días para cumplir 59 años de edad, así como que al 28 de marzo de 2019 ostentaba 1414.57 semanas de cotización al sistema pensional, aspectos que conducen a advertir la mala fe del empleador para el finiquito contractual, como quiera que evitó cumplir con su estabilidad laboral por ostentar la calidad de pre pensionado y así poderse acoger a dicho

fuero, afectando igualmente su derecho al trabajo, seguridad social y acceder a una pensión junto con su núcleo familiar.

Por último, resaltó que el último salario devengado fue de \$8.453.454, más \$3.856.227 por conceptos de comisión.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra. Aceptó la existencia del contrato de trabajo, así como el finiquito del mismo.

Expuso que la terminación de la relación laboral acaeció bajo los preceptos del artículo 64 del C.S.T., aunado a que, al momento de esa finalización, el actor no contaba con la densidad de semanas descritas en los supuestos fácticos de la acción.

Resaltó que en ningún momento existió mala fe para la culminación del contrato del actor, pues la decisión fue con ocasión de decisiones internas y en búsqueda de alivios financieros. Igualmente, manifestó que el demandante no reunió las condiciones de pre pensionado, si se tiene en cuenta que al mes de marzo de 2011 tenía cotizadas 1814 semanas, por lo que el único requisito para acceder a la pensión de vejez era su edad.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio, cobro de lo no debido, pago, buena fe, compensación y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 6 de septiembre de 2021 declaró probada la excepción de inexistencia de la

obligación que formulara la pasiva, absolviéndola de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión indicó el *a-quo* que no fue objeto de discusión que entre el demandante y la pasiva existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 16 de abril de 2009 y el 3 de febrero de 2020, en el cual el actor desempeñó el cargo de Gerente de Ventas, al igual que el último salario devengado fue la suma de \$12.399.681.

Sostuvo que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 determina los requisitos de la pensión de vejez de aquellas personas que se encuentren afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, normativa que en la actualidad exige para el caso de los hombres ostentar 1300 semanas cotizadas al sistema y un mínimo de 62 años de edad.

Que, en tal sentido, la sentencia SU03-2018 determina el alcance del fuero de pre pensionado, señalándose allí que tal figura se aplica a aquellas personas que les faltare tres años o menos para acceder a la pensión de jubilación o vejez, con ocasión de una pérdida intempestiva del empleo por parte del trabajador.

En renglón seguido, indicó que cuando al trabajador no le faltare sino como único requisito la edad, no se frustra al momento de la desvinculación laboral el derecho a percibir la prestación por vejez y, por consiguiente, la figura de pre pensionable, toda vez que la edad puede ostentarse con o sin vinculación laboral vigente.

Que en tal sentido, el demandante cuenta con 1814.57 semanas cotizadas a COLPENSIONES como da cuenta su historia laboral, cuya fecha de nacimiento fue el 6 de febrero de 1961 según se desprende de la copia de su cédula de ciudadanía, por lo que en la actualidad cuenta con 60 años de edad y, para el momento de la culminación de su relación laboral, le faltaban tres años para

ostentar su estatus pensional, aspecto que se acompasa con los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; circunstancia por la cual, el empleador contaba con plena autonomía de culminar el contrato de trabajo del demandante en la manera en que lo llevó a cabo y, por consiguiente absolvió a la encartada de las súplicas de la demanda.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Expuso que si bien es cierto para el momento de la terminación del contrato de trabajo reunía las semanas mínimas de cotización para acceder a la pensión de vejez, esa situación no es óbice para que la demandada haya dado por culminado el vínculo contractual, máxime si fue el único trabajador con el que la empresa procedió a finiquitar la relación, por lo que se colige la intención de no cobijársele por el fuero de pre pensionado.

Que el fuero de pre pensionado no solo tiene como objetivo preservar un número de semanas, sino que también busca garantizar una continuidad mínima del trabajador para acceder a este beneficio, más aún si se tiene en cuenta la edad con la que cuenta, en la actual resulta imposible ubicarse aboralmente.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

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

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala habrá de auscultar si para el momento de la finalización de la relación laboral del demandante, este contaba con la calidad de pre pensionado.

De prosperar la anterior súplica, habrá de determinarse si es procedente el reintegro perseguido junto con el pago de sus salarios y aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensión, así como el pago de la indemnización reglada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

c. Del contrato de trabajo:

Precisa la Sala en primera medida, que en el *sub-examine* no fue objeto de reproche que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 16 de abril de 2009 y el 3 de febrero de 2020, el cual finalizó sin justa causa atribuible al empleador, prueba de ello lo es la copia del contrato de trabajo, el despido sin justa causa comunicada al actor por parte de la encartada de fecha 3 de febrero de 2020 y la certificación laboral expedida por la pasiva en la misma data.

Tampoco el hecho que, con ocasión del despido sin justa causa del demandante, la encartada le realizó un pago por concepto de indemnización por despido sin justa causa al tenor de lo dispuesto en el artículo 64 del C.S.T., según se demuestra de la liquidación de prestaciones sociales que fuese aportado con la contestación de la demanda.

Ahora bien, en lo que concierne a la figura de pre pensionado, la Corte Constitucional en sentencia SU003 de 2018, determinó de manera unificada la situación, aclarando certeramente su aplicabilidad en los diferentes ámbitos laborales, ya sea en el sector público como en el privado. Al respecto, el órgano constitucional consideró:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“La resolución del segundo problema jurídico sustancial, a que se hizo referencia en el numeral 2 supra, supone, como seguidamente se precisa, unificar la jurisprudencia constitucional en cuanto alcance del fuero de estabilidad laboral reforzada de pre pensionable. Para tales efectos, debe la Sala Plena determinar si cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, puede considerarse que la persona en esta situación es beneficiaria de dicha garantía de estabilidad laboral reforzada.

*“59. Para la Sala Plena, con fines de unificación jurisprudencial, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de pre pensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez. Para fundamentar esta **segunda regla de unificación jurisprudencial** se hace referencia a la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado la figura y a su finalidad específica, en aras de determinar por qué, en el supuesto de unificación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez.*

“60. Conforme a los pronunciamientos de las distintas Salas de Revisión de esta Corte⁵⁴¹, la figura de la “pre pensión” es diferente a la del denominado “retén social”, figura de origen legal, que opera en el contexto de la renovación, reestructuración o liquidación de entidades públicas. La “pretensión”, según la jurisprudencia de unificación de esta Corte, se ha entendido en los siguientes términos:

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

De otra parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha mantenido la interpretación adoptada por la Corte Constitucional, pues así se demuestra de la reciente sentencia SL1462-2021, Radicación No. 87482 del 12 de abril de 2021, en la que claramente expone en un asunto de similares supuestos fácticos al que aquí nos ocupa, que cuando el único requisito restante para la adquisición de la prestación es la edad, la persona no es beneficiaria de esa estabilidad laboral reforzada, dado que la misma puede ostentarse con posterioridad al finiquito laboral.

Así las cosas, como se aprecia de la historia laboral emitida por COLPENSIONES actualizada a data del 28 de marzo de 2019, la cual fue aportada por el demandante, este efectuó por el periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2017 y el 28 de febrero de 2019 un total de 1814.57 semanas, adicional al hecho que nació el 6 de febrero de 1961 según se



desprende de la copia de su cédula de ciudadanía, por lo que en la actualidad cuenta con 60 años de edad.

En tal sentido, como lo decidió el fallador de instancia, puede colegir la Sala que el demandante ostenta en la actualidad un número de semanas suficientes para la adquisición del derecho pensional por vejez, pues se itera, cuenta con más de 1800, escenario suficiente para que al tenor de la interpretación jurisprudencial que se le ha dado a la figura de la estabilidad laboral reforzada de pre pensionado, no resulte óbice el despido para que el demandante no deje de adquirir la prestación en cualquier momento, ni mucho menos refleje una violación al derecho a la seguridad social.

Se reitera que siendo el único requisito faltante para la prestación la situación de la edad, puede concluirse que si bien la demandada culminó el contrato de trabajo del señor JAIME POSADA BOLÍVAR el 3 de febrero de 2020, esa terminación al tenor de los postulados jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia es legal mas no justa, actuar que condujo que la pasiva resarciera el daño del trabajador con el pago indemnizatorio de que trata e artículo 64 del C.S.T. como se aprecia de la liquidación final de prestaciones sociales; circunstancia por la cual, la decisión de absolución de primera instancia habrá de confirmarse.

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

DECISIÓN:

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

RESUELVE:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2021 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

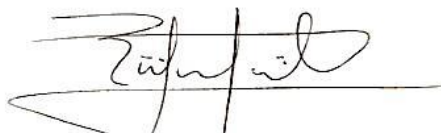
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



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

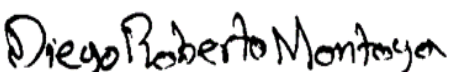
Proceso Ordinario Laboral 1100131050 02 2017 00466 01
Demandante: MARÍA ELVIRA DUARTE NIETO
Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES.
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS POVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C.; veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

El suscrito Magistrado DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN, previamente manifiesta que una vez revisadas las diligencias se consta que el suscrito magistrado fungió como magistrado del fallo emitido el 8 de julio de 2015, previamente instaurado por la hoy demandante en contra de COLPENSIONES.

De cara a lo indicado estaría configurada la causal prevista en el numeral 2º del artículo 141 del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por disposición del artículo 145 del C.P.T y la S.S, el cual dispone:

“2- Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente. [...]


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

AUTO:

Estima la Sala que se configura la causal de impedimento manifestada por el H. Magistrado DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN, ello en tanto de la revisión del plenario, se constata que en efecto fungió como ponente dentro del proceso ordinario laboral, en el cual se pronunció frente a la procedencia de la pensión deprecada, motivo que impele a aceptar fundado el impedimento.

En virtud de lo anterior, se dispone;

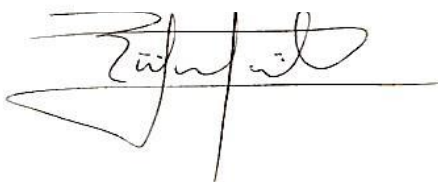
PRIMERO. - DECLARAR FUNDADO el impedimento manifestado por el H. Magistrado DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN, al encontrarse incurso en la causal de impedimento establecida en el numeral 2º del artículo 141 del C.G.P.

SEGUNDO. - SEPARAR al H. Magistrado DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN del conocimiento del presente proceso.

NOTIFÍQUESE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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



AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a SANDRA PATRICIA VARGAS BOBADA, identificada con cédula de ciudadanía 1.052.312.627 y T.P. 234818 del C.S. de la J., en los términos y fines del poder conferido.

Una vez determinado lo anterior, se profiere la siguiente;

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora, respecto de la sentencia proferida el 26 de mayo de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que resultó totalmente adversa a las pretensiones de la promotora del litigio, sin que se formulara recurso de apelación.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARÍA ELVIRA DUARTE NIETO, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare que COLPENSIONES negó la pensión de vejez bajo el argumento que efectuó un traslado irregular del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que acarreó la pérdida del régimen de transición, ello no obstante que PORVENIR S.A. certificó que el traslado no se efectuó de manera voluntaria, sino por el Comité de Multiafiliación, procediendo a retornar los respectivos aportes a COLPENSIONES, entidad que debe reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 26 de febrero de 2011, por haber cumplido con más de 500 semanas

cotizadas en los últimos veinte años anteriores a la edad de jubilación, más los intereses moratorios.

Asimismo, en el acápite denominado pretensiones declarativas solicitó que COLPENSIONES le reconozca la pensión de vejez, toda vez que según lo dispuesto en el Decreto 3995 de 2008 se dirimió la multivinculación entre PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, encontrándose válidamente afiliada a la última administradora, por tratarse de un traslado masivo del empleador RADIO TAXI LTDA., y no por voluntad de la afiliada.

En consecuencia, pretende se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez con los reajustes anuales, partir del 26 de febrero de 2009, fecha en la que cumplió con el requisito de edad y semanas requeridas, además reclamó el pago de intereses moratorios.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus aspiraciones, indicó que nació el 26 de febrero de 1954, cumpliendo la edad de 55 años el 26 de febrero de 2009; que con radicado No. 61610 de 17 de noviembre de 2009, solicitó al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por contar con 902.7 semanas de cotización, de las cuales 559.29 lo fueron durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida para el reconocimiento pensional.

Relata que, según la historia laboral del 20 de octubre de 2015, verificó aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, a través del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES del 5 de junio de 1975 al 31 de diciembre de 1997, posteriormente por intermedio de la AFP HORIZONTE del 1º de enero de 1998

al 30 de junio de 2000, y nuevamente a través del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES del 1º de noviembre de 2001 al 31 de octubre de 2013.

Sostuvo que por solicitud de vinculación de 6 de junio de 1998 y por decisión unilateral del empleador COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES RADIO TAXI, efectuó traslado del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a la AFP HORIZONTE, administradora que mediante escrito adiado el 5 de julio de 2007, le indicó que el traslado había sido rechazado el 19 de junio de 2007, por encontrarse a menos de 10 años de la pensión, además esa sociedad el 2 de octubre de 2007, le informó que al solucionar los casos de múltiple vinculación, se determinó que se encontraba válidamente afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, y en consecuencia gestionaría la transferencia de sus aportes.

Adujo que la AFP HORIZONTE el 8 de febrero de 2008 expidió reporte de los aportes efectuado por el empleador COOPERATIVA RADIO TAXI LTDA., de enero de 1998 a junio de 2000, reiterando el traslado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, administradora que, mediante Resolución No. 102467 del 18 de diciembre de 2009, negó la prestación pensional deprecada al estimar que solo contaba con 730 semanas al 30 de septiembre de 2009, de las cuales 359 semanas fueron cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad. Que dicha entidad nuevamente por Resolución GNR GNR2040 de 13 de agosto de 2013, negó el reconocimiento de la pensión.

Manifestó que por considerar que reunía los requisitos de ley, impetró demanda ordinaria laboral que conoció en primera instancia el Juzgado Segundo laboral del Circuito de Bogotá, D.C., con el No. 2014-0114, estrado judicial que, mediante sentencia de 16 de abril de 2015, absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones elevadas en su contra, decisión que fue

confirmada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia de 8 de julio de 2015.

Señaló que elevó derecho de petición ante COLPENSIONES el 29 de diciembre de 2015, a efectos que aclarara la razón para alegar la pérdida del régimen de transición, debido al referido traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tesis acogida por el Juez de conocimiento; asimismo indicó que en esa misma calenda radicó petición ante PORVENIR S.A., a fin que aclarara la fecha de vinculación a ese AFP en junio de 1998, por cuanto no concordaba con la fecha del primer pago, esto es, enero de 1998. Que igualmente solicitó a la COOPERATIVA DE TRANSPORTE RADIO TAXI, en enero de 2016, la aclaración sobre su traslado de régimen en enero de 1998, la cual le respondió que es el afiliado quien libre y voluntariamente escoge el régimen y que no contaba con documentación sobre el particular.

Destacó que COLPENSIONES mediante Resolución GNR 107410 de 2016, negó la pensión de vejez, pues si bien contaba con 1069 semanas al 31 de octubre de 2013, no era beneficiaria del régimen de transición por no acreditar 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y tampoco contar con los requisitos previstos en el Acto Legislativo 01 de 2005, a efectos de mantener el régimen de transición, y que al 31 de julio de 2010 contaba con 490 de las requeridas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad. Finalmente, indicó que PORVENIR S.A. frente su petición del 11 de enero de 2017, le informó que su multivinculación se dirimió a favor del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 16 de octubre de 2008, y que por tratarse de un proceso masivo no cuenta con soportes.

1.3 CONTESTACION DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra. Indicó que no se estructuran los presupuestos fácticos ni legales para acceder al reconocimiento pensional, pues en el presente asunto se presenta el fenómeno de la cosa juzgada, por cuanto en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá cursó el proceso No. 2014-00114, en el que la demandante reclamó la pensión de vejez por ser beneficiaria del régimen de transición, situación que guarda identidad con el presente asunto, además existe similitud de partes y de pretensiones.

Formuló como excepción previa la de cosa juzgada y como de fondo las de inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción, inexistencia de intereses moratorios, buena fe y la innominada.

Por su parte, PORVENIR S.A. al contestar el escrito inaugural, no se opuso a las pretensiones de la demanda, dado que la promotora se encuentra vinculada a COLPENSIONES a partir del 1 de noviembre de 2001, siendo esta la entidad encargada de reconocer y pagar cualquier prestación económica.

Propuso como medios exceptivos los denominados como prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y la innominada o genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 26 de mayo de 2021, declaró probada la excepción de cosa juzgada propuesta por COLPENSIONES, absolviéndola de todas las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a tal conclusión, memoró los hechos y pretensiones de la presente demanda y trajo a colación lo preceptuado en el artículo 303 del C.G.P., aplicable por analogía a los juicios del trabajo, el cual hace alusión al fenómeno de la cosa juzgada; además mencionó las sentencias SL1303 de 2018 y SL973 de 2021, que analizan los requisitos de dicha institución. Igualmente, y a efecto de estudiar los presupuestos de la cosa juzgada, recordó los hechos y pretensiones del proceso No. 2014-00114, entre los cuales se pretendía que se condenara a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 26 de febrero de 2009, y se reconocieran las semanas cotizadas por sus empleadores que se encontraban sin contabilizar en la historia laboral y el pago de los intereses moratorios.

Sustento de tales pedimentos fueron que la actora contaba con 55 años al 26 de febrero de 2009, por ello el 17 de noviembre de 2009 solicitó al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el reconocimiento de la pensión de vejez, además por acreditar 971 semanas, incluidas las que cotizó a HORIZONTE, entidad que le informó que al resolver su múltiple vinculación se encontraba válidamente afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, al cual se transferirían sus aportes. Así, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES mediante Resolución 102467 del 18 de diciembre de 2009, le negó la pensión pues si bien cumplía con la edad, solo contaba con las semanas 730 desde su ingreso, de las cuales 359 fueron cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

Sostuvo que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES mediante oficio adiado el 27 de enero de 2012, le indicó que corregiría las inconsistencias presentadas con las semanas cotizadas por su empleador COOPERATIVA RADIO TAXI LTDA., y que mediante Resolución GNR 204092 de 2013, se le negó la prestación pensional por contar con 1056 semanas y no haber conservado el régimen de transición, pues al 1º de abril de 1994 no acreditaba 15 años de servicios.

Así, y sobre tales premisas la juzgadora de instancia, trajo a colación los argumentos de la sentencia proferida por ese mismo juzgado el 16 de abril de 2015 dentro de proceso 2014-00114, en donde se expusieron las motivaciones que llevaron a la otrora juzgadora a despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda, entre ellas, se señaló que en manera alguna existió un traslado de régimen como lo afirma la demandada en la Resolución GNR 204092 de 2013, pues lo que en realidad sucedió fue una situación de múltiple afiliación al sistema pensional, como da cuenta HORIZONTE en las comunicaciones dirigidas a la actora, sin embargo, revisada la historia laboral tal y como lo reconoció la entidad demandada, la activa no cumple con los requisitos para conservar la transición, pero no por el traslado de régimen, situación que nunca ocurrió, sino por no cumplir con los requisitos consagrados en el Acto Legislativo 01 de 2005, ya que a la entrada en vigencia de la norma en cita, de conformidad con la historia laboral incluidas las semanas de cotización bajo la patronal COOPERATIVA RADIO TAXI LTDA., contaba con 735.11 semanas, las que no le permiten continuar como beneficiaria del régimen de transición.

Pues independiente que al 1º de abril de 1994 contara con la edad consagrada en el artículo 36 del citado precepto legal, con el referido Acto Legislativo se infirió la extensión del citado régimen a partir del 1º de agosto de 2010; además indicó que tampoco cumple con los requisitos legales del artículo 33 de la Ley 797 de 2003, pues para esa data contaba con 1130.31 semanas que para el año 2009 fecha en que cumplió el requisito de edad, correspondía a 1150 semanas. Decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior, mediante sentencia de 8 de julio de 2015.

Precisado lo anterior, la falladora de primera instancia en el caso de marras encontró identidad de partes, pues en el anterior proceso era demandante la misma que en el presente asunto y parte demandada COLPENSIONES, destacó

que si bien se adiciona a PORVENIR S.A. en el presente asunto, las pretensiones van dirigidas únicamente en contra de COLPENSIONES, las cuales buscan conforme la *causa petendi* y los fundamentos de derecho el reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo la egida del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, fundándose el presente en proceso en las mismas causas que el anterior y tener identidad de objeto.

En ese orden de ideas determinó que si bien en el caso de autos se incluyeron nuevos hechos, lo cierto es que los mismos no aportan nuevos elementos de juicio ni tienen la trascendencia de variar la decisión proferida por ese mismo estrado judicial en el proceso 2014-00114, estimando un derecho que ya fue negado al encontrarse acreditado que la demandante no cumple con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, y tampoco cumplió con los requisitos del Acto Legislativo 01 de 2005 para que se le extendiera el régimen de transición al 31 de diciembre de 2014, además, no de no acreditar las exigencias consagradas en el artículo 33 de la Ley 797 de 2003. Lo que le impide pronunciarse sobre un proceso que ya fue legamente concluido, concluyendo así que el presente asunto se encuentra excluido de pronunciamiento por hacer tránsito a cosa juzgada.

III.- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En la medida en que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones de la libelista, resulta indispensable entrar a realizar el análisis de la presente providencia en el grado jurisdiccional de consulta.

IV.- CONSIDERACIONES:

4.1. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

4.2. PROBLEMA JURÍDICO:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá establecerse si la excepción de cosa juzgada formulada por COLPENSIONES goza de prosperidad como lo decidió la falladora de instancia, o si, por el contrario, no se configuran los presupuestos que rigen la materia para su procedencia.

De no configurarse el medio exceptivo, la Sala entrará a analizar de fondo el petitum perseguido por la demandante señora MARÍA ELVIRA DUARTE NIETO.

4.3. DE LA PROCEDENCIA DE LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA:

Para desatar la controversia, es necesario acudir a lo establecido en el artículo 303 del C.G.P, norma aplicable al presente caso por remisión normativa del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S, consagrando la primera norma el fenómeno jurídico de cosa juzgada en los siguientes términos:

“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

“Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos”.

Esta institución garantiza la seguridad jurídica, pues impide la toma de decisiones contradictorias en un mismo asunto, cerrando la posibilidad de que

sean sometidas a un nuevo debate judicial.

Frente a dicha institución, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha precisado entre otras, en la sentencia SL-8658 de 2015, rememorada en la sentencia SL-1303 de 2018, que:

“[...] es preciso recordar que el art. 332 del C.P.C., aplicable a los juicios del trabajo por virtud de la remisión a que se refiere el art. 145 del C.P.L. y S.S., le otorga fuerza de cosa juzgada a la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso «siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes»; de donde se infiere que tal institución fue consagrada con el fin de preservar el principio de seguridad jurídica y evitar que respecto de unos mismos hechos, se produzcan decisiones contradictorias”.

Igualmente, el máximo órgano de cierre en sentencia SL3915-2021, Radicación No. 8220 del 23 de agosto de 2021 enfatizó que:

“De igual forma, dicha figura tiene como propósito dejar en firme todas aquellas decisiones que hayan sido pronunciadas por los jueces conforme a derecho, para no reactivar dichos procesos de manera indefinida, alterando así la seguridad jurídica que para las partes representa un fallo proferido.”

Así las cosas, descendiendo al caso sub examine, debe dejarse se presente los siguientes tópicos que no fueron refutados en primer grado:

- (i) Que la demandante suscribió formulario de afiliación al Fondo de Pensiones HORIZONTE en junio de 1998, sociedad que, mediante comunicación de 2 de octubre de 2007, le informó que, al solucionar los casos de múltiple vinculación, se determinó que se encontraba válidamente afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y por tanto gestionaría la transferencia de sus aportes.

- (ii) Que COLPENSIONES mediante Resolución No. 102467 del 18 de diciembre de 2009, negó la prestación pensional ya que solo contaba con 730 semanas cotizadas desde su ingreso al 30 de septiembre de 2009, de las cuales 359 semanas fueron en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, pedimento que nuevamente fue negado en Resolución GNR204092 de 13 de agosto de 2013.
- (iii) En virtud de lo anterior, la demandante presentó demanda ordinaria laboral, la cual correspondió al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá con el radicado 2014-00114, el cual, mediante sentencia proferida el 16 de abril de 2014, absolvió a la encartada de las pretensiones elevadas en su contra, por cuanto no acreditó los requisitos de ley para dar aplicación al régimen de transición conforme lo preceptuado en el Acuerdo 049 de 1990 y tampoco contaba con las exigencias de la Ley 797 de 2003 (Fls. 41 a 42 incluido Cd de audio).
- (iv) Que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en sede de segunda instancia y en sentencia proferida el 8 de julio de 2015 confirmó la sentencia apelada (Fls. 43 a 44 incluido Cd de audio).
- (v) Que posteriormente COLPENSIONES negó la pensión de vejez mediante resolución GNR 107410 de 18 de abril de 2016, en la que nuevamente estudió el cumplimiento de los requisitos del régimen de transición y de la Ley 797 de 2003 (Fls. 71 a 74).

Pues bien, la promotora de la litis aportó la decisión que fue adosada a folios 41 a 44, junto con los respectivos audios, en la que se aprecia que la señora MARÍA ELVIRA DUARTE NIETO demandó a COLPENSIONES, para que le fuera reconocida la pensión de vejez, dando aplicación al régimen de transición,

pedimento que aduce en esta oportunidad le fue negado en razón a que perdió el régimen de transición al haber sido trasladada de régimen pensional de forma unilateral por parte de su empleador COOPERATIVA DE DE TRANSPORTADORES RADIO TAXI LTDA.

Así las cosas, en atención del primer requisito de la cosa juzgada, esto es, la identidad de partes logra colegir la Sala sin dubitación alguna que se configura, en tanto, el proceso ordinario laboral con radicación 2014-00114 adelantado en el mismo Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá y el que aquí nos ocupa, pues versan sobre los mismos sujetos procesales como lo son MARÍA ELVIRA DUARTE NIETO en calidad de demandante y COLPENSIONES como demandada.

Ahora, aunque ciertamente en el presente trámite, se convocó adicionalmente a PORVENIR S.A. antes HORIZONTE, lo cierto es que la aquí demandante también fungía como tal en dicho proceso y COLPENSIONES también fue llamada a juicio, máxime cuando el *petitum* en el presente asunto se dirige solo frente a COLPENSIONES, de lo que se colige razonablemente como se anunció, que el primero de los requisitos fue cumplido.

Frente a la identidad de objeto, es evidente que la pretensión principal formulada en este asunto por la demandante gravita en torno a que se le reconozca y pague la pensión de vejez, por ser beneficiaria del régimen de transición bajo los preceptos del Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Decreto 758 del mismo año, argumentando sus súplicas en el hecho que dicha prestación pensional debe ser atendida pues no perdió el régimen de transición, no obstante haber sido trasladada de régimen pensional de forma unilateral por parte de su empleador en junio de 1998, pues en su sentir cuenta con el requisito de edad y semanas en los últimos 20 años anteriores a la edad de jubilación.

De otra parte, de la lectura del proceso ordinario laboral con radicación 2014-00114, que inicialmente fuese conocido por el mismo estrado judicial que en esta oportunidad funge como fallador de primera instancia, se puede apreciar que la actora instauró demanda con el propósito de obtener una pensión de vejez a partir del 26 de febrero de 2009, fecha en la que cumplió la edad de 55 años, además se reconocieran las semanas cotizadas por sus empleadores que se encontraban sin contabilizar en la historia laboral y el pago de los intereses moratorios, prestación que había sido negada por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, mediante Resolución 102467 del 18 de diciembre de 2009, al no cumplir con los requisitos establecidos en el régimen de transición, y que en Resolución GNR 204092 de 2013, se le indicó que había perdido dicho régimen al trasladarse.

En tal sentido, la Sala puede colegir la configuración del requisito de identidad de objeto, como quiera que desde el proceso ordinario laboral No. 2014-00114 la demandante se encontraba persiguiendo la prestación pensional de vejez con aplicación de lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, ocasión en la que además de tenerse en cuenta los periodos que fueron cotizados por el empleador COOPERATIVA DE DE TRANSPORTADORES RADIO TAXI LTDA., al fondo de pensiones HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., se precisó que la activa no cumple con los requisitos para conservar la transición, no por el traslado de régimen, situación que nunca ocurrió, sino porque no cumple con los requisitos consagrados en las normas que regulan dicho régimen para así, ser beneficiaria del mismo, ni las reguladas en la Ley 797 de 2003, decisión que fue confirmada por esta Corporación.

De cara a lo indicado, para esta Sala no cabe duda que el objeto de la presente litis ya fue abordado dentro del proceso 2014-00114, pues allí quedó plenamente consignada la improcedencia de la pensión de vejez en aplicación del régimen de transición, misma que la actora persigue por segunda ocasión



dentro de este proceso, por lo que es menester acotar que la pérdida del régimen como consecuencia del traslado aparentemente unilateral por parte del empleador COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES RADIO TAXI LTDA., al Fondo de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ya había sido abordado en el citado proceso como se expuso, lo que permitió al fallador entrar a analizar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los preceptos normativas que regulan el régimen de transición, por lo que al no encontrarlos satisfechos absolvió de tal pedimento, en sentencia de 16 de abril de 2015, la que fue confirmada en segunda instancia en sentencia de 8 de julio de 2015.

Aspectos estos, que no difieren de los que en esta ocasión concita la atención de la Sala, pues las súplicas siguen siendo las mismas que en el anterior proceso, las que no necesariamente deben ser una réplica de las solicitudes dentro del proceso 2014-00114, pues se itera ya fueron solucionadas con antelación; circunstancia por la cual, al configurarse los requisitos de la excepción de cosa juzgada, le asiste razón a la falladora de instancia de haberla declarada como probada, circunstancia por la cual, la decisión de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad.

SIN COSTAS en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de mayo de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

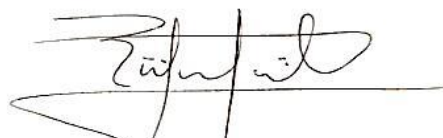
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado
Con Impedimento



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

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