



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 28-2020-00094-01**

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

**DEMANDANTE: GEORGETTE BARRAGAN ASSIS**

**DEMANDADO: COLPENSIONES  
AFP PORVENIR S.A.**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP  
PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES) // CONSULTA  
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de julio de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

La parte demandante (fls.60-62), la parte demandada AFP Porvenir SA (fls.65-72), presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 23 de agosto de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

## ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Georgette Barragan Assis instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA. y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 3, con subsanación de demanda a folios 29 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la nulidad del traslado del RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones, al RAIS con Porvenir realizado por la demandante.
2. Se ordene el traslado de los aportes realizados en Porvenir con destino a Colpensiones.
3. Se ordene a Colpensiones aceptar la vinculación de la demandante.
4. Se falle ultra y extra petita.
5. Se condene en costas a las demandantes en caso de oposición.

## CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: AFP Porvenir SA (fls.43) y Colpensiones (fls.45), de acuerdo al auto del 25 de septiembre de 2020, Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

## SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 28 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 19 de julio de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la actora al RAIS de fecha 31 de agosto de 1999 por intermedio de AFP Porvenir S.A., y en consecuencia declaro como afiliación válida la del RPM administrado hoy por Colpensiones. **CONDENÓ** a Porvenir S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones, o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones. **CONDENÓ** a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el RPM y a actualizar su historia laboral. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **CONDENÓ** en costas a las demandadas, señalando como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora. **ORDENÓ** en grado jurisdiccional de consulta ante el superior.

## RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (AFP Porvenir SA)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

Pide tenerse en cuenta, que si bien existen precedentes del órgano de cierre de la jurisdicción común citada por A-QUO, como lo ha manifestado el honorable Tribunal en diferentes salas, no se debe aplicar el precedente de manera objetiva, ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto.

Expresa que no le asiste razón al fallador de primera instancia en declarar la ineficacia del traslado con base en la falta de información, cuando no le era obligatorio a Porvenir brindar la misma a la demandante, teniendo en cuenta la circular número 19 de 1998, emitida por la Superintendencia financiera de Colombia, la cual tenía como única exigencia establecida a efectos de que se entendiera no solo materializado si no válido el traslado del régimen pensional, que los afiliados prestarán su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario de conformidad con las disposiciones sobre el particular, tal como ocurrió en el presente asunto, que Porvenir cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo, y la permanencia de la actora en el régimen de ahorro individual administrado por Porvenir SA ha sido una decisión libre, voluntaria e informada que se ha ratificado con el tiempo.

También dice que no es razonable deducir la ineficacia del traslado, sea por falta del consentimiento o por vicios en el mismo, toda vez que reitera se le brindó a la demandante una asesoría oportuna en donde le informó ampliamente sobre las implicaciones de su decisión sobre el funcionamiento del RAIS y las condiciones pensionales, tal como se aprecia en el formulario suscrito.

Señala que en el presente caso se da el fenómeno establecido en el artículo 1752 y siguientes del Código Civil relativas al saneamiento del consentimiento por ratificación tácita, la cual dice opera de manera automática, teniendo en cuenta que la demandante realizó aportes y traslados del régimen individual de manera personal y voluntaria, lo que, de haber existido algún tipo de vicio en el consentimiento, la misma demandante lo ratificó con su decisión de trasladarse de régimen y permanecer con él en su propio actuar y con el paso del tiempo.

Menciona que no se puede aducir que Porvenir hubiese faltado al deber de información, obligándola a portar documentos que para la fecha del traslado no eran obligatorios como lo son simulaciones, pensionales y demás documentales que aduce la parte demandante,

Como lo pone de presente en la Ley 1328 del 2009, en su artículo tercero, literal C, y artículo 9 Establece el deber de información que tienen las AFPS con los usuarios al momento de su traslado, obligación que se cumplió a cabalidad en dicho momento.

Refiere que la Ley 1748 del 2014, es la que hace alusión a la obligación de hacer una proyección total de todo lo que a pensión se refiere establece la obligación de enviar extractos de la cuenta de ahorro individual. Sin embargo, pide se tenga en cuenta la vigencia de esta norma es a partir del 26 de diciembre del 2014, razón suficiente para establecer que al momento del traslado no era obligatorio la entrega de documentos y bastaba con la asesoría verbal, por lo que no es dable dar por sentado la falta de información al momento del traslado.

### **Gastos de administracion**

Manifiesta que no es factible ordenar la devolución de gastos de administración, pues de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 del 93, también en el régimen de prima media se destinará el 3% de la cotización a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y de sobrevivencia, dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión, por ello están sujetos a la prescripción. Además resalta que, la Superintendencia financiera, en concepto del 17 de enero del 2020, indicó de forma expresa que en los eventos en que procede la ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la prima de seguros previsional, en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni la Comisión de Administración.

Alerta que el hecho de ordenar el traslado de estos gastos a Colpensiones se considere un enriquecimiento sin causa a favor de la demandada, en la medida que no existe norma que disponga tal devolución, pues de forma clara y sin lugar a interpretaciones diferentes, el artículo 113 del literal B de la Ley 100 del 93 mencionaba cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen, esto es, el saldo de la cuenta individual incluidos los rendimientos, lo que evidencia que no están destinados a financiar la prestación del afiliado y, por ende, no pertenecen a él, sino al fondo privado como contraprestación de la excelente gestión que Adelanto para incrementar el capital existente de la cuenta individual del afiliado.

Finalmente exhorta a declararse la prescripción respecto a la devolución de gastos de administración, de primas de seguros o cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta de ahorro individual del afiliado de rendimientos financieros, por cuanto no corresponden estos valores pertenecer a los afiliados en ninguno de los dos regímenes pensionales, en

cuanto no financian la pensión de vejez, no puede predicarse de su imprescriptibilidad; característica de la que goza el derecho pensional.

La **parte demandada (Colpensiones)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

Solicita al AD-QUEM revocar en su totalidad la sentencia y señala como argumento de alzada que este caso valorado bajo la figura de la ineficacia y no la nulidad, se evidencia que con el paso del tiempo a parte actora nunca realizó actos que sufrieran su no intención o inconformidad de pertenecer a la AFP.

Señala que a la fecha se tiene una densidad considerable de años que no denota que las alegadas vicio, engaño o falta de información, sean contrarias al fenómeno jurídico de la ratificación, que perfecciona la acción eficaz con ocasión al artículo 898 del Código de Comercio e igualmente en sentencias SL 413 del 2018, Magistrada ponente Claudia Cecilia Dueñas, en cuanto no se puede concluir que exista un acto ineficaz, homogéneo, cuantificable en décadas y percatarse de ello solo hasta estar a puertas de la causación de la pensión de vejez.

#### **CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA efectuado por el (la) señora **Georgette Barragan Assis** el día 31 de agosto 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Porvenir devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 31 de agosto de 1999 con efectividad a partir del 1 de octubre de 1999 (fl.43 CONT PORVENIR Rad. 2020-0094.pdf pg. 62)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

**1-**La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales

debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos por razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril

3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

**3-**Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adocinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde recordó la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo de la demandante. AFP Porvenir SA aportó: Copia del certificado SIAFP, copia del formulario de vinculación suscrito por la parte actora con Porvenir S.A el día 31 de agosto del año 1999, copia de la respuesta emitida con Rad. Porvenir.0100222102618500, a la solicitud de nulidad de la vinculación presentada por la parte actora, copia del certificado de vinculación emitido el día 13 de octubre de 2020, copia de la relación de aportes de la demandante, emitida el día 13 de octubre de 2020, copia de la relación histórica de movimientos de la CAI de la parte actora, emitida el día 13 de octubre de 2020, copia de la historia laboral consolidada de la demandante, emitida el día 13 de octubre de 2020, copia de la historia laboral del bono pensional de la demandante emitida por la OBP del ministerio de hacienda y crédito público el día 13 de octubre de 2020, copia del bono pensional de la demandante emitida por la OBP del ministerio de hacienda y crédito público el día 13 de octubre de 2020, copia de la página de periódico El Tiempo del 14 de enero de 2004, copia simple del "Comunicado de Prensa" antes referido copia del concepto de la Superintendencia Financiera De Colombia Rad. N.º 2019152169-003-000 del 17 de enero del 2020.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 31 de agosto de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado 31 de agosto de 1999, la demandante tenía 560 semanas (fl.43 CONT PORVENIR Rad. 2020-0094.pdf pg. 81) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 29 años (nació el 07 de noviembre de 1965 – fl 25) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, para el año 2022 podría pensionarse en el en el RPM (actualmente ha cotizado más de 1584 semanas fl.43 CONT PORVENIR Rad. 2020-0094.pdf pg. 81), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP Porvenir S.A.

Finalmente, respecto del argumento expuesto por la apoderado de la demandada AFP Porvenir S.A. en cuanto a la no devolución de gastos de administración ni seguros previsionales, debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: *“Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).”*, despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentada por la AFP Porvenir S.A.

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora **Georgette Barragan Assis** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Porvenir S.A. el 31 de agosto de 1999.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

#### **COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso a las apelantes AFP Porvenir S.A y Colpensiones, habrá lugar a condenarlos en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

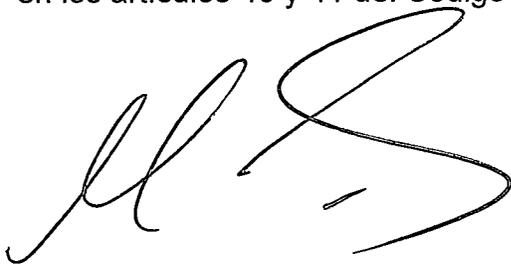
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 19 de julio de 2021 por el juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las partes demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310502820200009401)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310502820200009401)

*Aelano Voto*



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310502820200009401)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 37-2019-00596-01**

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

**DEMANDANTE: OMAIRA MERCADO DEVIA**

**DEMANDADO: COLPENSIONES  
AFP PORVENIR S.A.  
AFP OLD MUTUAL S.A  
AFP COLFONDOS S.A.**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP  
PORVENIR Y COLPENSIONES) // CONSULTA  
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá el día 8 de julio de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

La parte demandante (fls.322-324), la parte demandada Porvenir S.A. (fls.316-320) Colpensiones (fls.326-328) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado

en auto de 2 de agosto de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

### ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Omaira Mercado Devia instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA, AFP Colfondos S.A., AFP Old Mutual S.A. y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 3, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que realizó el día 19 de abril de 1994 la demandante del ISS hoy Colpensiones, a Colpatria, hoy AFP Porvenir S.A, por la indebida y nula información que suministro el fondo privado a la demandante, para convencerla que se trasladara de régimen pensional, dando aplicación a lo establecido por la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, mediante las sentencias reconocidas con los radicados N°(s) 31989 del 9 de septiembre de 2008, 33083 del 22 de noviembre de 2011, 46292 del 3 de septiembre de 2014, SL 17595 del 18 de octubre de 2017, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 361 del 13 de febrero de 2019, SL 1452 del 3 de abril de 2019, SL 1421 del 10 de abril de 2019, y SL 1688 del 8 de mayo de 2019
2. Se ordene anular los traslados entre administradoras efectuados por la demandante el 1 de septiembre del 2011 de Porvenir S.A. a Colfondos S.A. y el 1 de diciembre de 2013 de Colfondos S.A. a Skandia-Old Mutual.
3. Se ordene a las demandadas Colpensiones, Porvenir S.A., Colfondos S.A., y Old Mutual, realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen efectuado el 19 de abril de 1994 por la demandante.
4. Se ordene a Old Mutual S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante.
5. Se ordene a Colpensiones recibir en esa administradora sin solución de continuidad a la demandante.
6. Se ordene a Colpensiones, una vez reciba los aportes de la demandante de parte de Old Mutual S.A., proceda a corregir y actualizar la historia laboral de la demandante.
7. Se declare que para todos los efectos la única afiliación válida de la demandante fue la efectuada el 17 de septiembre de 1982 al RPM.

8. Se condene en costas y gastos del proceso a las codemandadas Colpensiones, Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Old Mutual S.A.
9. Se condene lo extra y ultra petita que se prueben a lo largo del proceso.

#### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls.170-178), Porvenir S.A.(fls.215-233), Skandia-Old Mutual (fls.245-251) de acuerdo al auto del 14 de noviembre de 2019, Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito. AFP Colfondos SA no se opone a las pretensiones, salvo la condena en costas (fl.197)

#### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **Juzgado 37 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 8 de julio de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del acto jurídico de traslado que efectuó la demandante Omaira Mercado Devia del RPM al RAIS administrado por Colpatria hoy Porvenir, que tuvo como fecha de suscripción el 19 de abril de 1994, y en consecuencia, establecer que la afiliación válida de la demandante corresponde al RPM. **CONDENÓ** a la AFP Skandia S.A., a transferir a Colpensiones todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con bonos pensionales, rendimientos financieros. **CONDENÓ** a Colpensiones, a admitir el traslado de régimen pensional de Omaira Mercado Devia y a aceptar los valores que remita Skandia S.A. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas. **CONDENÓ** en costas, incluidas las agencias en derecho a las demandadas AFP Porvenir S.A. y AFP Colfondos S.A. por la suma equivalente a 1 SMMLV. **ORDENÓ** remitir al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

#### **RECURSO DE APELACIÓN**

La **parte demandada (Colpensiones)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

Primero menciona que en el interrogatorio de parte absuelto por la parte demandante, se vislumbra que, si bien, la actora sintió un temor o una presión por parte de su empleador en el año 1994, cuando se vinculó a la AFP Colpatria, por ser del mismo grupo empresarial en la cual laboraba, dice que pudo abstenerse de firmar dicho documento o solicitar la asesoría de un ejecutivo comercial de dicha entidad, que le brindará una mejor percepción del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Menciona que esto no ocurrió, y por el contrario, ella diligenció y firmó el documento sin percatarse de la información detallada contenida en él, así mismo dice que la demandante expresó no conocer que alguno de sus compañeros fuera despedido por negarse a firmar el formulario de vinculación, por lo que no era un imperativo dicha suscripción.

Señala que en el formulario que suscribe en el año 2000 a la AFP Porvenir, la demandante manifestó que lo firmó libre y voluntariamente, pues el fondo de Colpatria se encontraba en liquidación y Colpatria le había vendido a la AFP sus acciones, la demandante pudo en este momento retornar al régimen de prima media con prestación definida y no lo hizo, sino que afianzó su decisión de seguir en el régimen de ahorro individual con solidaridad para este momento no había fuerza o constreñimiento al tomar dicha decisión.

Señala también que 3 años después la demandante decide trasladarse a la AFP horizonte, administradora que no tenía ninguna relación con su empleador, y expresó, también, suscribirse voluntariamente a este fondo con base en la información suministrada, información que no recuerda en su dicho.

Refiere que la demandante declaró recibir extractos por parte de las últimas administradoras a las cuales estuvo afiliada, en las cuales se aseguraba tuviese las semanas cotizadas y el monto ahorrado de los cuales no realizó ninguna reclamación u objeción al respecto.

Además menciona que cuando se le preguntó qué pasó con las semanas que tenía en el instituto de seguros sociales, indicó que éstas serían acumulables para su pensión, concepto o definición que corresponde al bono pensional.

Dice el apoderado que se demuestra con lo señalado que las suscripciones de los formularios que realizó la demandante, los hizo bajo el principio de la buena fe y de la capacidad volitiva de esta de contratarse. Solicita tener en cuenta que la demandante, con el presente proceso judicial, pretende beneficiarse de su falta de diligencia. Dice que era su obligación verificar la información que se le hubiera suministrado por parte de las AFP a las que estuvo afiliada en los años 1994, 2003, 2011 y 2013, más aun cuando es una persona con formación profesional en administración de empresas y ha desempeñado labores financieras en una entidad bancaria por más de 30 años.

Enuncia que el desconocimiento de la ley no es excusa y que si tenía alguna inconformidad tuvo el tiempo necesario para manifestarlo y nunca lo hizo, y no después de más de 20 años de encontrarse afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad y cuando ya se encontraba inmersa en la posibilidad de trasladarse establecida en el literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Señala también que la inconformidad de la actora de su permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad solo gira en torno al valor de lo que sería el monto de su mesada pensional, situación que se encuentra claramente definida en la ley 100 del 93 y

sus decretos reglamentarios. Pero señala igualmente que la mesada pensional no obedece la arbitrariedad de las administradoras de pensiones, situación que no da lugar a la ineficacia o nulidad del traslado pensional.

Finalmente pide tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera. Contemplado en el artículo 48 de la constitución de 1991, adicionado por el artículo 1° del acto legislativo 001 de 2005, que impacta en la reserva del sistema pensional. Dice que es evidente que el eventual traslado de régimen pensional de la demandante afecta significativamente el sistema financiero del régimen de prima media, teniendo en cuenta la variación porcentual de la destinación del aporte en ambos regímenes pensionales, a falta de contribución de la demandante al fondo común que financia las pensiones en el régimen de prima media, la carga que generaría en los demás afiliados de soportar un eventual reconocimiento pensional en favor de la demandante que no ha construido un derecho pensional en el régimen de prima media derivando un menoscabo patrimonial a la entidad.

Finaliza solicitando a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, sala laboral, revocar el fallo proferido en lo pertinente. De manera subsidiaria y en caso de que se confirme el fallo, solicita se confirme la absolución de costas y que se confirme la devolución de aportes con los respectivos rendimientos y se acceda retornar los gastos de administración, a fin de atenuar el impacto económico que recibirá Colpensiones con ocasión de la afiliación válida de la actora al régimen de prima media que administra.

**La parte demandada (Porvenir S.A.)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

Precisa que el A-QUO Indica que se presenta el fenómeno de la ineficacia en razón a una falta de información, sin embargo, dice que, no se puede declarar dicha figura jurídica como quiera que para que se dé su declaratoria deben existir actos que impiden o atentan la afiliación de trabajadores, es decir, cuando se realizan actos con dolo para impedir o atentar contra la libertad del afiliado. Lo que supone una intención de causar daño. Señala que en este caso no se acreditó acciones de dolo por parte de Porvenir, y si bien, la actora aduce que por motivos de su empleador generó la afiliación con Colpatria, la misma, no efectuó denuncia alguna u oposición a tal proceder.

Ratifica aunado lo manifestado en alegatos de conclusión, respecto que del interrogatorio de parte se puede colegir que la demandante no se preocupó en su momento por conocer su futuro pensional, por conocer qué modalidades de pensión a las cuales podría acceder en el régimen de ahorro individual, y a su vez, tampoco generó alguna inquietud respecto de las afiliaciones, que surtió de manera principal con Colpatria y de manera posterior, horizontal con otros fondos privados.

Señala que con posterioridad al primer traslado la actora generó una filiación con Porvenir, donde se le entrega una asesoría por unos 15 minutos, tuvo un asesor al cual este le informó

respecto de la decisión que estaba tomando. Destaca que la demandante, conocía unos extractos emitidos por el régimen de ahorro individual, en los cuales podría verificar sus rendimientos, su capital y demás, en este sentido, no se puede endilgar a Porvenir que obra un engaño o que se pueda manifestar un vicio en el consentimiento puesto que la demandante, si bien adujo en el interrogatorio que su afiliación únicamente se surtió debido a una necesidad de su empleador, y una orden, la misma, tal como se reiteró, no realizó denuncia alguna.

Porvenir no comparte el fallo del A-QUO como quiera que la demandante, en su realidad jurídica, sí efectuó una afiliación al régimen de ahorro individual, generó aportes, siendo beneficiaria de los rendimientos, aumentando su capital conforme a los reglamentos, procedimientos del régimen de ahorro individual por más de 20 años. Hecho que pide a los señores Magistrados no sea desconocido.

Dice que tampoco comparte que el formulario de afiliación no sea una prueba total para indicar la información entregada a la demandante, puesto que ha de decirse y mantenerse, que este documento era el único que se exigía para la época en que la demandante realizaba su afiliación en el RAIS, claramente este formulario de afiliación sí demuestra y materializa que hubo la información necesaria para que la demandante se trasladara al régimen de ahorro individual y, mantuviera su permanencia en dicho régimen.

Señala que en ese sentido Porvenir si cumplió de manera literal con las normas expedidas para el momento en que se realiza la vinculación con la AFP, pues la suscripción del formulario por parte de la demandante se encuentra, ejercido bajo los derechos de libre escogencia de régimen pensional, libertad y voluntad, la cual pues fue ratificada conforme a la permanencia y los traslados realizados por la parte actora.

Solicita a los señores magistrados estudiar debidamente el fallo del A-QUO emitido, teniendo en cuenta, las circunstancias de la demandante, el objeto del mismo y que a su vez debe manifestarse, que tal como lo declaró la demandante en interrogatorio de parte, su aspiración pensional es la que se ve hoy afectada, más no que haya sido iniciado su consentimiento para la fecha en que se afilia al régimen de ahorro individual. Hecho que dice, no puede ser una causal para declarar una eficacia, solo por el mero hecho de que la demandante no se encuentra conforme a la mesada pensional que pueda adquirir en el régimen de ahorro individual.

Reitera que Porvenir sí cumplió a cabalidad con el deber de información y entregó la información necesaria y además de ello colocó a disposición de la demandante los canales de atención, canales gratuitos a través de la telefonía para que la cual estaba en su momento vigente, los canales de atención en oficinas presenciales a los que podía asistir debidamente la demandante, pero que nunca agotó, y en ellos se considera que Porvenir sí cumplió a cabalidad y, por lo mismo, solicita nuevamente a los señores Magistrados se revoque, en su caso dado la condena en costas, teniendo en cuenta que Porvenir no generó

ninguna actuación que viciara el consentimiento de la demandante, sino que, concedió esa libre escogencia del régimen pensional, la cual es una decisión libre, voluntaria y exclusiva de la demandante, en la que no estuvo inmersa Porvenir, puesto que dice es inalienable a la persona.

Señala finalmente que se opone en cuanto a la condena en costas y solicita también se dé un estudio debido, puesto que es comprensible la existencia de una prohibición legal, está contenida en la ley 797 del 2003, pues hoy se está omitiendo tal circunstancia, rindiendo o generando un retorno a Colpensiones a partir de una ineficacia del traslado.

Finalmente solicita sea revocado el fallo del A-QUO y/o en su medida, manera parcializada se revoque la condena en costas a Porvenir, teniendo en cuenta que sí se cumplió a cabalidad los criterios de información que debían ser entregados a la demandante para la fecha en que se realiza su primera afiliación.

### **CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA efectuado por el (la) señora **Omaira Mercado Devia** el día 19 de abril de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Skandia S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Colpatria hoy AFP Porvenir S.A. el 19 de abril de 1994 con efectividad a partir del 1° de mayo de 1994, se trasladó a la AFP Porvenir el 28 de febrero de 2000 con efectividad a partir del 1° de abril de 2000, se trasladó a AFP Horizonte hoy AFP Porvenir S.A. el 14 de septiembre de 2001 con efectividad a partir del 1 de noviembre de 2001 (fl.234), posteriormente se trasladó a la AFP Colfondos a partir del 1° de septiembre de 2011 (fl.235), para luego trasladarse a la AFP Skandia S.A el 3 de octubre de 2013 (fl.265)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

**1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de**

unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos por razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

**2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril**

3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

**3-Finalmente**, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde recordó la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo de la demandante. AFP Porvenir SA aportó: historial asofondos SIAFP, certificado de egreso emitido por Porvenir, formularios de afiliación Colpatria y Porvenir, copia de publicación en el diario El Tiempo, copia concepto Superfinanciera del 17 de enero de 2020. AFP Skandia S.A. apporto: formulario de afiliación con AFP Skandia, estado de cuenta individual, historia laboral consolidada, documentos radicados ante Skandia y las respuestas dadas a la demandante.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 19 de abril de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y

la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado 19 de abril de 1994, la demandante tenía 596,86 semanas (fl.271) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 2 de febrero de 1962 – fl 57) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría haberse pensionado en el RPM en el año 2019 (Actualmente ha cotizado más de 1911,57 semanas fl.271), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital con lo cual se disminuiría ostensiblemente la mesada pensional, y que para tener una siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden

todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP Porvenir S.A., AFP Colfondos S.A ni AFP Skandia S.A.

Ahora bien, conforme el punto de apelación de la demandada Colpensiones sobre la calidad no lego de la actora, aduciendo que es una persona con formación profesional en administración de empresas y que ha desempeñado labores financieras en una entidad bancaria por más de 30 años, recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

*“(...) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto. (...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión (...). Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido*

*información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)"*

Por lo anterior, al señalar en la apelación que al no ser un afiliado lego por su nivel educativo, es claro que los fondos tienen el deber de suministrar una información veraz y completa para cualquier nuevo afiliado, pues independientemente de la formación académica de la parte actora, no lo hace experta en materia pensional y se debe demostrar lo que se le informó sobre su expectativa pensional, ya que posteriormente se pone de trasfondo la necesidad de regresar al fondo de pensiones público, una vez se develan las verdaderas expectativas en materia pensional.

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas

Respecto a la inconformidad de la AFP Porvenir S.A., en la que manifiesta que cumplió con su deber de información, sustentando esto en que el afiliado suscribió el respectivo formulario de afiliación, se reitera que mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

Por las razones anteriormente expuestas la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo al declarar la ineficacia del acto de traslado de la señora Omaira Mercado Devia del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad. Dicho lo anterior resulta consecuente se aclare que, va incluido el reconocimiento y pago de la totalidad de los rubros que recibió la AFP Porvenir S.A. como las AFP Colfondos S.A. y Skandia S.A., tales como aportes, rendimientos, sumas adicionales, pues al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha sido clara en sentencia SL 1421-2019 rad 56174 del 10 de abril de 2019, que con la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos, incluyendo los gastos de administración, ya que dichos montos pertenecen al sistema general de seguridad social con el cual se financiara la pensión.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora **Omaira Mercado Devia** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Colpatria hoy AFP Porvenir S.A. el 19 de abril de 1994. , y en consecuencia los traslados posteriores entre los diferentes AFP, aclarando que con la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores descontados por los diferentes fondos por concepto de gastos de administración y primas de seguros previsionales, ya que dichos montos pertenecen al sistema general de seguridad social con el cual se financiara la pensión.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

#### **COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso a las apelantes AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, habrá lugar a condenarlas en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte

actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

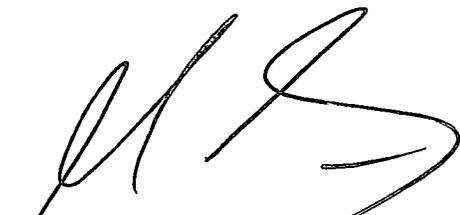
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 8 de julio de 2021 por el juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, pero conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, bajo el entendido que al declararse la ineficacia del traslado, han de devolverse todos los valores descontados por AFP Colfondos S.A., AFP Porvenir S.A. y AFP Skandia S.A., por concepto de gastos de administración y primas de seguros previsionales.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las partes demandadas AFP Porvenir S.A. Colpensiones y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310503720190059601)



**DAVID A. J. CORREA STEER**  
*Aclaro voto!*

(Rad. 11001310503720190059601)



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310503720190059601)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 29-2020-00268-01**

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

**DEMANDANTE: JOSE LUIS BEJARANO MORENO**

**DEMANDADO: AFP PORVENIR SA  
COLPENSIONES**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDADA  
(PORVENIR SA) CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir S.A.) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 2 Laboral transitorio del Circuito de Bogotá el día 29 de junio de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes con tarjeta profesional No.221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl 27)

La parte demandada Protección S.A. (fls.9-17) Colpensiones (fls.20-26) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 23 de agosto de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

### **ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) Jose Luis Bejarano Moreno instauró demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, y AFP Porvenir SA, debidamente sustentada como aparece a folios 4 “001Demanda” y “003SubsanacionDemanda” con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la nulidad de la afiliación y traslado efectuado por el demandante Jose Luis Bejarano Moreno del RPM al RAIS a la Sociedad Administradora De Fondos De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A por haber existido vicio en su consentimiento dado que se omitió brindarle una asesoría clara, completa, adecuada y eficaz sobre las consecuencias de dicha actuación.
2. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones a recibir la afiliación de Jose Luis Bejarano Moreno en el RPM sin solución de continuidad.
3. Que se condene a la Sociedad Administradora De Fondos De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A a trasladar a la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones la totalidad de los saldos de la Cuenta de Ahorro Individual del actor junto con las sumas que le puedan corresponder por conceptos de Intereses, Sumas Adicionales y Rendimientos sin descontar suma alguna por concepto de cuota de administración.
4. Que se condene a Administradora Colombiana De Pensiones - Colpensiones a que una vez recibida por parte de Sociedad Administradora De Fondos De Pensiones y Cesantias Porvenir S.A, las sumas que por virtud de la afiliación del actor tenía a su cargo, proceda a la corrección e imputación de los tiempos cotizados en su historia laboral.
5. Que se condene a las demandadas a lo que resulte de las facultades ultra y extra petita.
6. Que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Contestaron la demanda AFP Porvenir SA fl.4"006ContestacionPorvenir.pdf" y Colpensiones fl.4"007ContestacionColpensiones.pdf" de acuerdo al auto del 14 de octubre de 2020. Se opone a las pretensiones del (de la) demandante y propone excepciones de fondo.

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 2 Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá** en sentencia del 29 de julio de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del acto de traslado del señor José Luis Bejarano Moreno del régimen solidario de Prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado a través de la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías AFP Porvenir el día 21 de noviembre de 1997, con efectividad del 1° de enero de 1998 y, consecuentemente, que las cosas deben retrotraer a su estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporte. **CONDENÓ** a la administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir a devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores del señor José Luis Bejarano Moreno por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual que llegaron a ese fondo en los periodos en que estuvo afiliado, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al Fondo de Garantía de pensión mínima. **ORDENÓ** a la administradora de fondos de pensiones del régimen de ahorro individual Porvenir que proceda a trasladar a Colpensiones de manera inmediata la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por José Luis Bejarano Moreno y sus empleadores, junto con los rendimientos que hubiere producido el bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes del Fondo de Garantía de pensión mínima del RAIS o cualquier otra causa durante el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS. **ORDENÓ** a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación del señor José Luis Bejarano Moreno al régimen de prima media, con prestación definida por ella administrados, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de la afiliación inicial. **ABSOLVIÓ** en lo demás. **DECLARÓ** no probadas las excepciones de prescripción, así como las demás

propuestas por las demandas. **ORDENÓ** el grado jurisdiccional de consulta. **CONDENÓ** en costas.

### **RECURSO DE APELACION**

La **parte demandada (Porvenir S.A.)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

Considera que no se realizó una apreciación adecuada del interrogatorio rendido por la parte demandante, toda vez que según dice, el demandante, manifestó claramente que desde hace más de 15 años ya tenía claro que su decisión no había sido la mejor, sin embargo, se indicó que fue libre y voluntaria. Expresa además que la cual constituye una negligencia por parte del demandante y no se tuvo en cuenta porque él manifestó y aceptó expresamente que el descuido completamente su situación pensional, después de haber realizado dicho traslado.

Reitera que no esta de acuerdo con lo manifestado dentro del fallo respecto a la inaplicabilidad del régimen de nulidades absolutas relativas y de la ineficacia, la cual dice, sí se debe tener en cuenta al momento de analizar el caso.

Respecto a la decisión expresa de ordenar devolver los conceptos relacionados con los gastos de administración y otros conceptos que se habían entregado a terceras partes, como son las primas o la prima correspondiente al seguro previsional obligatorio que es necesario pagar para cubrir los riesgos de pensión de invalidez o pensión de sobrevivientes; Manifiesta que dichos recursos fueron entregados a terceros, con lo cual dice, se está desconociendo la buena fe de estos hechos.

Solicita a los magistrados del honorable Tribunal revisar lo relacionado con la prescripción de los gastos de administración que se ordena en la providencia proferida. Señala que el principio de la imprescriptibilidad descrito sí aplica, efectivamente, frente a todos los derechos y todas las situaciones relacionadas con los derechos pensionales de los colombianos en general, sin embargo dice, ni en el régimen de ahorro individual ni en el régimen de prima media los gastos de administración hacen parte del derecho pensional del demandante, no afectan de ninguna manera la pensión que recibiría en el régimen de ahorro individual, y mucho menos en el régimen de prima media, en el cual para calcular la pensión del demandante se tiene en cuenta el tiempo y el valor del ingreso base de liquidación de cada uno de los aportes realizados, por lo cual expresa, no puede cobijarse con el fenómeno de la prescripción y debe decretarse respecto de los cuales se haya causado más allá de los 3 años que indican las normas laborales, tanto el Código sustantivo del trabajo como el Código de procedimiento laboral.

### **CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA efectuado por el(la) señor(a) **Jose Luis Bejarano Moreno** el día 21 de noviembre de 1997; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Porvenir SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Porvenir SA el 21 de noviembre de 1997 con efectividad a partir del 1 de enero de 1998. (fl.4 "006ContestacionPorvenir.pdf" pag78)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

**1-**La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos por razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del

decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

**2-**Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

**3-**Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con el demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde recordó la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda, Colpensiones aportó el expediente administrativo del demandante. AFP Porvenir aportó: Copia del certificado Asofondos SIAFP, copia del formulario de vinculación suscrito el día 21 de noviembre de 1997, copia de la página de periódico El Tiempo del 14 de enero de 2004, copia del concepto de la Superintendencia Financiera De Colombia Rad. N. °2019152169-003-000 del 17 de enero del 2020, copia respuesta del día 08 de septiembre del 2020 a la solicitud de la cuenta de pensión obligatoria del demandante, copia del certificado de egreso emitido el día 28 de octubre de 2020, copia de la relación histórica de movimientos de la CAI de la demandante emitida el día 28 de octubre del 2020, copia de la historia laboral consolidada de la demandante, emitido el día 28 de octubre de 2020 copia de la relación de aportes de la demandante, emitida el día 28 de octubre de 2020, copia historia bono pensional de la demandante emitida por la OBP, copia de bono pensional de la demandante emitida por la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Publico el día 28 de octubre de 2020.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 21 de noviembre de 1997, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado 21 de noviembre de 1997, el(la) demandante tenía 68 semanas (fl.4"006ContestacionPorvenir.pdf" pag119) por

tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 28 de marzo de 1962 – fl.4"SubsanacionDemanda.pdf"pag 10) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad podría pensionarse en el año 2024 en el RPM, (Actualmente ha cotizado más de 1.201semanas – (fl.4"006ContestacionPorvenir.pdf" pag119), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP Porvenir S.A.

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir S.A. en cuanto a la no devolución de gastos de administración debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: "Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).", despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por la AFP Porvenir S.A.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **Jose Luis Bejarano Moreno** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a la AFP Colmena hoy AFP Protección el 21 de noviembre de 1997.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

**COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso a la apelante AFP Porvenir SA., habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 29 de junio de 2021 por el juzgado 2 Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO:** En esta instancia a cargo de la parte demandadas AFP Porvenir S.A y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310502920200026801)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

*Aclaro Voto!*

(Rad. 11001310502920200026801)



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310502920200026801)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 04-2019-00885-01**

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

**DEMANDANTE: MARTHA INES ARDILA ORTIZ**

**DEMANDADO: COLPENSIONES  
AFP PORVENIR S.A.  
AFP PROTECCION S.A.**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP  
PORVENIR S.A., AFP PROTECCION S.A., Y  
COLPENSIONES) // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir, Protección y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 4 Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de junio de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

La parte demandante (fl.350), la parte demandada Colpensiones (fls.385) y AFP Porvenir SA (fls.352-383), presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 26 de julio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

## **ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) Martha Ines Ardila Ortiz instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA, AFP Protección S.A. y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 3, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declarativos:

1. Se declare la ineficacia de la afiliación del traslado efectuado por la señora Martha Ines Ardila Ortiz el día 15 de enero de 1999 con la sociedad administradora de fondo privado de pensiones y cesantías Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., toda vez que en la etapa precontractual no se le brindo información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la afiliación personal y concreta de la demandante.
2. Se declare en consecuencia, la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante a mediados del mes de mayo del año 2000 con la AFP Porvenir S.A., toda vez que en la etapa precontractual no se le brindo información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la afiliación personal y concreta de la demandante.
3. Se declare en consecuencia, la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante en el mes de octubre de 2001 con la AFP Protección S.A., toda vez que en la etapa precontractual no se le brindo información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la afiliación personal y concreta de la demandante.
4. Se retrotraiga las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tener entre sus afiliados a la señora Martha Ines Ardila Ortiz en el RPM como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático.
5. Se condene en costas y agencias de derecho a las demandadas.
6. Se condene extra y ultra petita.

## **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Contestaron la demanda: AFP Protección S.A. (fls.50-94) AFP Porvenir SA (fls.169-250) y Colpensiones (fls.120-167), de acuerdo al auto del 29 de enero de 2020, Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 4 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 21 de junio de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de la actora a la AFP Horizonte hoy AFP Porvenir suscrita el 15 de enero de 1999, y en consecuencia, **DECLARÓ** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se traslado al RAIS y por tanto siempre permaneció en el RPM. **CONDENÓ** a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración y comisiones. **CONDENÓ** a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones las sumas percibidas por concepto de gastos de administración y comisiones debidamente indexadas, por el periodo que la demandante permaneció afiliada a esa administradora. **ORDENÓ** a Colpensiones a aceptar el traslado de la demandante al RPM. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **CONDENÓ** en costas a las demandadas, en trecientos mil pesos (\$300.000) a cargo de Porvenir y seicientos mil pesos (\$600.000) a cargo de Protección. **ORDENÓ** en grado jurisdiccional de consulta ante el superior.

### RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (AFP Porvenir SA)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

#### **Ineficacia y/o nulidad**

Porvenir no comparte la apreciación que hace el despacho sobre la validez del traslado de la demandante. Considera que la vinculación se hizo respetando todos los requisitos legales para la fecha; esto es firmando, para ello, el respectivo formulario de vinculación, el cual, era el único documental que se requería para hacer de manera válida dicho traslado de régimen y era el único documento al cual estaba obligada Porvenir a guardar dentro de su archivo.

Refiere lo manifestado en distintas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, y dice si bien, como lo manifestó el despacho, el deber de información existió desde los inicios de las administradoras, denota que en las mismas sentencias se ha señalado que dicho deber ha tenido tanto un desarrollo legal como un desarrollo jurisprudencial progresivo que ha

hecho que se hayan incrementado las exigencias impuestas a las administradoras a lo largo del tiempo.

Considera que dentro de las consideraciones del despacho no se realizó la debida interpretación de la norma aplicable al momento para el que la demandante realizó el traslado de régimen, esto es para el año 99, es decir, la primera etapa de la información conforme a lo señalado la Corte Suprema de Justicia, respecto a dicho momento histórico en que la demandante ejerció su derecho a la libre elección se encontraban vigentes la Ley 100 del 93 y el Decreto 663 del mismo año que básicamente señalaban que debían indicarse características propias del régimen al que la demandante estaba afiliando, esto sobre todo enfocado en impedir una coacción en la escogencia del régimen, coacción que dice, no existió dentro del presente asunto y no se demostró por parte de la demandante.

Expresa que obligar a Porvenir a aportar un documental para acreditar la información dada, distinto al formulario, es obligar a lo imposible e imponerle una obligación que para la fecha del traslado no estaba vigente. Reitera que el único documental requerido era el formulario de afiliación. Dice que ni siquiera la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia obliga a allegar un documental distinto al formulario y, por el contrario, señala que las partes pueden usar cualquier medio probatorio para demostrar la información dada.

Manifiesta que conforme lo dicho por la demandante, no se apreció en debida forma dicha prueba, pues la misma señaló que sí recibió una asesoría previa a cada firma del formulario. Pide recordar que fueron 3 firmas con diferentes entidades distintas, en las cuales recibió una asesoría de 20 a 30 minutos en donde se le dio información sobre las características propias del régimen de ahorro individual. En donde mencionó algunas características que ella recuerda.

Asimismo menciona que la Corte Suprema de Justicia, en distintas jurisprudencias ha señalado que, si bien la ineficacia debe aplicarse en aquellos casos que se demuestre que no se dio información., de igual manera esto no puede entenderse como una doctrina que deba aplicarse de manera tajante a todos los casos; dice que contrario a ello, lo que manifiesta la Corte Suprema de Justicia es que debe verificarse cada caso en específico y cada particularidad de cada caso.

Señala que, dentro del asunto, se ha podido comprobar que la demandante ha realizado distintos actos que lo que dan cuenta es que ha tenido una voluntad firme de permanecer en el régimen de ahorro individual y el único reproche que tiene hoy, es lo concerniente a la mesada pensional, situación que dice no resulta suficiente para declarar la ineficacia, e incluso porque al remitirse a la finalidad del sistema general de pensiones, no es reemplazar el ingreso ordinario que estaba recibiendo el afiliado, sino, contrario a ello, sustentar para que las contingencias de invalidez, vejez y muerte, que, de igual manera se sustentan en el presente asunto.

Aduce que mediante el interrogatorio de parte, quedó comprobado que la demandante sí recibió la debida información y reitera que el hecho de que no se hayan realizado proyecciones o no se hayan advertido posibles consecuencias con ocasión del traslado o no se le haya desanimado, como indicó el despacho a afiliarse al régimen de ahorro individual, no implica que se haya vulnerado el derecho a la información, pues dice que a la demandante se le informaron las características del régimen de ahorro individual y, conforme a ello, era esta la que debió escoger a qué régimen quería pertenecer. Expresa igualmente que tuvo distintas oportunidades para retornar al régimen de prima media, situación que no realizó y lo que decidió fue continuar afiliada al régimen de ahorro individual en distintas administradoras.

### **Gastos de Administración**

Apela la condena a devolver conjuntamente los rendimientos y gastos de administración, porque, según dice, no resulta coherente que se aplique la figura de la ineficacia en unos sentidos y en otros no, y que bajo el entendido de que las consecuencias de la aplicación de dicha figura hacen entender que el negocio jurídico nunca se celebró, los frutos dados por la administración de los recursos de la demandante, esto de los rendimientos que se generaron con la única ocasión de que la demandante se afiliara al régimen de ahorro individual, tampoco se generaron y por lo tanto no sería procedente devolverlos.

Dice que resulta totalmente improcedente condenar a devolver conjuntamente unos y otros y señala que la demandante ya no se encuentra vinculada con Porvenir, y todos los aportes que había realizado con esta AFP fueron trasladados a su administradora actual, por lo cual dice no hay lugar a que por parte de Porvenir se devuelva ninguna suma a favor de la demandante.

La **parte demandada (AFP Protección SA)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

### **Gastos de administración**

Presenta recurso de apelación en lo referente a que no procede en este caso en concreto lo resuelto por el Juez de primera instancia en el numeral segundo de la providencia, frente a la devolución de la Comisión de administración y seguro previsional, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

Señala en primera medida que la comisión de administración es un descuento autorizado por la ley 100 del 93, en su artículo 20, con modificación posterior del artículo 7° de la Ley 797, y es que estas normas facultan o autorizan a los fondos de pensiones a realizar el descuento del 3% sobre el 16 de los aportes realizados por los afiliados a Pensiones. Este mencionado descuento se usa para cubrir los gastos de administración y la prima del seguro

previsional, que es un descuento que opera en ambos regímenes, tanto en el régimen de ahorro individual, como el régimen de prima media.

Dice que, como obra prueba en el expediente, el certificado de rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la demandante. Allí, se demuestra que sus aportes obtuvieron ganancias significativas frente a lo ahorrado y eso da cuenta de que fueron debidamente administrados por Protección.

Señala que con la condena de primera instancia, que está ordenando a Protección devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, más los rendimientos financieros generados y, adicionalmente, lo descontado por Comisión de Administración, se está constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, Porque está recibiendo una Comisión que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante y, adicionalmente, porque ya se le están trasladando los rendimientos financieros, fruto de la buena gestión de administración realizada por Protección, lo que incluso da lugar a que Protección tenga derecho a conservar esta Comisión como restitución mutua a su favor. Dice que más aun, teniendo en cuenta lo planteado por el artículo 1746 del Código Civil que dispone, cuáles son los efectos de la declaratoria de la nulidad, y lo cita: *"la nulidad pronunciada en sentencia, que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo. Sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita, las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, se hará a cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuosas, tomándose en consideración los casos fortuitos, la posesión de buena o mala fe de las partes, todo ello según las reglas generales, sin perjuicio de lo prevenido o lo dispuesto en el siguiente artículo"*.

Argumenta que si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelven al estado anterior, en estricto sentido se producirían las siguientes consecuencias.: primero, que el contrato de afiliación nunca existió, que fue lo que decretó el fallador de primera instancia; en segunda medida, que Protección no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante; tercero, que esos rendimientos financieros que se están ordenando trasladar, tampoco se causaron, y cuarto, que no existió el cobro de una comisión de administración.

Señala que la norma citada que de manera analógica se está aplicando a los fallos de ineficacia habla de las restituciones mutuas, de intereses, frutos y del abono de mejoras y con base en ello, dice, debe entenderse que, aunque se haga la ficción de que no existió el contrato de afiliación, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras y, así las cosas, producto de la buena gestión de administración que realizó Protección en la cuenta de ahorros de la demandante, que generó los rendimientos

financieros y que por ende la faculta a conservar la Comisión de Administración, si efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado.

Habla de la teoría de las prestaciones acaecidas y pide no desconocerse, sobre todo cuando se trata de contratos que tienen que ver con el Derecho laboral y de la Seguridad Social. Dice que si se aplica en estricto sentido la teoría de la nulidad del Derecho privado, como se ha venido aplicando en los fallos de ineficacia, mediante la restitución completa de prestaciones que una parte u otra han dado o recibido, entonces se llegaría a la conclusión de que, si la comisión de administración nunca se debió haber descontado, tampoco debieron haber existido los rendimientos financieros que se están ordenando trasladar a Colpensiones.

Señala que la teoría antes mencionada fue puesta en contexto por la Corte Suprema de Justicia en su sala laboral, en sentencia de radicado 31989 del 9 de septiembre de 2008, con ponencia del Magistrado Eduardo López Villegas, quien aseguró incluso que, pues, las consecuencias de la nulidad de la vinculación, respecto a las prestaciones acaecidas, como las que acabo de mencionar, no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del Derecho privado, e incluso normatividad que no tiene cabida de manera entera en el Derecho social.

Resalta que el Decreto 2555 del 2010 señala que el manejo de los recursos administrados por los fondos de pensiones es vigilado por la Superintendencia financiera de Colombia, y es preciso entonces poner de presente que esta misma Superintendencia, en concepto del 17 de enero de 2020, indicó que cuando se declara judicialmente la nulidad o ineficacia de la afiliación, debe darse, aplicación estricta al artículo 7° del Decreto 3995 del 2008, que establece que cuando se haga un traslado de régimen se debe trasladar el dinero de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de pensión mínima, respetando en todo caso la destinación de los aportes pensionales y la gestión de administración desarrollada por los fondos de pensiones. Adicionalmente, esta Superintendencia considera tampoco debe trasladarse lo descontado por primas de seguro previsional en atención a lo siguiente:

Primero, este porcentaje fue sufragado de una compañía aseguradora que cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza que, cubriera las posibles contingencias por invalidez o sobrevivencia que sufriera el afiliado. Segundo, el descuento y la compra de esta póliza, los fondos de pensiones lo realizan por mandato legal y no a capricho de las administradoras; los fondos de pensiones están obligados a tener la cobertura de los posibles siniestros, y no es entonces adjudicado o decir que lo deben cargar los fondos de administración de su propio patrimonio, cuando es la misma norma quien está ordenando que se cubran estas posibles contingencias para que se pague la suma adicional que sufrague estas pensiones. Y tercero, la no ocurrencia del siniestro, no da lugar a recobrar el dinero, o a pedir la devolución de lo que por concepto de pólizas

se ha pagado, y a juicio de la apodera, no debe ser Protección quien asuma de sus propios patrimonios el cumplimiento legal de una norma.

Pide tenerse en cuenta que mediante el cobro del 3% destinado a Comisión de Administración sí opera el fenómeno de la prescripción. Primero, porque es un concepto de tracto sucesivo causado por la periodicidad que le impone la ley. Segundo, porque este porcentaje no financia directamente la prestación económica de vejez. Y tercero, porque lo que se ha declarado imprescriptible en los procesos de ineficacia es el acceso a buscar la declaratoria de la misma, por lo tanto, de los créditos y obligaciones que deriven de ella si gozan del fenómeno de la prescripción consagrada en el Código laboral y de procedimiento laboral.

**La parte demandada (Colpensiones)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

Solicita al honorable Tribunal Superior de Bogotá revoque la sentencia en su integridad, igualmente solicita a la honorable sala del Tribunal Superior De Bogotá, estudié el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones respecto de los puntos de condena que afectan a la misma.

Sustenta el recurso manifestando que debe tenerse en cuenta que la demandante guardó silencio por más de 20 años respecto de la información que le fue proporcionada en el momento de efectuar el traslado de régimen pensional; esto es el 15 de enero del año 99 con la AFP Porvenir, lo que permite denotar por parte de la misma un abandono respecto de su asunto pensional, como puede verificarse del interrogatorio de parte absuelto.

Igualmente señala que conforme al interrogatorio de parte, la demandante efectuó el traslado del régimen pensional de manera libre y voluntaria y que nunca se sintió coaccionada para efectuarlo, y estuvo, además, de acuerdo con la decisión y que del material probatorio allegado a la diligencia junto con, específicamente, el interrogatorio de parte absuelto, no hubo falta de asesoría, no existió la falta de asesoría considerada por el señor Juez de primera instancia.

Indica que la señora demandante recibió múltiples asesorías en variadas ocasiones dado que la misma efectuó múltiples traslados entre el mismo régimen de ahorro individual. Igualmente aclara que la señora demandante faltó a su deber de diligencia y cuidado, como consumidora financiera, dada la naturaleza del régimen de ahorro individual, tal y como se encuentra precisado en el decreto 2241 del 2010 en su artículo 4°, por lo que es claro que en la actualidad no debieron haber recaído responsabilidades únicamente en las demandadas.

Dice que la señora demandante en el interrogatorio, indicó que uno de los motivos principales que la motivaron a trasladarse de régimen pensional era que le habían indicado

que para el año 99 el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, para lo cual es justo recordar el Decreto 2011 del 2012, en donde entró en operación Colpensiones, permitiendo deducir de esta manera que el régimen de prima media se ha mantenido vigente en el tiempo, para lo cual, claramente, la señora demandante pudo haber retornado al mismo, y situación que claramente no sucedió y, por el contrario, ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS efectuando múltiples traslados entre el mismo.

Rememora lo indicado por la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia en lo que se refiere al cumplimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, en donde se precisó que justamente el periodo de carencia planteado por el legislador, se hizo con el objeto de evitar la descapitalización que le provocaría el fondo común del régimen de prima media, e incluso afectaría a las garantías de los afiliados que sí cotizaron a lo largo de su vida laboral para adquirir un beneficio pensional; esto último en virtud del concepto de principio de la equidad, consagrado en el artículo 95 de la Carta Política y el de eficiencia pensional.

Igualmente señala que la Corte hace alusión a la necesidad probatoria de establecer la existencia entre un vicio, fuerza o dolo al momento de trasladar un afiliado, de inclusive analizar la calidad del demandante y de analizar cada caso en particular según los hechos y circunstancias, y establece que en el presente caso no se está frente a un afiliado lego en atención a que de conformidad con el material probatorio, la señora Martha Inés Ardila, al momento de efectuar el traslado de régimen pensional, era docente, por lo que no carecía de la capacidad de ilustrarse y asesorarse de mejor manera.

Finalmente pone de presente que la señora demandante no contaba con una expectativa legítima de pensionarse al momento de efectuar el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual. Señala que a la entrada en vigencia de la ley 100 del 93, la misma contaba con 663 semanas y 34 años, ello indicando que, pues, claramente no tenía las 750 semanas en tiempo equivalentes en servicios, por lo que con el traslado de régimen pensional no se perdía ningún beneficio o no se afectaba alguna expectativa para pensionarse, conforme a las prerrogativas del régimen de prima media, por lo que se solicitaría el pronunciamiento respecto de este tema, dada la particularidad del caso de la señora Martha Inés Ardila.

### **CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA efectuado por el (la) señora **Martha Ines Ardila Ortiz** el día 15 de enero 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Porvenir y AFP Protección S.A. devuelvan la totalidad de aportes y adehalas

efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Horizonte hoy AFP Porvenir S.A. el 15 de enero de 1999 con efectividad a partir del 1° de marzo de 1999, posteriormente solicitó trasladarse a la AFP Porvenir S.A el 4 de mayo de 2000 con efectividad a partir del 1° de julio de 2000, para finalmente trasladarse a la AFP ING hoy AFP Protección el día 22 de agosto de 2001 con efectividad a partir del 1° de octubre de 2001 (fl.82)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

**1-**La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos por razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10° del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse

que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

**2-**Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

**3-**Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo de la demandante. AFP Porvenir SA aportó: historial de vinculaciones, certificado de egresado, formulario de

afiliación Porvenir y Horizonte, formulario afiliación a pensiones voluntarias, historia laboral OBP, bono pensional, relación histórica de movimientos Porvenir, comunicado de prensa, concepto Superfinanciera del 17 de enero de 2020 en cuanto a la devolución de gastos de administración. AFP Protección aporto: copia formulario de afiliación, certificado de rendimientos, resumen historia laboral OBP, historia laboral, respuesta a petición 14 de mayo de 2019, políticas para asesorar personas naturales, comunicado de prensa, concepto superintendencia financiera 2015123910-002

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 15 de enero de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado 15 de enero de 1999, la demandante tenía 914,29 semanas (fl.71) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 12 de septiembre de 1959 – fl 11) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, para el año 2016 podría haberse pensionado en el en el RPM (actualmente ha cotizado más de 1994,29 semanas fl.71), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP Protección S.A. ni AFP Porvenir S.A.

Finalmente, respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Protección SA y AFP Porvenir S.A. en cuanto a la no devolución de gastos de administración ni seguros previsionales, debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adocrinó: *“Por esto mismo, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro*

*individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).”, despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentada por la AFP Protección S.A y AFP Porvenir S.A.*

Ahora bien, conforme el punto de apelación de la demandada Colpensiones sobre la calidad no lego de la actora, recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

*“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto. (...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión (...). Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia*

*frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)"*

Por lo anterior, al señalar en la apelación que al no ser un afiliado lego por su nivel educativo, es claro que los fondos tienen el deber de suministrar una información veraz y completa para cualquier nuevo afiliado, pues independientemente de la formación académica de la parte actora, no lo hace experta en materia pensional y se debe demostrar lo que se le informó sobre su expectativa pensional, ya que posteriormente se pone de trasfondo la necesidad de regresar al fondo de pensiones público, una vez se develan las verdaderas expectativas en materia pensional.

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora **Martha Ines Ardila Ortiz** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Porvenir S.A. el 15 de enero de 1999.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

#### **COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso a las apelantes AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A., y Colpensiones, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta

instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 21 de junio de 2021 por el juzgado 4 Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las partes demandadas AFP Porvenir S.A., AFP Protección SA, y Colpensiones y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

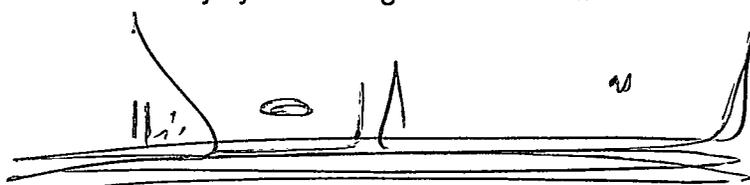
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310500420190088501)



**DAVID A. J. CORREA STEER**  
*Aclaro Voto!*

(Rad. 11001310500420190088501)



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310500420190088501)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación 20-2017-00823-02**

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

**DEMANDANTE: IVON LORENA SANTOS ORTIZ  
DEMANDADO: GLOBAL LIFE AMBULANCIAS LTDA  
ASUNTO : APELACIÓN (DEMANDANTE Y DEMANDADA)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación interpuesto por las partes demandante y demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 20° Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de abril de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 19 de agosto de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

La señora **IVON LORENA SANTOS ORTIZ**, instauró demanda ordinaria laboral en contra de **GLOBAL LIFE AMBULANCIAS LTDA**, con sus respectivos sustentos, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor, por los siguientes conceptos (fls 44 y 45):

**DECLARACIONES:**

- 1) Que entre la señora IVON LORENA SANTOS ORTIZ y GLOBAL LIFE AMBULANCIAS SAS, existió un contrato de trabajo, sin solución de continuidad que inició el 15 de octubre de 2015 y finalizó el 03 de agosto de 2017.
- 2) Que el salario devengado por la demandante correspondía a \$1.374.000.
- 3) Que el horario laborado por la señora IVON LORENA SANTOS ORTIZ era de domingo a domingo, desde las 7:00 AM a 7:00 PM.
- 4) Que GLOBAL LIFE AMBULANCIAS SAS dio por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral, y sin justa causa.

**CONDENAS:**

- 1) Al pago de horas extras, teniendo en cuenta el horario laborado de domingo a domingo, desde las 7:00 AM a 7:00 PM.
- 2) Al pago de dominicales y festivos.
- 3) Al pago de auxilio de cesantías, liquidado en el periodo comprendido entre el 15 de octubre de 2015 al 03 de agosto de 2017.
- 4) Al pago de intereses a las cesantías, liquidado en el periodo comprendido entre el 15 de octubre de 2015 al 03 de agosto de 2017.
- 5) Al pago de la sanción por falta de consignación de las cesantías.
- 6) Al pago de la sanción por el no pago de los intereses a las cesantías.
- 7) Al pago de la prima de servicios.
- 8) Al pago de la sanción moratoria contemplada en el Art. 65 del CST, la presente condena deberá liquidarse hasta el momento en que se haga efectivo el pago.
- 9) Al pago de la indemnización por despido sin justa causa, de conformidad con el artículo 64 del CST.
- 10) Al pago de la indemnización por la falta de dotación de calzado y vestido de labor.
- 11) Al pago de todas las sumas anteriormente referidas debidamente indexadas.
- 12) A realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones del Periodo comprendido entre el 15 de octubre de 2015 hasta el 03 de agosto de 2017, con un ingreso base de cotización de \$1.374.000.
- 13) Costas procesales.

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **GLOBAL LIFE AMBULANCIAS LTDA**, contestó la demanda de acuerdo al auto del 27 de agosto d2 2018, oponiéndose a las pretensiones y proponiendo en su defensa excepciones de mérito.

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 22 de abril de 2019. **DECLARÓ** que entre la señora **IVON LORENA SANTOS ORTIZ** y la demandada **GLOBAL LIFE AMBULANCIAS SAS**, existió un vínculo laboral a través de cuatro contratos de trabajo, con una remuneración mensual de \$1.374.000 y ejecutados en los siguientes extremos:

- 4 de enero de 2016 al 4 de abril de 2016.
- 11 de abril de 2016 al 11 de octubre de 2016.
- 20 de octubre de 2016 al 20 de abril de 2017.
- 4 de mayo de 2017 al 3 de agosto de 2017.

**CONDENÓ** a la demandada **GLOBAL LIFE AMBULANCIAS SAS**, a pagar a favor de la señora **IVON LORENA SANTOS ORTIZ**, las siguientes sumas de dinero:

- A.** Por concepto de auxilio de cesantías \$2.193.743.
- B.** Intereses a las cesantías \$110.297.
- C.** Prima de servicios \$2.193.743
- D.** Vacaciones \$1.036.225.

**CONDENÓ** a la demandada **GLOBAL LIFE AMBULANCIAS SAS** a pagar a favor de la señora **IVON LORENA SANTOS ORTIZ**, las cotizaciones debidas al Sistema de Seguridad Social Integral en Pensiones por los periodos comprendidos entre el 4 de enero de 2016 hasta el 4 de abril de 2016; del 11 de abril de 2016 hasta el 11 de octubre de 2016; del 20 de octubre de 2016 hasta el 20 de abril de 2017 y del 4 de mayo de 2017 hasta el 3 de agosto de 2017; teniendo como IBC, el salario de \$1.374.000 mensuales. Aportes que se pagarán, junto con sus intereses y demás emolumentos que liquide el FONDO DE PENSIONES al que se encuentre afiliada la demandante y que deberán ser consignados en el mismo, para el efecto, dicho

Fondo deberá realizar el respectivo cálculo actuarial conforme a su deber legal por petición de la demandada y de la demandante.

**CONDENÓ** a la demandada GLOBAL LIFE AMBULANCIAS SAS a pagar a favor de la señora IVON LORENA SANTOS ORTIZ, la suma de \$7.436.000 por concepto de sanción o indemnización por no consignación de las cesantías a un fondo.

**CONDENÓ** a la demandada GLOBAL LIFE AMBULANCIAS SAS a pagar a favor de IVON LORENA SANTOS ORTIZ la suma de \$45.800 diarios, desde la fecha de retiro, esto es, 3 de agosto de 2017 y hasta por 24 meses, o hasta cuando el pago se verifique, si el periodo es menor, y a partir del mes 25, deberá pagar los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, por y hasta cuando se verifique el pago de las prestaciones sociales, en los términos del artículo 65 del CST.

**ABSOLVIÓ** a la demandada GLOBAL LIFE AMBULANCIAS SAS, de las demás pretensiones incoadas en su contra.

**COSTAS** a cargo de la parte demandada GLOBAL LIFE AMBULANCIAS SAS, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 2 SMLMV.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación de los siguientes puntos de la sentencia:

- 1. EXTREMO INICIAL:** Señala que si bien se declaró la existencia de una relación laboral, lo cierto es que si bien se suscribió inicialmente un contrato civil de prestaciones sociales, en el mismo no se podía indicar el horario de trabajo, y por ello, es fundamental el testimonio de la señora Nidia Patricia Carvajal, quien indicó que la relación laboral inició el 15 de octubre de 2015, la cual podía ser acreditada con la documental que pretendía aportar, y que el Juzgado no quiso aceptar la inclusión en el plenario, en tanto que argumentó que es inaudito que la testigo no recuerde la fecha de inicio de su relación laboral, pero si la demandante.

2. **HORAS EXTRAS, DOMINICALES Y FESTIVOS:** Señala que la testigo fue igualmente clara en indicar que el horario era de 7:00 AM a 7:00 PM, de domingo a domingo, y es imposible no encontrar prueba adicional, cuando desde el inicio el contrato estaba disfrazado, y no existía una prueba adicional que demostrara o que se pudiera allegar al Juzgado, dando fe de las labores desempeñadas por la demandante.
3. **DESPIDO SIN JUSTA CAUSA:** Indica que en el acta denominada "Acta de terminación del contrato", el cual desconoce la demandante, también lo es que, no hubo ninguna parte dentro del plenario que se acreditara la justa causa que demostrara el despido, razón por la cual es procedente condenar a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa, en tanto que no había en el plenario ninguna prueba que demostrara que se hubiese despedido con alguna justificación.

La **parte demandada** interpuso recurso de apelación de los siguientes puntos de la sentencia:

1. **INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:** Para el recurrente no se acreditaban los elementos previstos en el artículo 23 del CST para declarar la existencia de un contrato de trabajo, pues de la prueba allegada y de las manifestaciones de la propia demandante se puede establecer, que los servicios prestados no eran subordinados, que no debía rendir cuentas de su servicios, por lo tanto no está claramente demostrada la existencia de los elementos del contrato de trabajo, y en ese sentido no se desvirtuó que el contrato es de carácter civil o de prestación de servicios, ya que existe una declaración de voluntad de mutuo acuerdo y no fue tachado de falso, y el Juez no lo tuvo en cuenta, máxime si se tiene en cuenta que se acreditó que la autonomía y se demostró que sus actividades las realizaba de acuerdo al cronograma de actividades propias de su cargo sin existir una subordinación y el hecho que la requiriera únicamente para la entrega de las notas de enfermería y soportar la técnica de su profesión para el pago de sus honorarios, no es óbice de subordinación. Por otro lado, no se le solicitó presencia obligatoria, y la coordinadora impartía instrucciones para el desempeño de sus funciones, de una u otra forma, supervisando su actividad o prestación de servicios.

Lo anterior no da lugar a una relación de carácter laboral, como se pretende demostrar, es improcedente precisar que no se cumplía con un horario, pues las enfermeras no están obligadas a asistir al domicilio, y había momentos en que cambiaba de domicilio, y hasta tanto no se coordinaba el domicilio, no podía prestar sus servicios.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:**

Para la Sala la controversia a que se contrae en determinar: **1.** Si se acredita la existencia una relación laboral entre la demandante IVON LORENA SANTOS ORTIZ y la demandada GLOBAL LIFE AMBULANCIAS LTDA. **2.** Extremo inicial de la relación laboral. **3.** Horario de trabajo. **4.** Indemnización por despido sin justa causa.

### **EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL**

En ese orden, la Sala acomete el estudio minucioso de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario a fin de establecer si entre las partes existió una relación laboral en los términos indicados en la demanda y de sus extremos temporales, o si como lo concluyera el juzgador de primer grado, negar las pretensiones introducidas en el libelo introductorio.

De acuerdo a lo anterior, Conforme lo consagra el art. 22 del C.S.T., el contrato de trabajo debe entenderse como *“aquél 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”*.

Así pues, para que resulten probadas sus pretensiones, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 23 del C.S.T., que dispone la existencia de tres elementos

para la configuración del contrato de trabajo a saber: 1) **la actividad personal del trabajador**, 2) **remuneración** y 3) **la subordinación**, la cual, valga aclarar, se diferencia de los anteriores al ser sólo predicable en la existencia de un contrato de trabajo.

Significa lo anterior que, la existencia del vínculo laboral depende primordialmente de la "situación real" en la que se encuentre la persona que hace las veces de trabajador y no de la "situación formal" o del acto celebrado entre las partes.

De encontrarse acreditados los elementos mencionados, el contrato de trabajo así tenga una denominación formal propia, debe ser tomado como lo que realmente es y no lo que aparenta ser. En apoyo de ello nuestra Constitución Política en el artículo 53 consagra el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Así las cosas, el artículo 24 del C.S.T. establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Así entonces, la carga probatoria respecto de la subordinación jurídica no es imputable al trabajador por el hecho de que alegue la existencia de un contrato de trabajo, pues la exigencia probatoria respecto de él, como viene dicho, es la demostración de la prestación personal del servicio y su retribución.

Cumpliendo el trabajador con esa carga probatoria se activa a su favor la presunción de que esa relación estaba regida por un contrato de trabajo, la cual por ser una presunción legal es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.

Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos demostrativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo. (SL3396-2018, radicación n.º 54373 del 15 de agosto de 2018)

Bajo este entendido, y descendiendo al *sub lite* observa la Sala que la demandante afirma haber prestado sus servicios personales y subordinados a favor de la demandada GLOBAL LIFE AMBULANCIAS SAS mediante un contrato de trabajo a término indefinido desde el 15 de octubre de 2015 hasta el 03 de agosto de 2017, que se dio por terminado por decisión unilateral y sin justa causa por parte del empleador.

Ahora bien, revisada la documental allegada se advierte en el plano formal que la demandante suscribió múltiples contratos de prestación de servicios (fls. 64 a 78), copia de facturas, consentimiento informado sobre el ejercicio de sus funciones, copia de acta de terminación o suspensión de labores, certificación expedida por la demandada, en la que consta los cinco contratos de prestación de servicios suscritos (fl. 63).

Los contratos de prestación de servicio que fueron aportados, son los siguientes:

1. Contrato de prestación de servicios No. 30-2011216 por un término de 6 meses, suscrito el 11 de abril del 2016 por un valor de \$7.920.000 pagaderos en mensualidades vencidas, este documento se encuentra a *folios 64 a 68*.
2. Igualmente, aparece el contrato de prestación de servicios No. 30-15812016 por un término de 6 meses suscrito el 20 de octubre de 2016 por un valor de \$7.920.000, pagaderos en mensualidades vencidas, es decir por \$1.320.000, este documento se encuentra a *folios 69 a 73*.
3. Y finalmente, también aportó el contrato de prestación de servicios No. 30-1581-052017 por un término de 12 meses, suscrito el 04 de mayo de 2017 por un valor de \$16.488.000 pagaderos en mensualidades vencidas de \$1.374.000 visto a *folios 75 a 78*.

Conforme lo anterior, se observa a *folio 63* del expediente, certificación expedida por la demandada en la cual indica, que se suscribieron varios contratos de prestación de servicios, a parte de los 3 referidos anteriormente, de los cuales da cuenta de un contrato de prestación de servicios con fecha de inicio 04 de enero de 2016 por 3 meses, hasta 04 de abril del 2016 y también da cuenta de un contrato de prestación de servicios con fecha 08 de octubre del 2016 por 3 meses.

Se recibió igualmente el testimonio de la señora **Nidia Patricia Carvajal**, quien indicó que trabajó con la demandada como auxiliar de enfermería desde el año 2012, sin embargo no recuerda la fecha de ingreso, que trabajó hasta noviembre de 2017, que fue compañera de trabajo de la aquí demandante. Que en varias ocasiones se encontraba con la demandante en la entrega de notas de enfermería en la empresa. Que la demandante le asignaban un paciente, le daban la dirección, y las funciones que debía ejercer. El cuidado de los pacientes era individual. Que le consta la fecha de ingreso de la demandante, así como de retiro, porque hablaron, y porque tuvieron unos documentos que decía las fechas. Que la jefe era Karen, que le daba instrucciones, que el último salario devengado era de \$1.374.000, y lo sabe porque era el mismo salario que la deponente devengaba. Que la empresa demandada no le pagó aportes a Seguridad Social, prestaciones sociales, y si bien les entregaban uniforme, no le entregaban calzado.

Conforme lo anterior, se tiene acreditada la prestación del servicio por parte de la demandante, a favor de la empresa demandada, con lo cual se se presume la existencia la subordinación laboral, salvo que la demandada desvirtúe la misma, con el fin de determinar que las actividades desempeñadas por la actora eran autónomas e independiente, con el fin de configurar un contrato de carácter civil o comercial, situación que no sucedió en el presente asunto.

Ahora bien, en relación al elemento de **subordinación**, el cual aduce la parte demandada que no existió, vale precisar que dicho elemento es el elemento diferenciador entre un contrato de prestación de servicios y un contrato laboral y a pesar de que alega que la demandante se vinculó mediante un contrato de prestación de servicio, y que tenía tal situación no desvirtúa el posible elemento de subordinación que pasa a estudiar esta Sala de decisión.

En ese orden de ideas, y contrario a lo manifestado por el apoderado de la demandada, según el testimonio de la señora Nidia Patricia Carvajal, la demandante recibía órdenes por parte de la Jefe Karen, y le indicaban las funciones a realizar, así como los pacientes que debía atender.

Conforme las pruebas que obran en el expediente, junto con el testimonio recibido, aunque no es del todo conteste, en tanto que no es coherente, toda vez que se acuerda exactamente de una fecha y no otra, podemos determinar que efectivamente prestaba sus servicios de manera personal, cumplía un horario y se encontraba cumpliendo órdenes, ejerciendo funciones de enfermera y que la demandada era quien le asignaba los pacientes que debía atender y los lugares a donde debía ir. Por lo tanto, teniendo en cuenta este testimonio y de los tres contratos y las funciones que debía desempeñar, mal podría uno concluir que se tratara de un contrato de prestación de servicios de manera autónoma e independiente, como lo afirma el apoderado de la demandada.

Así las cosas, debe concluirse entonces, contrario a lo afirmado por el apoderado de la pasiva, que la relación que ató a las partes estuvo mediada por un contrato de trabajo, pues a pesar de afirmarse que la demandante había suscrito sendos contratos de prestación de servicio, y que podía ejecutarlos de manera autónoma, lo cierto es que conforme el material probatorio obrante dentro del plenario, conducen a concluir que las actividades realizadas por la actora no podían realizarse de manera autónoma, y por el contrario, estaba sujeta a una subordinación que la ejercía la enfermera Jefe Karen.

Al estar demostrada la prestación personal del servicio por parte de la demandante, y no esta acreditada la autonomía e independencia al momento desarrollar el objeto contractual, no queda otro camino que dar aplicación a la presunción establecida en el artículo 24 del código sustantivo del trabajo en el sentido de determinar que la relación que unió a las partes se dio mediante un contrato de índole laboral, conforme lo indicó el Juzgador de primera instancia.

En cuanto a los extremos de la relación laboral, señala el apoderado de la parte demandante, que de conformidad con el dicho de la testigo Nidia Patricia Carvajal, así como con la prueba documental que reposa en el plenario, la relación laboral inició el **15 de octubre de 2015**.

No obstante lo anterior, lo cierto es que de conformidad con la prueba documental y testimonial que reposa en el plenario, dan cuenta que el vínculo laboral inició el 04 de enero de 2016, conforme la certificación que reposa a folio 63.

Y es que si bien es cierto reposan copias de sendos contratos de prestación de servicio, los mismo no dan cuenta de la fecha de inicio de los mismos, y mucho menos el que aduce el apoderado de la demandante, en tanto que tan solo dan cuenta del segundo vínculo que inicio el 11 de abril de 2016 (fl. 68), el tercero inicio el 20 de octubre de 2016 (fl. 73) y el último comenzó el 4 de mayo de 2017 (fl. 78).

Teniendo en cuenta lo anterior, los documentos que reposan en el expediente dan cuenta que el vínculo laboral inició el 04 de enero de 2016, mediante varios contratos que tuvieron solución de continuidad, quedando acreditado los siguientes extremos:

- Del 4 de enero de 2016 al 4 de abril de 2016 (fl. 63)
- Del 11 de abril de 2016 al 11 de octubre de 2016. (fls. 63 y 68)
- Del 20 de octubre de 2016 al 20 de abril de 2017. (fl. 63 y 73)
- Del 4 de mayo de 2017 al 3 de agosto de 2017. (fl. 63 y 78)

Así las cosas, se **CONFIRMARÁ** el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia.

#### **HORARIO – DEL TRABAJO SUPLEMENTARIO:**

Señala el apoderado de la demandante, que la testigo fue clara en indicar que el horario que debía cumplir la actora era de 7:00 AM a 7:00 PM, de domingo a domingo, y es imposible no encontrar prueba adicional, cuando desde el inicio el contrato estaba disfrazado, y no existía una prueba adicional que demostrara o que se pudiera allegar al Juzgado, dando fe de las labores desempeñadas por la demandante, por lo tanto, se entiende que solicita el reconocimiento y pago de las horas extras, dominicales y festivos.

Para resolver lo planteado, debe indicarse que frente a la remuneración del trabajo suplementario reclamado, jurisprudencialmente se ha establecido, que para que

proceda su declaración judicial, deben concurrir por lo menos los siguientes elementos: i) encontrarse plenamente acreditada la permanencia del trabajador en su labor, durante horas que exceden la jornada laboral pactada o la legal; ii) la cantidad de horas extras laboradas debe ser determinada con *exactitud* en la *fecha* de su causación, pues no le es dable al fallador establecerlas con base en suposiciones o conjeturas, iii) las horas extras deben ser ordenadas o por lo menos consentidas tácitamente por el empleador, y en ese sentido; iv) las horas extras de permanencia en el trabajo, deben estar dedicados valga la redundancia al trabajo, y no a cualquier otro tipo de actividades.

En el caso bajo examen, de acuerdo al material probatorio recaudado, es posible determinar que la demandante laboraba ejecutando las funciones o labores de enfermería, no obstante, no se acredita la jornada que afirma laboró durante la vigencia de la relación laboral de conformidad con lo previsto en el artículo 161 del CST.

Sin embargo, alega el recurrente la dificultad en la que se encuentra de acreditar el trabajo extra laborado, pues no obra documento alguno que certifique lo dicho.

En ese sentido, advierte la Sala que es el demandante quien tiene la obligación de demostrar las horas extras laboradas y no pagadas a efectos de que sean reconocidas y pagadas.

En el sublite, no obstante operar la presunción de certeza acerca de haber laborado para el demandado, se echa de menos el medio de prueba que acredite cuáles fueron los precisos días en que la demandante prestó sus servicios al demandado y es que precisamente en sentencia con radicación No 41715 del 11 de mayo de 2016 se indicó *«Acercas de la prueba del trabajo en días de descanso obligatorio, la línea jurisprudencial decantada por esta Sala de la Corte ha sido reiterada y unívoca en el sentido de exigir que **cuando del reconocimiento de trabajo suplementario y labor en días de descanso obligatorio se trata, el requisito de mérito de tal pretensión consiste no sólo en demostrar que efectivamente así sucedió, sino además, y también con el carácter de preponderante, el número de horas adicionales a la jornada máxima legal en las que se prestó el servicio. Tal requerimiento es apenas lógico que gravite sobre el trabajador, pues es a él a quien***

*le interesa probar esos supuestos fácticos, para que, a su vez, pueda el juez fijar el monto de la condena.»*

Tiene establecido la jurisprudencia que para que se produzca condena por horas extras, dominicales o festivos, además de estar probado el trabajo más allá de la jornada ordinaria, el caudal probatorio tiene que ser de una definitiva claridad y precisión de manera que no quede duda al juzgador acerca de su ocurrencia y no se requiera de cálculos o suposiciones para determinar el número probable de las horas trabajadas (Sentencia del 9 de agosto de 2006, Rad. 27.064), pues no podrá deprecar condena sobre meras suposiciones.

De esta manera, para que se produzca la declaración judicial de trabajo realizado en tiempo suplementario y ordenar su remuneración, no basta con alegar su existencia, como en este caso ocurre, pues de vieja data y de manera reiterada ha indicado la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que *«cuando se pretende el reconocimiento del descanso o el valor compensatorio por trabajo en días domingos y festivos, como también el recargo por labor suplementaria, es esencial acreditar de manera clara y precisa el número de días y horas extras trabajadas»* (Sentencia de 10 de octubre de 2005, Radicación Nro. 23928).

De la prueba documental y testimonial que obra en el plenario, no se logra establecer con exactitud y de manera precisa, y que permita realizar un cálculo exacto sobre el número de horas extras o de días festivos laborados por la demandante al servicio de la demandada. Requisito indispensable, para proferir condena en concreto por este concepto.

En este orden de ideas, la Sala le asiste razón al juez de instancia al absolver a la convocada a juicio de la pretensión de pago de horas extras, dominicales y festivos, por lo tanto se **CONFIRMA** el numeral sexto de la decisión de primera instancia.

#### **INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA:**

Finalmente, el apoderado de la demandante solicita se condene a la indemnización por despido sin justa causa, en atención a que además que el acta denominada "Acta de terminación del contrato", es desconocida por la demandante, también

indica que, no hubo ninguna parte dentro del plenario que se acreditara la justa causa que demostrara el despido.

Así las cosas, vale la pena precisar que el trabajador es quien corre con la carga de demostrar el hecho del despido, una vez acreditado lo anterior, se desplaza la carga al empleador quien debe dirigir su actividad probatoria, tendiente a demostrar los motivos que en el momento oportuno le invocó y comunicó al actor para romper el contrato, a fin de que el fallador de turno, previa valoración pueda ubicarlos o no en una de las causales abstractas y taxativas que señala la ley para tener como justo el despido.

En ese orden, a folio 62 del expediente, obra acta de terminación del contrato, del cual el apoderado de la parte demandante afirma que su la actora desconoce dicho documento, por cuanto era un acta de suspensión de un contrato de prestación de servicios por lo tanto no era un contrato de terminación de contrato de manera voluntaria.

No obstante lo anterior, se desconocen dentro del plenario las circunstancias de modo, tiempo y lugar del supuesto despido, y que el mimo fue sin justa causa, en tanto que aparte del documento que dice desconocer y que no suscribió la parte demandante, no hay ninguno otro documento que acredite el despido, en ese documento, se indica que conforme a la cláusula denominada terminación, las partes de común acuerdo podrán dar por terminado el contrato y las partes suscriben esa acta de suspensión.

Ahora, si bien el apoderado de la parte actora indica que la demandante desconoce dicho documento, lo cierto es que fue la misma demandante fue quien aportó dicha documental, por lo tanto no es de recibo el argumento tendiente a desconocer la documental allegada.

Por otro lado, debe resaltarse que era la demandante quien debía acreditar que lo plasmado en la documental "Acta de terminación de contrato" no corresponde a la realidad, en tanto que no basta con la sola manifestación de indicar que fue despedida sin justa causa, sino que por el contrario, está en la obligación de demostrar que fue despedida, así como las causales de despido que fueron invocadas.

Así pues, en virtud de lo dispuesto en los artículos 51 del y 61 del CPT y la SS, en materia laboral no existe tarifa legal, siendo admisibles todos los medios de prueba consagrados en la ley, con los cuales el juez puede formar libremente su convencimiento atendiendo a los principios informadores de la sana crítica.

Lo anterior, para señalar que ante la mención de alguna falta grave, lo esencial es la demostración de su ocurrencia en la existencia misma y su aportación al proceso, de los documentos contentivos del supuesto de hecho denominado como falta y su calificación de grave, reiterando que de la documental visible a folio 62 del plenario, no se acredita que la demandada haya tomado la determinación de forma unilateral de dar por terminado el vínculo con la demandante, sino que por el contrario, obedeció a un mutuo acuerdo, máxime si se tiene en cuenta que no logró acreditar que efectivamente hubiese sido despedida, no queda otro camino que despachar desfavorablemente las súplicas incoadas por la parte actora.

En ese sentido, no le asiste derecho a la parte demandante a que le sea reconocida la indemnización por despido sin justa causa en los términos del art. 64 del CST, por lo que se **CONFIRMARÁ** en su integridad la sentencia proferida en primera instancia.

**COSTAS.** Sin costas en la instancia.

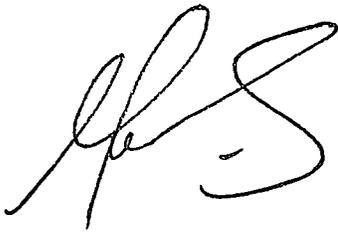
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

#### **RESUELVE**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 22 de abril de 2019 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO:** Sin **COSTAS** en la instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310502020170082302)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310502020170082302)



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310502020170082302)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
**Magistrado Sustanciador**

**Radicación 07-2010-00925-01**

Bogotá D.C., octubre veintinueve (29) de Dos Mil Veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: PEDRO VICENTE GONZALEZ VARGAS**  
**DEMANDADOS: FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES**  
**NACIONALES DE COLOMBIA**  
**LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO**  
**PÚBLICO**  
**FIDUCIARIA LA PREVISORA como vocera del**  
**PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA**  
**AGRARIA EN LIQUIDACIÓN**  
**ASUNTO : APELACION (Demandante y demandada PAR CAJA**  
**AGRARIA)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de apelación presentado por la parte demandante y demandada (PAR CAJA AGRARIA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 07º Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de noviembre de 2012, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 10 y 11 Cuaderno Tribunal Superior de Bogotá), así como de la demandada UGPP (fls. 5 a 8), presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 11 de mayo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

Previo a decidir de fondo el presente asunto, vale la pena señalar que mediante providencia AL3092 del 31 de julio de 2019, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que data del 9 de julio de 2014, e inadmitió por anticipado el recurso de casación

interpuesto por FIDUPREVISORA SA, en consecuencia, ordenó que regresaran las diligencias a esta Corporación, para que se adoptaran los correctivos procesales pertinentes que permitieran surtir en debida forma la segunda instancia en relación con LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

En ese orden de ideas, mediante auto del 19 de septiembre de 2019, se ordenó admitir el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia proferida en primera instancia, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la parte demandada LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (fl. 3 y 4 Cuaderno de ésta Colegiatura).

### **ANTECEDENTES**

El señor **PEDRO VICENTE GONZALEZ VARGAS** instauró demanda ordinaria laboral contra del **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, FIDUCIARIA LA PREVISORA como vocera del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA AGRARIA EN LIQUIDACIÓN**, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 98 y 99):

#### **PARTE DECLARATIVA:**

- 1) Declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el señor PEDRO VICENTE GONZALEZ VARGAS y la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO “CAJA AGRARIA” vigente desde el 27 de agosto de 1978 hasta el 37 de junio de 1999.
- 2) Declarar que el amparo de los Decreto 1064 y 1065 de 1999, al demandante le fue terminado unilateralmente y bajo presunta justa causa, su contrato de trabajo.
- 3) Declarar que el contrato de trabajo le fue terminado a partir del 27 de junio de 1999.
- 4) Declarar que el demandante es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo, para la fecha de su despido (1998 – 1999) y por ende, tiene derecho a la pensión de jubilación convencional, consagrada en el artículo 41, parágrafo 1°.
- 5) Declarar que al actor, la CAJA DE CREDITO AGRARIO Y MINERO le adeuda al demandante, el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación convencional.

- 6) Declarar que el patrimonio autónomo público CAJA AGRARIA pensiones No. 3 – 1 0392, a través de FIDUPREVISORA – Unidad de Reconocimiento Pensional, negó el reconocimiento de la jubilación del demandante, bajo el presupuesto de que “(...) *La entidad fue totalmente exonerada del pago de las pretensiones incoadas en la demanda (...)*”, instaurada en su contra por el demandante.

#### **CONDENATORIAS:**

- 1) El reconocimiento y pago de una pensión de jubilación convencional, a partir del 3 de diciembre de 2008, en adelante.
- 2) El reconocimiento y pago de las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, de conformidad con lo ordenado por la Ley y la Jurisprudencia, a partir del momento en que el derecho se hizo exigible.
- 3) Al reconocimiento y pago de la indexación de la primera mesada pensional, tomando para el efecto el salario promedio devengado al momento de su desvinculación actualizado con el Índice de Precios al Consumidor expedido por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística “DANE”, hasta el momento en que el derecho se hiciera exigible.
- 4) Al reconocimiento y pago de los reajustes legales anuales de su mesada pensional, si a ello hubiere lugar.
- 5) Al reconocimiento y pago de los daños y perjuicios morales y materiales causados por la negativa de reconocer un derecho de connotación irrenunciable.
- 6) Reconocimiento y pago de costas procesales.

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La FIDUCIARIA LA PREVISORA, como vocera del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA AGRARIA EN LIQUIDACIÓN (fls. 124 a 425), contestó la demanda, así como el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA (fls 426 a 583), de acuerdo al auto del 26 de enero de 2011 visible a folio 584. Se opusieron a las pretensiones del demandante y propuso las excepciones de mérito.

Mediante auto del 08 de febrero de 2011, se tuvo por no contestada la demanda por parte de LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO conforme se observa a folio 586 del expediente.

**SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 07° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 14 de noviembre de 2012 **DECLARÓ** que entre el señor PEDRO VICENTE GONZALEZ VARGAS y la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 27 de agosto de 1978 hasta el 27 de junio de 1999.

Así mismo, **CONDENÓ** a las demandadas FIDUPREVISORA SA como vocera del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA AGRARIA EN LIQUIDACIÓN, al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y a LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a reconocerle y pagarle al señor PEDRO VICENTE GONZALEZ VARGAS, la pensión de jubilación convencional, en una equivalente al 75% del promedio de los salario devengado en el último año de servicios e indexación de la primera mesada pensional, junto con los reajustes legales y mesadas adicionales, a partir del 3 de diciembre de 2008 y hasta la fecha en que eventualmente el ISS y ante el cumplimiento de los requisitos legales del demandante, le reconozca y le pague el valor de la pensión legal de vejez, momento éste a partir del cual, la demandada solo pagará al demandante el mayor si lo hubiere entre la pensión aquí ordenada y la que a futuro le pudiese reconocer el ISS.

**ABSOLVIÓ** a la parte demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra. Finalmente, condenó en COSTAS a la parte demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$3.500.000 (fls. 697 a 709)

**RECURSO DE APELACIÓN**

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación de los siguientes puntos de la sentencia:

- 1. DAÑOS Y PERJUICIOS:** Alega que se solicitó el peritaje para establecer los daños y perjuicios materiales que se le causaron con la negativa a reconocer la pensión, los cuales tasó en el correspondiente acápite, en 4000 gramos oro, pues al no percibir su mesada, los daños equivalen a lo que dejó de percibir desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, hasta el pago, pero como la prueba no fue practicada ni se designó el perito, debe hacerse un pronunciamiento al respecto, y correspondía al juez estimarlos, de lo cual se sustrajo, siendo procedente condenar,

en uso de las facultades ultra y extra petita, a la indexación de la obligación vencida o el reconocimiento de intereses moratorios (fl. 716).

La parte demandada (**FIDUPREVISORA como vocera del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA AGRARIA**) interpuso recurso de apelación de los siguientes puntos de la sentencia:

- 1. PENSIÓN DE JUBILACIÓN CONVENCIONAL:** Solicita sea revocada la decisión de instancia, teniendo en cuenta que es un fondo para administrar activos y pasivos, por lo que no es sujeto de derecho y no puede comparecer al proceso, además no tuvo relación laboral con el demandante, indica que las pretensiones constituyen la figura de cosa juzgada, porque ya fueron objeto de pronunciamiento ante la Jurisdicción Laboral y de conformidad con el artículo 9 del Decreto 2721 de 2008, la pensión es de cargo del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, pero se encuentran prescritas las mesadas sobre las cuales ha transcurrido el término que ordenan las normas aplicables (fl. 712).

A pesar del recurso de apelación interpuesto por las partes, en atención a que la sentencia fue adversa a LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO, la Sala avocará su conocimiento en el *Grado Jurisdiccional de Consulta*, con fundamento en las siguientes

## CONSIDERACIONES

### DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si es procedente el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional solicitada por el señor PEDRO VICENTE GONZALEZ VARGAS por haber laborado para la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero por más de 21 años, comprendidos entre el 27 de agosto de 1978 hasta el 27 de junio de 1999.

### Sucesión procesal:

Señala el apoderado de la demandada la falta de legitimación en la causa por pasiva, pues indica que no es la persona jurídica que debe responder, pues funge tan solo como administrador de activos y pasivos, por lo que no es sujeto de derecho, además por cuanto no tuvo relación laboral con el demandante.

Sea del caso señalar que si bien, mediante escrito obrante a folio 14 del Cuaderno del Tribunal Superior de Bogotá, la UGPP presentó alegatos de conclusión, debe traerse a colación el Decreto 1623 del 7 de noviembre, se dispuso que, a partir del 30 de noviembre de 2013, las competencias asignadas al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y del Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, fueron asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social —UGPP.

Por su parte, el artículo 68 del Código General del Proceso, aplicable a los juicios del trabajo por remisión analógica permitida por el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dispone que:

*“Si en el curso del proceso sobreviene la extinción, fusión o escisión de alguna persona jurídica que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso la sentencia producirá efectos respecto de ellos, aunque no concurran. [...]”.*

Así pues, se tiene que el artículo 2.2.10.10.11 del Decreto 1623 del 07 de diciembre de 2020 dispuso lo siguiente:

**“Artículo 2.2.10.10.11. Defensa judicial.** La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP asumirá la defensa judicial a partir de la fecha en que le sea trasladada la función pensional a que refiere el parágrafo 1º del artículo 2.2.10.10.3. del presente Decreto, de los procesos judiciales de naturaleza pensional, que estuvieren activos antes de la fecha de traspaso de la función pensional, al igual que de los procesos relacionados con la función pensional que sean notificados a partir de la citada fecha.

*Para los efectos del inciso anterior, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP iniciará la defensa judicial una vez el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y la fiduciaria que lleve a cabo la administración de los respectivos patrimonios autónomos, hagan entrega a esa Unidad de los expedientes físicos de los procesos judiciales activos, así como de los procesos ejecutivos en contra, embargos, conciliaciones y demás procesos laborales, civiles, contenciosos administrativos, penales y/o constitucionales en curso, además los procesos judiciales terminados en los cuales se haya emitido condenas que se encuentren pendientes de cumplimiento para la fecha de asunción de la función pensional. Igualmente, entregará una relación de procesos judiciales terminados para que la misma sea utilizada como consulta, en caso de existir nuevos procesos judiciales en contra de la UGPP por los mismos hechos y pretensiones; así como las líneas estratégicas de defensa judicial implementadas y la notificación que hagan esas entidades a los despachos judiciales de conocimiento del cambio de actor procesal por activa o por pasiva, según corresponda.”*

En efecto, la citada norma presupone la existencia de dos situaciones para que la figura jurídica de la sucesión procesal opere: i) la fusión de las sociedades que

funjan como parte dentro del proceso o, ii) la extinción de personas jurídicas que también ostenten tal condición.

Como quiera que la función de defensa de los procesos en que hacía parte la extinta Caja Agraria, fue asignada a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP- a partir del 13 de diciembre de 2013, se decretará la sucesión procesal en virtud de la Ley.

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 70 del CGP, la UGPP tomará el proceso en el estado en que se encuentre.

Así las cosas, en el presente caso, se procede a declarar la **sucesión procesal** de la UGPP, respecto de la extinta CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO, de conformidad con el artículo 1° del Decreto 2842 de 2013.

### **Existencia del contrato de trabajo**

No es objeto de controversia en esta instancia que el demandante laboró para la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero entre el 27 de agosto de 1978 hasta el 27 de junio de 1999, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, desempeñando el cargo de CAJERO OPERADOR II, GRADO 5, en la Gerencia Regional Boyacá – Tunja, conforme se desprende de la certificación laboral expedida por la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero (fls. 23), así como liquidación definitiva de cesantías (fl. 24),

### **Pensión de Jubilación Convencional:**

Igualmente tampoco se discute el contenido del párrafo 1° del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 cuya copia fue debidamente aportada a folios 634 a 669 con su respectiva constancia de depósito, el cual busca la parte actora que se le aplique y que contempla que los trabajadores que a la fecha de expedición de la Convención Colectiva sean retirados sin haber cumplido los 55 años si es hombre y 50 si es mujer, tendrán derecho a la pensión al llegar a esa edad, siempre y cuando tuvieran más de 20 años de servicios<sup>1</sup>; requisitos que en principio acredita la parte actora pues le fue terminado el contrato de trabajo el 27 de junio de 1999 cuando aún se encontraba vigente la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, fecha para la cual había prestado sus servicios por más de 20

<sup>1</sup> "PARAGRAFO 1o. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión **al llegar a dicha edad**, siempre que haya cumplido con el requisito de veinte años (20) años de servicios a la Institución"

años, pues laboró para la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO desde el 27 de agosto de 1978 hasta el 27 de junio de 1999 (fls. 23), superando ampliamente los **20 años** de servicios exigidos por la normatividad en comento y cumplió los **55 años de edad el 3 de diciembre de 2008**, dado que nació el mismo día y mes del año 1953, conforme se acredita de la copia de la cédula de ciudadanía visible a folio 21 del plenario, esto es, con anterioridad a la fecha establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005 (31 de julio de 2010).

Así pues, el PARAGRAFO 1º del artículo 41 de la CCT establece: *“El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido con el requisito de veinte años (20) años de servicios a la Institución*, por lo que contrario a lo afirmado por el apoderado de la UGPP, el criterio de la H. Corte Suprema de Justicia tiene por sentado que si la pensión convencional está pactada bajo los mismos supuestos de hecho que regula la Ley, en cuanto al tiempo de servicios, más los requisitos específicos de causación, que en este caso será el retiro antes de cumplir la edad de 50 años, es posible darle el mismo tratamiento, esto es que la edad requerida solo es necesario para la **exigibilidad del derecho**. En este caso la norma convencional que se invoca, cumple con aquel supuesto factico regulado en la ley de pensión jubilatoria restringida, esto es el tiempo de servicios y el retiro sin haber cumplido 50 años de edad (Sentencia con radicación No. 42.703 del 22 de enero de 2013<sup>2</sup> y SL1698 con radicado No. 49063 de 9 de febrero de 2016<sup>3</sup>).

<sup>2</sup> “Así las cosas, la exégesis adoptada por la jurisprudencia respecto a la norma legal, según la cual la pensión sanción o restringida de jubilación se causa por completar determinado tiempo de servicio ante una misma empresa y el retiro del servicio por los motivos allí previstos, y que la edad es un requisito de exigibilidad, tiene perfecta cabida frente a la norma convencional en comento, dado que presentan supuestos de hecho similares. Hacer una interpretación diferente frente a supuestos de hecho similares, sería discriminatorio, a menos que, de la redacción de la propia cláusula convencional, se desprendiera, inequívocamente, que tanto el tiempo de servicio como la edad del trabajador establecidos son requisitos para causar la pensión reconocida, circunstancia esta que no se presenta en la cláusula 42 en cuestión”

<sup>3</sup> “La aplicación armónica de estos literales llevan a concluir que la pensión restringida se causa siempre que concurran los siguientes presupuestos: que el trabajador sea despedido sin justa causa, y que además tenga al servicio de la empresa más de 10 y menos de 20 años.

En cuanto a la edad, del mismo texto convencional se colige que no se exige como requisito de causación, porque basta que estén satisfechos los presupuestos mencionados (tiempo de servicio y despido injustificado), pues el cumplimiento de los 50 años en el caso de los hombres, simplemente es constitutivo de exigibilidad, pues así se infiere de la cláusula bajo examen, al establecer que se tendrá el derecho «cuando cumplan las edades establecidas de cincuenta (50) años para los hombres y cuarenta y siete (47) años para las mujeres.»

De esta disposición convencional, contrario a lo discurrido por el Tribunal, no se desprende que deba acreditarse la edad para el momento del despido, es decir, en vigencia del contrato de trabajo.

(...)

En esa misma sentencia la Sala precisó su orientación en el entendido de que el artículo 42 de la convención colectiva de trabajo bajo examen, posee una estructura clara, que admite una lectura unívoca, en cuanto consagra una especie de pensión restringida de jubilación, que se causa con el tiempo de servicios y el retiro diferente al despido por justa causa, y en la que el cumplimiento de la edad constituye un simple requisito de exigibilidad”

Aclarado lo anterior, el señor PEDRO VICENTE GONZALEZ VARGAS es beneficiario de la pensión de jubilación convencional establecida en el parágrafo 1 del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999 a partir del **3 de diciembre de 2008** fecha en la cual cumplió 55 años de edad y ya contaba con más de 20 años de servicio a la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

#### **Mesada Catorce:**

Sirven las anteriores consideraciones para concluir que el demandante *tendrá* derecho al pago de 14 mesadas al año, conforme lo solicita el apoderado de la parte actora, pues la prestación se causó con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, razón por la cual se **CONFIRMARÁ** el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de indicar que el demandante tiene derecho a 14 mesadas al año.

#### **Excepción de Prescripción:**

Frente a la excepción de prescripción, concluye la Sala que la exigibilidad de la pensión se produjo el **3 de diciembre de 2008** (fl. 21) fecha en que el actor cumplió edad y tiempo de servicios, por tanto, contaba hasta el 3 de diciembre de 2011 para interrumpir la prescripción, sin embargo presentó reclamación administrativa el día **26 de agosto de 2010** y radicó la presente demanda **02 de noviembre de 2010** (fl. 92), sin que por tanto transcurriera el término trienal que regula el art. 488 del C.S.T. y el 151 del C.P.T.S.S. luego se **DECLARARÁ NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**, tal y como lo indicó el Juzgado de instancia, se **CONFIRMARÁ** este punto de decisión de primera instancia.

#### **Liquidación de la pensión**

Frente a los parámetros para liquidar la pensión, estos están contenidos en el parágrafo tercero del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999<sup>4</sup>, de cuya liquidación se obtiene un Ingreso Base de Liquidación equivalente a

<sup>4</sup> La pensión se liquidara así:

**Primer Factor Fijo:** *Ultimo sueldo básico mensual más prima de antigüedad y/o técnica si las estuviere devengado.*

**Segundo Factor:** *Valores Variables. Salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación si los hubiere, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados, viáticos devengados durante ciento ochenta (180) días o más y el valor de la sobrerremuneración en el que caso de que desempeñe cargos superiores provisionalmente, devengado durante el último año.*

*Los valores anteriores se suman y dividen por doce (12), con lo cual se obtiene el segundo factor.*

*De la suma de estos dos factores se tomará el 75% establecido.*

\$736.296 reconocido en la certificación obrante a folio 23 del expediente, incluyendo el salario básico y la prima de antigüedad, por estar indicados expresamente en el párrafo tercero del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, actualizado desde su retiro (27 de junio de 1999) hasta el 3 de diciembre de 2008, fecha de reconocimiento pensional, de lo cual se obtiene la suma de \$1.404.865,71<sup>5</sup> al cual al aplicarle una tasa de reemplazo del 75% resulta como mesada inicial la suma de **\$1.053.649,28<sup>6</sup>** a partir del 3 de diciembre de 2008, lo cual conlleva a **MODIFICAR** el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida en primer grado, en cuanto al valor de la mesada inicial, por estar conociéndose en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la UGPP.

#### **INTERESES MORATORIOS E INDEXACION:**

Solicita el apoderado de la parte demandante se condene a los intereses moratorios de que trata el Art. 141 de la Ley 100 de 1993 causados mes a mes desde la exigibilidad de cada mesada, hasta que se efectúe su pago o en subsidio la indexación.

Frente al tema, vale la pena traer a colación la más reciente sentencia que adoctrina sobre el tema, SL164 con radicación No 74096 de 2020 así:

*“ (...) Respecto a la viabilidad de los intereses moratorios, de entrada, se advierte que no le asiste razón al apelante, habida cuenta que la decisión del a quo atiende a cabalidad los lineamientos de esta Corporación, según los cuales, no son procedentes cuando la prestación es de origen convencional. Así se precisó en sentencias CSJ SL4088-2018 y SL3851-2019. La primera reza así:*

*Así las cosas, es evidente el error en que incurrió pues el criterio jurisprudencial de esta Corporación enseña que dichos intereses solo tienen cabida cuando se trata de una pensión concedida con sujeción integral a la Ley 100 de 1993, que no es el caso que nos ocupa, toda vez que la pensión que es objeto de reconocimiento es de estirpe convencional, tal como se explicó en sentencia CSJ SL16949-2016, de la siguiente manera:*

*Respecto del cargo subsidiario presentado por la apoderada del banco, referente a la condena de los intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, tiene razón la impugnación, puesto que, en efecto, **la Corte tiene asentado que los intereses moratorios previstos por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 son procedentes respecto de prestaciones concebidas por esa normatividad, es decir, «cuando se trata de una pensión que debía reconocerse con sujeción a su normatividad integral» (sentencia de 28 de noviembre de 2002. Radicación 18.273); mientras que la pensión a sustituir en sub lite no corresponde a una***

<sup>5</sup>  $VA = \frac{VH \times IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}} = \frac{\$736.296 \times 69,490 \text{ (Dic. 2008)}}{36,420 \text{ (Dic. 1999)}} = \$1.404.865,71$

<sup>6</sup>  $\$1.404.865,71 \times 75\% = \$1.053.649,28$

***pensión del sistema integral de seguridad social; atrás quedó constatado su carácter convencional; y no cambia su naturaleza por el hecho que, para efectos de resolver sobre la trasmisión del derecho por muerte del titular, a falta de una regulación sobre el punto en la convención, se acuda al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, como lo plantea el replicante para impedir que se case la sentencia en este acápite.***

*Por lo anotado, el cargo se abre paso y, en consecuencia, la sentencia será casada únicamente en cuanto impuso condena por los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.”*

Teniendo en cuenta la jurisprudencia en cita, habrá de **negarse** los intereses moratorios de que trata el Art. 141 de la Ley 100 de 1993 solicitados, y en su lugar, MODIFICAR PARCIALMENTE el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** el pago del retroactivo pensional debidamente indexado.

### **COMPARTIBILIDAD:**

Ahora bien, en relación al planteamiento de la pensión **compartida**, se advierte que la pensión reconocida por un empleador con posterioridad al 17 de octubre de 1985, cualquiera sea el acto que le haya impuesto dicha obligación prestacional, ya sea, contrato de trabajo, convención o pacto colectivo, laudo, o conciliación, por regla general es de naturaleza *compartida* con la pensión de vejez que alguna entidad del sistema de seguridad social también reconozca al beneficiario de aquella jubilación.

Al respecto, el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, establece:

#### **“ARTÍCULO 17. COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES SANCION.**

*Los trabajadores que sean despedidos por el patrono sin justa causa y tengan derecho al cumplir la edad requerida por la ley, al pago de la pensión restringida de que habla el artículo 80. de la Ley 171 de 1961, tendrán derecho a que el patrono cotice para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, a partir de la fecha en que cubra dicha pensión y hasta cuando cumplan con los requisitos mínimos exigidos por estos Reglamentos para la pensión de vejez. En este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado.”*

De acuerdo con la norma transcrita, se tiene que para que se dé la compartibilidad del derecho pensional, el empleador debe continuar efectuando los aportes para los riesgos de invalidez, vejez y muerte ante el Instituto de Seguros Sociales, hasta cuando dicha entidad proceda con el reconocimiento de la pensión legal, momento a partir del cual, tan sólo quedaría a cargo el mayor valor **si lo hubiere**, razón por la cual, se declarará la compartibilidad de la pensión de vejez, que pudiere llegar a

obtener ante el eventual cumplimiento de requisitos legales, y la pensión convencional establecida en el artículo 41 de la CCT 1998 – 1999, se confirma este punto.

#### **DAÑOS Y PERJUICIOS:**

Alega el apoderado de la parte demandante que si bien se solicitó el peritaje para establecer los daños y perjuicios materiales que se le causaron con la negativa a reconocer la pensión, los cuales tasó en el correspondiente acápite, en 4000 gramos oro, pues al no percibir su mesada, los daños equivalen a lo que dejó de percibir desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, hasta el pago, pero como la prueba no fue practicada ni se designó el perito, debe hacerse un pronunciamiento al respecto, y correspondía al juez estimarlos, de lo cual se sustrajo, siendo procedente condenar, en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*, a la indexación de la obligación vencida o el reconocimiento de intereses moratorios (fl. 716).

Al resolver la pretensión de daños y perjuicios morales y materiales, negada en primera instancia porque *“el demandante no estimó el valor de los daños y perjuicio que a su juicio sufrió, tampoco existe demostración probatoria dentro del proceso que de lugar a determinarlos”*, el demandante aduce que solicitó en el correspondiente acápite dicho reconocimiento, además de pedir el decreto de un peritaje que los estableciera, siendo competencia del Juez determinar ese monto con base en esa prueba; sostiene que *“comoquiera que la prueba no fue practicada, ni designado el perito, es menester solicitar del Superior, su pronunciamiento, a fin de que se constate que mi prohijado, durante este periodo ha padecido y ha padecido y ha sido tratado de un severo cáncer de estómago”*.

Así las cosas, el artículo 83 del CPT y SS dispone que ante el Tribunal las partes no podrán solicitar la práctica de pruebas no pedidas ni decretadas en primer grado, pero si allí *“y sin culpa de la parte interesada se hubieren dejado de practicar pruebas que fueron decretadas, podrá el Tribunal, a petición de parte ordenar su práctica y la de las demás pruebas que considere necesarias para resolver la apelación o la consulta”*.

En ese orden de ideas, y de conformidad con el escrito de demanda (fl. 108), se solicitó ésta prueba, la que fue negada en la primera audiencia de trámite (fl. 631) porque *“no establece que tipo de perjuicios morales y materiales se le ocasionaron, así mismo el despacho cuenta con parámetros legales que pueden ser utilizados para estimarlos si a ello hubiere lugar”*, decisión que no le mereció reparo a la parte

actora e igual es Ley de proceso y de su aceptación tácita por esta parte, de donde concluye la Sala, la falta de interés en su práctica, es decir, no dejó de realizarse, sin culpa de la parte interesada, por lo que mal puede entrar a decretarla.

Frente al tema, vale la pena traer a colación la sentencia con Rad. 25819 del 23 de junio de 2005, en la que nuestro máximo Tribunal adoctrinó:

*“Por lo demás, se ha de señalar que el recurso deja incólume la conclusión fáctica esencial de la sentencia en el sentido de que respecto de los perjuicios materiales y morales reclamados, el actor se limitó a describir el daño que dice haber sufrido con el despido, ‘sin importar prueba alguna que lo acreditara’”.*

Por otro lado, debe señalarse que en materia laboral no puede aplicarse la tasación de los perjuicios morales en gramos oro, puesto que era una tasación exclusiva del ámbito penal, consecuencia de un delito, no equiparable a las sanciones de tipo laboral por el incumplimiento de obligaciones en el pago de pensiones.

#### **EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA:**

Señala el apoderado de la demanda que las pretensiones de la demanda constituyen cosa Juzgada, ‘porque ya fue objeto de pronunciamiento ante la Jurisdicción Laboral.

Frente al tema, debe reiterarse que mediante audiencia de trámite llevada a cabo dentro del presente proceso, el Juzgado de primera instancia declaró probada la excepción de cosa juzgada (fl. 606), decisión que al ser objeto del recurso de apelación por la parte actora, fue revocada por esta Sala, en atención a que *“no existe identidad de objeto entre uno y otro proceso, ya que la sentencia que puso fin al adelantado ante el Juzgado 3 Laboral del Circuito de Tunja negó una pensión de jubilación, por encontrarse el trabajador afiliado al ISS, mas no por carecer de los requisitos de la cláusula 41 de la Convención Colectiva de trabajo 1988 – 1999 suscrita entre la Caja Agraria y SINTRAGRARIOS, así mismo, la situación fáctica de aquella época y la actual es diferente, en cuanto los requisitos de edad que no se configuraron, por lo que por este sólo aspecto, ya varía la causa petendi en uno y otro proceso”* (folio 14 Cuaderno Tribunal).

De manera que, cualquier discusión presentada en este momento por la demandada, resulta *inane* pues ya se encuentra ejecutoriado el auto anteriormente mencionado, y es Ley del proceso, por lo que debe atenderse esta parte a lo decidido por esta Sala en decisión del 4 de noviembre de 2011.

**COSTAS:** Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: DECLARAR** la **sucesión procesal** de la UGPP, respecto de la extinta CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO, de conformidad con el artículo 1° del Decreto 2842 de 2013.

**SEGUNDO: MODIFICAR PARCIALMENTE** el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de indicar como primera mesada pensional la suma de **\$1.053.649,28** a partir del 3 de diciembre de 2008, junto con 14 mesadas al año, debidamente indexado.

**TERCERO: CONFIRMAR** en lo restante la decisión en primera instancia.

**CUARTO:** Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

*(Rad 1100131050072010092502)*



**DAVID A. J. CORREA STEER**

*(Rad 1100131050072010092502)*



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

*(Rad 1100131050072010092502)*



<b>TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA LABORAL -</b>			
<b>MAGISTRADO: DR. MARCELIANO CHAVEZ AVILA</b>			
<b>RADICADO: 110013105007201992501</b>			
<b>DEMANDANTE : PEDRO GONZALEZ</b>			
<b>DEMANDADO: UGPP</b>			
<b>FECHA SENTENCIA</b>	<b>1a. INSTANCIA</b>	<b>2a. INSTANCIA</b>	<b>CASACIÓN</b>
<b>OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Realizar liquidación según instrucciones del despacho.</b>			

Año Inicial	Año final	Salario	IPC Inicial	IPC Final	Factor de Indexación	Salario actualizado
1999	2008	\$ 736.296,00	36,420	69,490	1,908	\$ 1.404.865,71

<b>Ingreso Base Liquidación</b>	<b>\$ 1.404.865,71</b>
<b>Porcentaje aplicado</b>	<b>75%</b>
<b>Primera mesada</b>	<b>\$ 1.053.649,28</b>
<b>Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2008</b>	<b>\$ 461.500,00</b>

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
01/01/08	31/12/08	5,69%	\$ 1.053.649,00	0,00	\$ 0,0
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 1.134.464,00	0,00	\$ 0,0
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 1.157.153,00	0,00	\$ 0,0
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 1.193.835,00	0,00	\$ 0,0
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 1.238.365,00	0,00	\$ 0,0
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 1.268.581,00	0,00	\$ 0,0
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 1.293.191,00	0,00	\$ 0,0
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 1.340.522,00	0,00	\$ 0,0
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 1.431.275,00	0,00	\$ 0,0
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.513.573,00	0,00	\$ 0,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.575.478,00	0,00	\$ 0,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.625.578,00	0,00	\$ 0,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.687.350,00	0,00	\$ 0,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 1.714.516,00	0,00	\$ 0,0

<b>Fuente</b>	Tabla del IPC - DANE., folios del proceso,
<b>Observaciones</b>	Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho.

Fecha liquidación viernes, 8 de octubre de 2021 Recibe: \_\_\_\_\_



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 28-2014-00182-01**

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

**DEMANDANTE: JUAN DAVID SARMIENTO PIÑEROS  
DEMANDADO: CASA EDITORIAL EL TIEMPO SA  
TSL SA TRANSPORTES Y SOLUCIONES LOGÍSTICAS SA  
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 28° Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de septiembre de 2018, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 282 a 297) presento alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 30 de octubre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El señor JUAN DAVID SARMIENTO PIÑEROS instauró demanda ordinaria laboral contra de CASA EDITORIAL EL TIEMPO y TSL TRANSPORTES Y SOLUCIONES LOGÍSTAS, debidamente sustentada como aparece a folios 4 y 5 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

**DECLARATIVAS:**

1. La existencia del contrato de trabajo entre el actor y la sociedad TSL TRANPOSRTES Y SOLUCIONES LOGÍSTICAS SA.
2. Que la relación laboral inició el 12 de agosto de 2011.
3. Que la relación laboral se encuentra actualmente vigente.
4. Que el contrato laboral es verbal.

#### **CONDENAS:**

1. Al pago de los salarios correspondientes al mes de noviembre de 2011.
2. Al pago de los salarios correspondientes al mes de diciembre de 2011.
3. Al pago de los salarios correspondientes a todo el año 2012.
4. Al pago de los salarios correspondientes a todo el año 2013.
5. A efectuar las cotizaciones a Seguridad Social en Pensión, del tiempo que ha durado el contrato laboral.
6. A la indemnización moratoria de que trata el Art. 65 del CPT y SS.
7. A la indemnización por pérdida de capacidad laboral.
8. Al pago de auxilio de cesantías. Art. 249 del CST.
9. Al pago de los intereses a las cesantías. Art. 249 CST.
10. Al pago de la indemnización por no consignación en el fondo de cesantías, desde el 14 de febrero de 2011 a la fecha y los salarios pendientes de pago.
11. Al pago de la sanción moratoria por la no consignación en el fondo de cesantías, desde el 14 de febrero de 2011 a la fecha.
12. A la sanción moratoria por el no pago oportuno de los intereses a las cesantías (Art. 65 del CST).
13. Al pago de los intereses moratorios, luego de los 24 meses de la sanción moratoria, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir del 13 de agosto de 2013 (Art. 65 CST).
14. Costas procesales.

#### **CONTESTACION DE LA DEMANDA**

La demandada CASA EDITORIAL EL TIEMPO SA contestó la demanda (fls. 56 a 69), de acuerdo al auto visible a folio 97. Se opone a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

La demandada TSL SOCIEDAD COMERCIAL TRANSPORTES Y SOLUCIONES LOGÍSTICAS SA contestó la demanda a través de *Curador Ad Litem* (fls. 71 a 157), de acuerdo al auto visible a folio 223. Se opone a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

### **REFORMA DE LA DEMANDA**

El señor JUAN DAVID SARMIENTO PIÑEROS presentó REFORMA demanda ordinaria laboral contra de CASA EDITORIAL EL TIEMPO y TSL TRANSPORTES Y SOLUCIONES LOGÍS, debidamente sustentada como aparece a folios 166 a 169 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

#### **PRETENSIONES PRINCIPALES:**

#### **DECLARATIVAS:**

1. La existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la sociedad TSL TRANSPORTES Y SOLUCIONES LOGÍSTICAS SAS.
2. La SOLIDARIDAD de la sociedad CASA EDITORIAL EL TIEMPO, respecto de las obligaciones pendientes entre la sociedad TSL TRANSPORTES Y SOLUCIONES LOGÍSTICAS SAS y JUAN DAVID SARMIENTO PIÑEROS, por cuanto la distribución y mercadeo, es inherente a la actividad normal de la "CASA EDITORIAL EL TIEMPO", teniéndolo como el deudor y beneficiario del servicio.
3. Que la relación laboral inició el 12 de agosto de 2011 entre TSL TRANSPORTES Y SOLUCIONES LOGÍSTICAS SAS y JUAN DAVID SARMIENTO PIÑEROS.
4. Que la relación laboral se terminó unilateralmente por el empleador TSL TRANSPORTES Y SOLUCIONES LOGÍSTICAS SAS.
5. Que el contrato de trabajo entre TSL TRANSPORTES Y SOLUCIONES LOGÍSTICAS SAS y el demandante fue verbal.
6. Que el contrato de trabajo se terminó unilateralmente el 07 de mayo de 2014.
7. Que el accidente se presentó en la ejecución del contrato laboral y su origen es laboral.
8. Declarar debilidad manifiesta del demandante como consecuencia del accidente laboral.

9. Que el demandante tiene derecho a la estabilidad laboral reforzada por debilidad manifiesta.
10. Que se declare la culpa patronal de la empleadora TSL TRANSPORTES Y SOLUCIONES LOGÍSTICAS SAS.

#### **CONDENATORIAS:**

1. Que las codemandadas son solidariamente responsables, al pago de los salarios correspondientes al mes de noviembre de 2011.
2. Que las codemandadas son solidariamente responsables, al pago de los salarios correspondientes al mes de diciembre de 2011.
3. Que las codemandadas son solidariamente responsables, al pago de los salarios correspondientes de enero a diciembre de 2012.
4. Que las codemandadas son solidariamente responsables, al pago de los salarios correspondientes de enero a diciembre de 2013.
5. Que las codemandadas son solidariamente responsables, al pago de los salarios correspondientes de enero, febrero, marzo, abril y 7 días del mes de mayo de 2014.
6. Que las codemandadas son solidariamente responsables, al pago de las vacaciones.
7. Que las codemandadas son solidariamente responsables, al pago de las primas.
8. Que las codemandadas son solidariamente responsables, al pago de los siguientes dominicales: 15 y 16 de agosto festivo 22 de agosto de 2011, 5, 12 y 19 de septiembre de 2011, 3, 10, 17, 18 (festivo) y 24 de octubre de 2011, 7, 14, 15 de noviembre de 2011.
9. Que las codemandadas son solidariamente responsables, al pago de la indemnización moratoria por la mora en el pago de los salarios correspondientes a noviembre y diciembre de 2011, enero a diciembre de 2012, enero a diciembre de 2013 y de enero a 7 de mayo de 2014.
10. Que las codemandadas son solidariamente responsables, al pago del auxilio de cesantías.
11. Que las codemandadas son solidariamente responsables, al pago de los intereses a las cesantías.
12. Que las codemandadas son solidariamente responsables, al pago de la indemnización por despido sin justa causa.
13. Que las codemandadas son solidariamente responsables, al pago de la indemnización por despido en estabilidad manifiesta, que corresponde a 180 días de salario.

14. Que las codemandadas son solidariamente responsables, al pago de la indemnización por pérdida de capacidad laboral, que de estar afiliado a la ARL, hubiera cancelado al demandante.
15. Que las codemandadas son solidariamente responsables, al pago de intereses moratorios, luego de los 24 meses de la sanción moratoria, a la tasa máxima de crédito de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir del 13 de agosto de 2013.
16. Que las codemandadas son solidariamente responsables, al pago de las cotizaciones a Seguridad Social en pensión desde el 12 de agosto de 2011 hasta el 07 de mayo de 2014, tiempo que duró el contrato laboral.
17. Que las codemandadas son solidariamente responsables, al pago de la indemnización plena de perjuicios, por culpa patronal, derivada del accidente de trabajo sufrido por el demandante, por concepto de lucro cesante, daño emergente y vida en relación.
18. Costas procesales.

#### **PRETENSIONES SUBSIDIARIAS**

1. Se declare la terminación del contrato laboral, en la fecha en que el Despacho señale.

#### **CONTESTACION DE LA REFORMA DEMANDA**

La demandada CASA EDITORIAL EL TIEMPO SA contestó la reforma de la demanda (fls. 226 a 240), de acuerdo al auto visible a folio 241. Se opone a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

Mediante auto del 17 de noviembre de 2017, se dio por no contestada la reforma de la demanda por parte de TSL SA TRANSPORTE Y SOLUCIONES LOGÍSTICAS SA (fl. 241).

#### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 28° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 18 de abril de 2018, **ABSOLVIÓ** a la demandada TSL SA TRANSPORTADORES SOLUCIONES LOGÍSTICAS SA y CASA EDITORIAL EL TIEMPO, de la totalidad

de las pretensiones incoadas en su contra. **COSTAS** a cargo de la parte demandante.

## RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpone recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

1. **EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera, para en su lugar, se accedan a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial establecido en la sentencia C 665 de 1998, que dispone:

*"Advierte la Corte que la presunción acerca de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de esa naturaleza (inciso 1 de la norma demandada) implica un traslado de la carga de la prueba al empresario.*

*El empleador, para desvirtuar la presunción, debe acreditar ante el juez que en verdad lo que existe es un contrato civil o comercial y la prestación de servicios no regidos por las normas de trabajo, sin que para ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente.*

*Será el juez, con fundamento en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales (art. 53 CP.), quien examine el conjunto de los hechos, por los diferentes medios probatorios, para verificar que ello es así y que, en consecuencia, queda desvirtuada la presunción.)"*

Teniendo en cuenta lo anterior, indica que en el caso bajo estudio, lo procedente era que la sociedad TSL hubiera desvirtuado la relación laboral, es importante resaltar que ni la Curadora que representa a la empresa TSL, ni el representante legal de Casa Editorial el Tiempo llagaron ningún material probatorio que permitiera desvirtuar la presunción que nos atañe.

2. **ELEMENTOS DE PRUEBA:** Por otro lado, resalta que el contrato de prestación de servicios que obra en el expediente a folios 9 a 11, señala como duración o plazo del contrato, un plazo de obra o labor contratada, lo cual presume continuada la presunción de que efectivamente era un contrato laboral. Así mismo, indica que a folio 10, aparece en la cláusula 6 denominada "La supervisión": *"El contratante o su representante supervisará la ejecución del trabajo encomendado y podrá formular las observaciones del caso"*, acreditando una subordinación.

Lo anterior, se colige igualmente con el interrogatorio de parte del actor, junto con el testimonio del señor HOLMAN ALEJANDRO VELÁSQUEZ, quienes describieron las órdenes que se le daban al demandante por parte de TSL y funcionarios de CASA EDITORIAL EL TIEMPO, aunado al hecho del cumplimiento de un horario de trabajo, el cual hace presumir la existencia de

un horario de trabajo, y por ende, un contrato laboral, sin perder de vista la prueba aportada como es el chaleco de color verde ácido que identifica al demandante como trabajador de la CASA EDITORIAL EL TIEMPO, y si bien no se acredita un documento de recibido de dicho elemento, tampoco se acredita por parte de la demandada EL TIEMPO que dentro de las funciones sus trabajadores, no se encuentre el aquí demandante.

**3. ELEMENTO DE PRESTACIÓN PERSONAL:** Frente a éste elemento, se prueba con el contrato de prestación de servicios, en el que se prohíbe cesión del contrato, el cual se debe entender como una cláusula de exclusividad, la cual también fue probada con las declaraciones de los testigos, así como la remuneración, la cual se acreditó con las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social que realizó TSL.

Por otro lado, señala que los contratos no son rubricados por el demandante, en ese orden de ideas, se presume una mala fe por parte de TSL.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el señor Juan David Sarmiento realizaba funciones con órdenes de Casa Editorial El Tiempo por parte de TSL, se acredita una subordinación, en tanto que, claramente existió una prestación personal por parte del actor, configurándose de este modo, los 3 elementos básicos para configurar un contrato de trabajo que se da en el presente litigio, y en ese orden se accedan a las pretensiones de la demanda y se ordene las condenas de las pretensiones.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

### CONSIDERACIONES

#### DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El **problema jurídico** se centra en determinar: **1.** Si entre el señor JUAN DAVID SARMIENTO PIÑEROS y la sociedad TSL SA – TRANSPORTE Y SOLUCIONES LOGÍSTICAS SA, existió un contrato de trabajo, así como el extremo de los mismos, el salario devengado por el actor. **2.** En caso afirmativo, si procede el estudio de las acreencias que se reclaman en es el escrito de la demanda y su reforma. **3.** Si se dan los presupuestos establecidos en el artículo 36 del Código Sustantivo del

Trabajo para imponer condena de manera solidaria en contra de la demandada CASA EDITORIAL EL TIEMPO.

### DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

Así pues, la Sala acomete el estudio minucioso de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario a fin de establecer si entre las partes existió una relación laboral en los términos indicados en la demanda y de sus extremos temporales, o si como lo concluyera el juzgador de primer grado, negar las pretensiones de la demanda.

De acuerdo a lo anterior, Conforme lo consagra el art. 22 del C.S.T., el contrato de trabajo debe entenderse como *“aquél 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 “*.

Así, para que resulten probadas sus pretensiones, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 23 del C.S.T., que dispone la existencia de tres elementos para la configuración del contrato de trabajo a saber: 1) **la actividad personal del trabajador**, 2) **remuneración** y 3) la **subordinación**, la cual, valga aclarar, se diferencia de los anteriores al ser sólo predicable en la existencia de un contrato de trabajo.

Significa lo anterior que, la existencia del vínculo laboral depende primordialmente de la “situación real “ en la que se encuentre la persona que hace las veces de trabajador y no de la “situación formal “ o del acto celebrado entre las partes.

De encontrarse acreditados los elementos mencionados, el contrato de trabajo así tenga una denominación formal propia, debe ser tomado como lo que realmente es y no lo que aparenta ser. En apoyo de ello nuestra Constitución Política en el artículo 53 consagra el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Así las cosas, el artículo 24 del C.S.T. establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar

efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Así entonces, la carga probatoria respecto de la subordinación jurídica no es imputable al trabajador por el hecho de que alegue la existencia de un contrato de trabajo, pues la exigencia probatoria respecto de él, como viene dicho, es la demostración de la prestación personal del servicio y su retribución.

Cumpliendo el trabajador con esa carga probatoria se activa a su favor la presunción de que esa relación estaba regida por un contrato de trabajo, la cual por ser una presunción legal es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.

Conforme a lo antes mencionado, es necesario advertir que contrario a lo señalado por la parte actora en su recurso de apelación, cuando indica que la carga de la prueba radica completamente en cabeza de las demandadas, debe traerse a colación el artículo 24 del código sustantivo del trabajo, el cual consagra categóricamente una presunción legal: "Se presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo", el cual por supuesto, representa una situación jurídica susceptible de ser desvirtuada, es decir, que admite prueba en contrario, en virtud del cual, consiste en que al trabajador se le impone en primer lugar la carga de acreditar la prestación del servicio y en segundo lugar, su remuneración, del cual se activa a su favor dicha presunción, para que de ahí, se traslade la carga de la prueba a cargo de las demandada para que desvirtúen el elemento de subordinación, y en ese sentido acrediten que las actividades eran desempeñadas con total autonomía e independencia.

No obstante lo anterior, tal presunción no significa que el demandante quede relevado de otras cargas probatorias y que con las disposiciones de que trata el *artículo 24*, no tenga que realizar una labor probatoria con los hechos que afirma, en lo que tiene que ver con la prestación personal del servicio y su remuneración.

Descendiendo al *sublite*, el demandante aduce en su escrito introductor, que prestó sus servicios a favor de la empresa TSL SA mediante contrato verbal de trabajo, efectivo desde el 12 de agosto de 2011, realizando labores de ayudante de transporte de periódico y enrutamiento para la entrega de periódicos.

Así las cosas, tanto la demandada TSL SA, como la CASA EDITORIAL EL TIEMPO niegan la existencia de cualquier vínculo contractual con el demandante.

Ahora bien, fueron allegadas al plenario contrato de prestación de servicios suscrito entre el señor Bernardo Cáceres Rubio, quien en dicho documento obra en nombre y representación de la Sociedad TSL SA y el demandante Juan David Sarmiento Piñeros, suscrito el 30 de mayo del 2012 y en el que se indica en la cláusula quinta, parágrafo 1º que el actor tenía la posibilidad de sub contratar personal para la realización de la labor a él encomendada (fls. 9 a 11).

Reposa planilla de seguridad social integral para el ciclo de marzo de 2001 (fl. 14), sin que se especifique mucho de dicha cotización, a folios 15 y 16 reposa documental suscrita por el representante legal de la demandada TSL SA, mediante la cual le informan a la ARL SEGUROS BOLIVAR de la vinculación del demandante, en la modalidad de independiente, bajo la suscripción de un contrato de prestación de servicios.

Ahora, a folios 17 reposa formulario único de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, así como a folio 200 certificación expedida por la ARL SEGUROS BOLIVAR, y certificado de aportes al Sistema de Seguridad Social folio 75 a 79, reporte de cotizaciones expedido por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS (fl. 83), que dan cuenta que el demandante estuvo vinculado como trabajador de la empresa HS LOGÍSTICA Y PROCESOS SAS, empresa que no hace parte del presente proceso.

A folio 18 reposa certificado de incapacidad por el término de 30 días, iniciando desde el 19 de enero de 2012, con ocasión a un accidente de tránsito. Así mismo, fue allegado chaleco de color verde ácido que se indica en él "EL TIEMPO".

A folios 84 a 88, se allegó Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá – Cundinamarca, el cual fue diagnosticado por la patología "Secuelas de fractura de Fémur", con el cual se le otorga el 10,55% de Pérdida de Capacidad Laboral. A folios 201 a 219 obra relación de gastos médicos y facturas de medicamentos del demandante con ocasión al accidente de tránsito.

A folio 92, reposa declaración extra juicio rendida por el señor VICTOR FERNANDO AREVALO LÓPEZ, en el que indicó que el día 19 de noviembre de 2011 se encontraba parqueado con el demandante en la parte trasera de una camioneta de marca LUV de placas CHP273, quienes se encontraban entregando el periódico EL TIEMPO en la portería del Edificio Calle 138 No. 54 – 60, cuando el señor Yenson Gerardo Salinas Pineda, quien se encontraba manejando el vehículo Twingo de placas BLO 148 en estado de alcoholemia grado 3, los envistió por la parte trasera izquierda, partiéndole las piernas al aquí demandante, causándole fracturas de fémur bilateral, quedando incapacitado de movilidad.

Así mismo, a folio 93, reposa declaración extra juicio rendida por el señor OLMAN ALEJANDRO VELÁSQUEZ CLAVIJO, quien indicó que el demandante se encontraba trabajando el 19 de noviembre de 2011 con el señor VÍCTOR FERNANDO AREVALO LOPEZ, quienes son contratistas de EL TIEMPO, distribuyendo ejemplares en la calle 138 No. 54 – 60, cuando un vehículo Twingo de placas BLO 148, conducido por el señor Yenson Gerardo Salinas Pineda, y quien estaba en estado de alicoramiento grado 3, envistió por la parte trasera al vehículo de placas CHP 273, produciéndole fracturas al señor demandante, ocasionándole fractura de fémur, dejándolo incapacitado de movilidad.

Se recibió el testimonio del señor **OLMAN ALEJANDRO VELÁSQUEZ CLAVIJO**, ratificando lo indicado en su declaración extra juicio, quien indicó que fue compañero de trabajo del actor, sin embargo indicó que desempeñó labores en la empresa JBC y en una Cooperativa, en cuanto a los hechos de la demanda, indicó que el actor trabajaba para el señor FERNANDO ARÉVALO, quien era conductor de la ruta 3020, persona que se encontraba afiliado a la Cooperativa o a la Empresa TSL, que el actor prestó sus servicios en agosto del año 2009-2010, que no sabe cuál era el salario devengado, que trabajaba de domingo a domingo de 10am y hasta la hora que terminara de repartir el periódico, que en el evento de solicitar un permiso, debía informarlo al señor Fernando Arévalo, finalmente manifestó que después del accidente que tuvo el demandante no volvió a trabajar.

Por otro lado, se recibió el testimonio del señor **JOSÉ WILMER RAMÍREZ**, quien manifestó conocer al demandante desde el año 2000, que iba a dejar el periódico en el conjunto Los Trigales de la Colina, que lo veía en la semana 2 veces, que no recuerda la última fecha que lo vio, que no sabe para quien trabajaba, que no sabe quién le daba órdenes, que no sabe cuál era el salario devengado, en cuanto al

accidente que se señala en la demanda, manifiesta que solo escucho el golpe pero que no le constan las circunstancias del mismo.

Ahora bien, en este punto es importante resaltar que el *artículo 167 del CGP* aplicable por analogía en materia laboral, según remisión que hace el *artículo 145 del código de procedimiento laboral y de la seguridad social*, es claro en establecer que las partes están -como ya se indicó- obligadas a probar el supuesto de hecho de las normas jurídicas que indican en su favor.

En materia probatoria, es principio universal que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, la carga de la prueba es el interés en realizar dentro del proceso determinada actividad tendiente a demostrar los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda, al igual que los hechos que el demandado basa su defensa, conducta en que se debe observar celosamente quién tiene la obligación de desplegar tal actividad probatoria.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa y teniendo en cuenta las pruebas antes recaudadas, encuentra el Despacho que la parte actora no logró demostrar que en efecto el demandante hubiese prestado sus servicios a favor de la empresa TSL Transportes y Soluciones Logísticas, por cuanto de las pruebas allegadas al proceso se acredita que el actor prestó sus servicios a otra empresa denominada HS LOGÍSTICA Y PROCESOS SAS, que no hace parte del presente asunto.

Así pues, de la documental allegada -como ya se indicó- el contrato de prestación de servicios le dejaba la posibilidad al actor de subcontratar, así como el formulario de afiliación da cuenta que el actor laboraba para otra empresa ajena al presente asunto.

Por otro lado, el testigo JOSÉ WILMER RAMÍREZ no sabe para quien trabajaba el actor, ni quien era la persona que le daba órdenes, ni mucho menos el salario o demás condiciones, al igual, que el señor OLMAN ALEJANDRO VELÁSQUEZ, quien manifestó que el demandante trabajaba era para el señor Fernando Arévalo quien era conductor de la ruta 3020 y quien se encontraba afiliado a una Cooperativa y a la empresa.

Conforme lo anterior, se concluye entonces que no se acredita con total claridad la prestación personal del servicio a favor de la demandada TSL, así como tampoco los *extremos* del contrato de trabajo, en tanto que aporta contrato de prestación de

servicio que fue suscrito el 30 de mayo de 2012, y solicita se declare como extremo inicial el 12 de agosto de 2011, sin que exista prueba alguna que acredite tal dicho, en tanto que de la prueba documental visible a folio 75 a 79 da cuenta que estuvo vinculado para la empresa HS LOGISTICA desde noviembre de 2011, así como tampoco se acredita el supuesto extremo final de la relación laboral.

En ese orden de ideas, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que si bien existe una presunción en el Art. 24 del CST, el cual activa a su favor la inversión de la carga de la prueba a cargo de la demandada para que desvirtúe el elemento de subordinación, no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos trascendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros.

Al respecto, vale la pena traer a colación la sentencia SL249 Rad. 61373 del 6 de febrero de 2019, en la que nuestro máximo órgano de cierre adoctrinó:

*Al respecto, recuerda la Sala que aunque se acredite la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo, en los términos del artículo 24 ibídem, **ello no exime al demandante de cumplir con otras cargas probatorias**, como lo son, verbigracia, los extremos temporales, el monto del salario, la jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros. Ello en aplicación a la regla general de la carga de la prueba, por virtud de la cual, quien afirma la existencia de un supuesto está compelido a demostrarlo, tal como acontece en el sub lite.*

Teniendo en cuenta lo expuesto, la deficiencia probatoria relacionada, no solo con la temporalidad del vínculo jurídico que ató a las partes, sino con el supuesto empleador, impide la prosperidad de las pretensiones incoadas en la demanda, toda vez que la prueba recaudada no permite determinar la existencia de una relación laboral entre las partes dentro del periodo comprendido entre el 12 de agosto de 2011 al 07 de mayo de 2014, lapso por el cual se incoó la presente demanda; y que por el contrario, lo cierto es que no se logró demostrar con claridad la prestación personal del servicio respecto de TSL SA TRANSPORTADORES SOLUCIONES LOGÍSTICAS SA, así como tampoco los extremos de la relación laboral, razón por la cual, al no reunirse los elementos establecidos en el artículo 23 del CST para determinar la existencia de una relación laboral, de conformidad con lo dispuesto en

el artículo 167 del C.G.P y en concordancia con los principios que informan la carga de la prueba, la parte demandante debe soportar la imposición de una decisión absolutoria, pues no se allanó a la obligación de probar sus afirmaciones.

En consecuencia, habrá de **CONFIRMARSE** la sentencia apelada.

**COSTAS.** Sin costas en esta instancia.

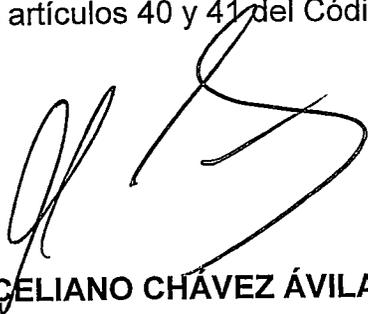
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

### RESUELVE

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2018 por el Juzgado 28º Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO:** Sin **COSTAS** en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310502820140018201)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310502820140018201)



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310502820140018201)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 19-2016-00077-01**

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

**DEMANDANTE: SANDRA PATRICIA BARRETO LOPEZ**  
**DEMANDADO: COMPAÑÍA CLÍNICA DE ASISTENCIA ODONTOLÓGICA**  
**SALUD ORAL 24 HORAS E.U.**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 19° Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de marzo de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 579 a 297), así como la parte demandada (fls. 567 a 578) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 1° de septiembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

La señora SANDRA PATRICIA BARRETO LOPEZ instauró demanda ordinaria laboral contra de COMPAÑÍA CLÍNICA DE ASISTENCIA ODONTOLÓGICA SALUD

ORAL 24 HORAS E.U., debidamente sustentada como aparece a folios 6 a 8 y con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare que entre la empresa COMPAÑÍA CLÍNICA DE ASISTENCIA ODONTOLÓGICA SALUD ORAL 24 HORAS E.U y la señora SANDRA PATRICIA BARRETO LOPEZ existió una relación de trabajo.
2. Que como consecuencia de la anterior declaración, la empresa demandada debe a la actora los siguientes conceptos correspondientes al año 2021:

CONCEPTO	PERIODO	VALOR A PAGAR
Auxilio cesantías	17/04/2012 – 31/12/2012	\$1.307.563
Intereses a las cesantías	17/04/2012 – 31/12/2012	\$97.195
Prima de servicio	17/04/2012 – 31/12/2012	\$1.307.563
Vacaciones	17/04/2012 – 31/12/2012	\$653.781

Correspondiente al año 2013:

CONCEPTO	PERIODO	VALOR A PAGAR
Auxilio cesantías	1/01/2013 – 31/12/2013	\$2.110.865
Intereses a las cesantías	1/01/2013 – 31/12/2013	\$253.303
Prima de servicio	1/01/2013 – 31/12/2013	\$2.110.865
Vacaciones	1/01/2013 – 31/12/2013	\$1.055.432
Dominicales y festivos	1/01/2013 – 31/12/2013	\$2.832.059

Correspondientes al año 2014:

CONCEPTO	PERIODO	VALOR A PAGAR
Auxilio cesantías	1/01/2014 – 31/03/2014	\$527.716
Intereses a las cesantías	1/01/2014 – 31/03/2014	\$15.831
Prima de servicio	1/01/2014 – 31/03/2014	\$527.716
Vacaciones	1/01/2014 – 31/03/2014	\$263.000
Dominicales y festivos	1/01/2014 – 31/03/2014	\$615.665

3. Condenar a la demandada las siguientes sumas de dinero:

CONCEPTO	VALOR A PAGAR
Indemnización por despido sin justa causa correspondiente al primer año	\$2.110.865
Indemnización por despido sin justa causa correspondiente a la fracción	\$1.407.243

4. Condenar a la empresa demandada al pago de los salarios dejados de percibir de los siguientes periodos:

CONCEPTO	VALOR A PAGAR
Salario dejado de cancelar 01 al 28 de febrero de 2014	\$881.648
Salario dejado de cancelar 01 al 31 de marzo de 2014	\$2.403.337

5. Condenar a la empresa demandada, pagar a la demandante las siguientes sumas:

CONCEPTO	PERIODO	VALOR A PAGAR
Salud	17/04/2012 a 31/12/2012	\$646.700
Salud	1/01/2014 a 31/12/2014	\$886.900
Salud	1/01/2014 – 31/03/2014	\$608.587

6. Condenar a la demandada al pago de la indemnización moratoria la siguiente suma: del 1 de abril de 2014 a enero de 2016 \$44.679.870.
7. Condenar a la demandada pagar a la AFP PORVENIR SA lo correspondiente a lo dejado de cancelar durante la relación laboral ajustado este pago a la realidad del salario percibido.
8. Costas procesales.

#### CONTESTACION DE LA DEMANDA

La demandada COMPAÑÍA CLÍNICA DE ASISTENCIA ODONTOLÓGICA SALUD ORAL 24 HORAS EU contestó la demanda (fls. 177 a 316), de acuerdo al auto visible a folio 317. Se opone a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

#### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 19° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 15 de marzo de 2019, **DECLARÓ** que entre la señora SANDRA PATRICIA BARRETO LOPEZ y la COMPAÑÍA CLÍNICA DE ASISTENCIA ODONTOLÓGICA SALUD ORAL 24 HORAS E.U, existió un vínculo laboral regido por un contrato de trabajo vigente cuyos extremos van entre el 17 de abril de 2012 hasta el 31 de marzo de 2014.

**CONDENÓ** a la COMPAÑÍA CLÍNICA DE ASISTENCIA ODONTOLÓGICA SALUD ORAL 24 HORAS E.U a reconocer y pagar a la señora SANDRA PATRICIA BARRETO LOPEZ las siguientes sumas de dinero y por los siguientes conceptos:

- a. Auxilio de cesantías \$4.315.451
- b. Intereses sobre las cesantías \$1.037.147
- c. Prima \$4.315.451
- d. Vacaciones \$2.157.726
- e. Indemnización moratoria \$52.503.660

**CONDENÓ** a la COMPAÑÍA CLÍNICA DE ASISTENCIA ODONTOLÓGICA SALUD ORAL 24 HORAS E.U a reconocer y pagar a la señor SANDRA PATRICIA BARRETO LOPEZ, y por tanto, cotizar al Sistema General de Pensiones, el porcentaje que corresponda de los aportes, con base en el salario acreditado en juicio, como excedente entre el valor consignado por la trabajadora referida y el monto que se desprenda de aplicar como ingreso base de cotización el salario real devengado por la misma, entre el 17 de abril de 2012 hasta el 31 de marzo de 2014, para lo cual se solicitará al fondo al cual se encuentra afiliado el demandante, que realice el cálculo actuarial, con el fin que la demandada efectúe los pagos correspondientes, **ABSOLVIÓ** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra. **COSTAS** a cargo de la parte demandada.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La **parte demandada** interpone recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

1. **EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera, para en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda, en atención al poco análisis por parte del Juzgado de instancia, respecto de los medios probatorios presentado por las partes, especialmente en los que tienen que ver con la de desvirtuar la relación de trabajo establecida en el Art. 24, en tanto que las testigos Karina, Andrea y Adriana dieron sus testimonios alegando la ausencia de la subordinación durante toda la relación de trabajo, sin embargo, en la sentencia no se pronuncia respecto de los demás testigos aportados por la parte demandante, y en ese sentido, no demuestra el Despacho, cuales fueron los elementos que demostraron esa subordinación, en un fallo sin argumentos,

ni valoración probatoria, sin exponer cuales fueron las falencias para no haber desvirtuado, sino que falla con 2 testigos aportados por la parte actora, desconociendo la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, donde reiteraban la diferencia entre horario y convención, donde hablaba de servicios médicos prestador por una IPS, donde se conocía que los elementos para la prestación del servicio tenían que cumplir con reglamentaciones administrativas de la Secretaría de Salud, sin embargo nunca se valoró tal situación.

Trae a colación un fallo proferido el 17 de mayo de 2018 por la Dra. Ángela Murillo, mediante la cual confirmó la sentencia del Juzgado 32, donde afirmó que no existía el reconocimiento de las obligaciones laborales por ausencia de elementos configurativos de la relación de trabajo.

El Juzgado hace énfasis en la prueba documental que aporta la demandante, especialmente en los correos, y en una documental donde se observa que la demandante cambió sus turnos, no fue objeto de pronunciamiento, en tanto que la actora se pudo ausentar, toda vez que prestaba sus servicios y hacía turnos en otras Clínicas, sin embargo, nunca dijo nada al respecto el Juzgado, a pesar de que tal situación es totalmente compatible con el contrato de prestación de servicios y no con un contrato laboral, pues no podía estar en dos sitios al mismo tiempo.

Aunado a lo anterior, señala que nunca se presentó una sanción disciplinaria y todas las actuaciones de la Clínica estuvieron totalmente justificadas en las directrices para la prestación del servicio de salud, y tampoco se valoró si la demandante llevaba los elementos para la prestación del servicio o no.

Señala que se desconoció el fundamento jurisprudencial mencionado por la demandada, en primer lugar de Hernando Herrera Vergara que señala que el contrato no *per se*, se puede configurar, cuando necesitaba la parte actora un mayor apoyo para haber demostrado que si existió una subordinación, por lo tanto considera que hay un desconocimiento del Despacho. En segundo lugar, la sentencia de José Roberto Herrera del 1º de febrero de 2011, donde habla de las historias clínicas, donde habla que pedirle a la demandada no *per se* era una relación de trabajo y que ya el Tribunal se había sentado. Solicita desarchivar el proceso donde había tomado una decisión bajo los mismos presupuestos legales, bajo medios probatorios que dieron para concluir al Tribunal la ausencia de la relación de trabajo, no hay un análisis concreto y, por lo tanto, solicita revoque la sentencia de primera instancia, que *no* carece de los elementos que se deberían haber tenido en cuenta.

Por otro lado, trae a colación la sentencia 1166 del 5 de agosto de 2015 de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas, no *per se*, se puede dar una relación de trabajo, si no existen los medios idóneos para respaldar esto, toda vez que el contrato de prestación de servicios suscrito con la demandada ha sido utilizado de verdadera forma, nunca se ha utilizado para violentar los derechos laborales del trabajador, aunado al hecho que solo por la presunción del Art. 24, sin ni siquiera hablar del elemento contundente de la subordinación, no se pronunció sobre horarios, reglamentos disciplinarios, ningún elemento que podría desvirtuar la relación de trabajo.

Tampoco hubo un pronunciamiento frente a los mas de 5 correos electrónicos que daban a entender que la demandante cambiaba de turnos, así como tampoco de las regulaciones administrativas por parte del Ministerio de Protección Social por parte de la Secretaría de Salud que son los que obligan a las Clínicas a prestar un servicio en debida forma.

Teniendo en cuenta lo anterior, solicita se vuelva a valorar el material probatorio, para que se verifique que no se valoró el material probatorio por la parte demandada y no tuvo ningún pronunciamiento sobre el mismo, solo de una forma básica se atiende a liquidar una sentencia con unas prestaciones sociales y hacer unos cálculos matemáticos que los puede hacer cualquier persona, pero de fondo nunca se pronunció y no valoró el material probatorio aportado en debida forma.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

## CONSIDERACIONES

### DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El **problema jurídico** se centra en determinar: **1.** Si entre la señora SANDRA PATRICIA BARRETO LOPEZ y la sociedad COMPAÑÍA CLÍNICA DE ASISTENCIA ODONTOLÓGICA SALUD ORAL 24 HORAS EU, existió un contrato de trabajo vigente desde el 17 de abril de 2012 al 31 de marzo de 2014.

## DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

Así pues, la Sala acomete el estudio minucioso de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario a fin de establecer si entre las partes existió una relación laboral en los términos indicados en la demanda y de sus extremos temporales, o si como lo concluyera el juzgador de primer grado, negar las pretensiones introducidas en el libelo introductorio.

De acuerdo a lo anterior, Conforme lo consagra el art. 22 del C.S.T., el contrato de trabajo debe entenderse como *“aquél 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”*.

Así, para que resulten probadas sus pretensiones, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 23 del C.S.T., que dispone la existencia de tres elementos para la configuración del contrato de trabajo a saber: 1) **la actividad personal del trabajador**, 2) **remuneración** y 3) **la subordinación**, la cual, valga aclarar, se diferencia de los anteriores al ser sólo predicable en la existencia de un contrato de trabajo.

Significa lo anterior que, la existencia del vínculo laboral depende primordialmente de la “situación real” en la que se encuentre la persona que hace las veces de trabajador y no de la “situación formal” o del acto celebrado entre las partes.

De encontrarse acreditados los elementos mencionados, el contrato de trabajo así tenga una denominación formal propia, debe ser tomado como lo que realmente es y no lo que aparenta ser. En apoyo de ello nuestra Constitución Política en el artículo 53 consagra el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Así las cosas, el artículo 24 del C.S.T. establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que

estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Así entonces, la carga probatoria respecto de la subordinación jurídica no es imputable al trabajador por el hecho de que alegue la existencia de un contrato de trabajo, pues la exigencia probatoria respecto de él, como viene dicho, es la demostración de la prestación personal del servicio y su retribución.

Cumpliendo el trabajador con esa carga probatoria se activa a su favor la presunción de que esa relación estaba regida por un contrato de trabajo, la cual por ser una presunción legal es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.

Conforme a lo antes mencionado, es necesario reiterar que, cuando la presunción del artículo 24 del código sustantivo del trabajo, consagra categóricamente: “*Se presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo*”, el cual por supuesto, representa una situación jurídica susceptible de ser desvirtuada, es decir, que admite prueba en contrario, en virtud del cual, si bien al trabajador se le impone en primer lugar la carga de acreditar la prestación del servicio, en segundo lugar, su remuneración, punto a partir del cual se activa a su favor dicha presunción, para que de ahí, se traslade la carga de la prueba a cargo de la demandada para que desvirtúe el elemento de subordinación, y en ese sentido acrediten que las actividades eran desempeñadas con total autonomía e independencia.

No obstante lo anterior, tal presunción no significa que el demandante quede relevado de otras cargas probatorias y que con las disposiciones de que trata el *artículo 24*, no tenga que realizar una labor probatoria con los hechos que afirma, en lo que tiene que ver con la prestación personal del servicio, su remuneración, incluso los extremos de la relación laboral.

Descendiendo al *sublite*, el demandante aduce en su escrito introductor, que prestó sus servicios a favor de la demandada CLÍNICA DE ASISTENCIA ODONTOLÓGICA SALUD ORAL 24 HORAS EU, mediante contrato verbal desde el 17 de abril de 2021 hasta el 31 de marzo de 2014, desempeñando el cargo de ODONTÓLOGA GENERAL, cumpliendo un horario de trabajo de domingo a domingo, bajo el cumplimiento de turnos.

Por su parte, la demandada CLÍNICA DE ASISTENCIA ODONTOLÓGICA SALUD ORAL 24 HORAS EU, niega la existencia de cualquier vínculo contractual con la demandante, en tanto que ésta desempeñaba sus labores con total autonomía.

Ahora bien, fueron allegadas al plenario copia de planillas de pago de Seguridad Social (fls. 15 a 17, 19 a 39), historia laboral consolidada en el Régimen de Ahorro Individual (fl. 18).

A folio 40 reposa certificación expedida por la demandada que data del 14 de diciembre de 2013, mediante la cual se indica *“La Dra. SANDRA PATRICIA BARRETO LOPEZ, identificada con CC No. 52.818.722 de Bogotá labora en nuestra compañía con NIT 830061249-9, desde el 17 de abril de 2012, desempeñándose como Odontóloga General”*.

Ahora, reposan sendos correos electrónicos, remitidos por la sociedad accionada a la demandante, en la que le indican informar los cambios de turnos con anticipación, lo cual debe ser informado a Angélica o a Andrea, quien remite el correo electrónico, el cual debe contener la **explicación** del cambio de turno, la información si hay pacientes citados y para cuando propone hacer el cambio de agenda de estos pacientes citados. Indican además, que una vez le den respuesta al email, se le informará la respuesta a la solicitud del respectivo cambio de turno. Finalmente, se indica que la solicitud de cambio de turno se debe enviar con mínimo 3 días hábiles de anterioridad, en caso que sea antes de éste termino debe enviar el correo, y además comunicarse telefónicamente para atender esos casos con la excepción debida (fl. 41 a 45).

Aporta listado de pacientes particulares y con convenio para el mes de marzo de 2014, junto con la relación del procedimiento a realizar (fls. 46 a 66). Comprobante de pago de honorarios para el mes de agosto y septiembre de 2013 (fl. 67 y 68), correo electrónico mediante el cual remiten a la demandante los soportes de pago de honorarios de enero a agosto de 2013 (fl. 69), desglose de honorarios de la demandante (fl. 70 a 87), registro diario de pacientes (fls. 91 a 169).

Por otro lado, fue aportado contrato de prestación de servicios de servicios profesionales de Odontólogo General suscrito entre las partes el día 11 de abril de 2012 (fls. 352 a 353), hoja de vida y estudios realizados por la demandante, carta suscrita por la demandante quien solicita a la demandada no descontar la reterfuente, sendos correos electrónicos informando el cambio de turno solicitados

por la demandante con uno de sus compañeros (fls. 209 a 211), correo electrónicos de parte de la sociedad accionada, mediante la cual solicita las doctoras informe con anticipación el cambio de turno, sendos correos electrónicos mediante los cuales la demandante remite la cuenta de cobro por pagar, así mismo, reposan cuentas de cobro, junto con documento equivalente a factura de venta y factura de egreso (fls. 354 a 429 – 435 a 491).

Así mismo, se recibió el **interrogatorio de parte** de la señora SANDRA PATRICIA BARRETO LOPEZ, quien manifestó que trabajó para la demandada como odontóloga por el término de dos años desde el 12 de abril de 2012 al 31 de marzo de 2014, mediante contrato de prestación de servicios. Que no podía delegar las funciones a las cuales fue contratada, dentro del horario que la demandada imponía, ya que era un servicio de 24 horas. Que le asignaron la unidad, bata, elementos para prestar el servicio. No podía acudir a un tercero para que la reemplazara, de hecho debía pedir permiso para ausentarse, así hubiese o no pacientes. Que respecto de los correos electrónicos en la que solicita permiso para cambiar un turno, indica que efectivamente debía pedir autorización para cambiarlo, no podía tomar tal decisión de manera libre y autónoma, debía solicitarlo y debía ser autorizado. Que les impartían e imponían un horario por parte de la clínica demandada. Que en una reunión le hicieron un llamado de atención, en la que le señalaron debían informar con 3 días de anterioridad la solicitud de cambio de turno. Que tenía que asistir obligatoriamente a las reuniones que programaba la demandada. Que no le dieron a conocer los Decretos del Sistema de habilitación que tienen que cumplir para que se considere una clínica legalmente. Que la clínica le impuso exclusividad para trabajar con ellos, incluso los horarios tan extensos no le permitían trabajar con otros centros de salud. Que el pago de los honorarios dependía de la cantidad de pacientes que atendía mensualmente, previo a la presentación de cuentas de cobro. No ofertaba pacientes, ni el horario "disponible", tampoco podía llevar los elementos, todo fue impuesto y suministrado por la demandada, no podía llevarse los pacientes, ni llevar pacientes a dicha clínica. Que no le presentaron un llamado de atención de manera escrita, pero en varias oportunidades lo hacían de manera verbal. Que el vínculo laboral se dio porque estaba muy agotada, pues los horarios eran extensos, y las pocas garantías, al no pagarle horas extras, ni dominicales. Que le adeudan los salarios de la mitad de febrero y marzo de 2014, pues se quedó esperando que la llamaran o un correo para poder acercarse y recibir lo que hacía falta.

Se recibió el **interrogatorio de parte** a la señora representante legal de la demandada, quien indicó conocer a la demandante, porque prestó sus servicios generales a la Clínica desde abril de 2012 a marzo de 2014, mediante contrato de prestación de servicios, lleva desde la creación de la institución vinculando a los odontólogos mediante contrato de prestación de servicios, atiende a los pacientes que atiende mensualmente, pasa cuenta de cobro, junto con la relación de los pacientes atendidos en el mes, se le cancela el 30% de ese valor, en el proceso de auditoría puede variar el valor dependiendo de las glosas. Que para el 31 de marzo de 2014 quedó pendiente del mes de marzo, sin embargo, se entró en contacto con la demandante para la revisión de la cuenta, porque los pacientes han pagado de mas, y se hace una última auditoría, sin embargo, no volvió la demandante para pagarle el saldo que le salió a favor. Que en cuanto a los reemplazos, lo pueden llevar de afuera, pero por lo general lo llevan entre las mismas doctoras. Que tiene entendido que la demandante tenía otro trabajo en Marly, pero que nunca lo supo de la actora, que fue lo que le contaron. Que los elementos los otorga la clínica. Que la demandante atendía los pacientes que tenía la clínica demandada de los convenios o referidos de los otros pacientes. Que desconoce la razón por la que la demandante renunció.

Se recibió el testimonio de la señora **MARTHA GRACIELA GARCÍA MUÑOZ**, quien indicó que era compañera de trabajo de la demandante en la Clínica demandada, que la actora le comentó que tuvo que tomar la decisión de renunciar ante el extenso cumplimiento de trabajo que debía trabajar, así como el incumplimiento en el pago de las prestaciones en tema de horas extras y festivos y dominicales que no reconocían. Que la operación de odontología en la clínica demandada, solamente podía atender los pacientes que eran de dicha clínica, esto es, que era la clínica la encargada de conseguir los pacientes, por convenios o casos particulares, y ahí le asignaban una odontóloga. Que la clínica era la encargada de suministrar todos las instrumentales, unidades odontológicas para la atención de los pacientes, servicios de electricidad, auxiliar, materiales, instrumentos que eran de propiedad de la clínica. Que las odontólogas no podían atender a los pacientes de la clínica en otro lugar, fuera de las instalaciones de la demandada. Que la demandante recibía mensualmente un pago directamente de la clínica demandada.

Por otro lado, se recibió el testimonio de la señora **PAOLA ANDREA LEAL PÉREZ**, quien indicó que conoce a la demandante por que ambas son odontólogas, y si bien conoce hace mas de 9 años a la actora, trabajó en la clínica demandada por un periodo de 6 meses, desde enero de 2010 a junio de 2010, trabajó como odontóloga,

atendiendo a pacientes asignados por la demandada salud oral. Los pacientes los daba la clínica, y todos los elementos los daba la clínica demandada. No se podía atender los pacientes en otro sitio, porque eran clientes de la demandada. Que el turno era de 24 horas, si entraba a las 7:00 AM se salía hasta el día siguiente a las 7:00 AM. Que no se podían delegar las funciones en un tercero.

Se recibió el testimonio de la señora **ANDREA PAOLA RODRIGUEZ**, quien indicó ser la Directora administrativa de la demandada desde el año 2009, y conoce a la demandante por cuanto estuvo vinculada con la clínica desde finales de 2012 hasta inicios de 2014. Que la clínica presta sus servicios 24 horas al día, los 365 días al año, nunca cierra, tiene un personal de planta, los que tienen un contrato de trabajo, por ejemplo las auxiliares, y los profesionales de salud, son contratistas, para ésta contratación se hacen convocatorias a través de "miempleo.com", los odontólogos generales cubren los turnos de 24 horas, organizados de tal manera que siempre haya un profesional a todo momento. Como entidad prestadora de salud, los rige las directrices del Ministerio de Salud, los diferentes estándares los conocen los profesionales en salud. Si un paciente llega con una urgencia, el profesional de salud le hace un diagnóstico, y se programa cita de la agenda. La demandante, como los demás profesionales de salud presentaba oferta de asignación de citas. Que respecto de los turnos, si la demandante debía ausentarse, tenía que dejar listo el reemplazo para que la cubriera en el turno e informarlo. Que para el cambio de turnos, debían informarlo y solicitarlo, toda vez que no estaban en una clínica particular, sino que estaban al servicio de una clínica, y debían hacerse los cambios administrativos respectivos. En cuanto a la dotación e infraestructura que suministra la clínica, indicó que efectivamente para cumplir con las exigencias y estándares del Ministerio de Salud, debían ser dotadas por demandada, pues de lo contrario, no pueden garantizar que cada odontólogo use los insumos o elementos debidamente desinfectados o tal y como los exige el Ministerio. Así mismo, indicó que la demandante podía prestar su servicio en otra clínica, no estaban en tiempo completo, sino por horas.

Se recibió el testimonio de la señora **ADRIANA MARIA SERDA AGUIRRE**, quien indicó estar vinculada con la clínica demanda, para desempeñar el cargo de odontóloga, y por tal razón conoce a la demandante. Que todos los profesionales de la salud, odontólogos generales están vinculados mediante contrato de prestación de servicios, los cuales prestan sus servicios mediante turnos de 24 horas, para atender las urgencias y citas médicas. Que no le consta que la demandante haya presentado una oferta de servicios a la clínica. Que en temas de

reemplazos, debía conseguir una persona de la clínica o un tercero para reemplazarlo, la exigencia de la clínica era que el que iba a realizar el reemplazo debía ser odontólogo. Que en el contrato de prestación de servicios no existía cláusula de exclusividad. Que la demandante el comentó que trabajaba en Galerías y Marly. Que la remuneración variaba, dependiendo de los pacientes que atendía. En la clínica se manejaba una coordinación de horarios, para reportarlos a los convenios los turnos que se ofrecían. Que debían asistir a reuniones informativas, de retroalimentación para saber como funcionaban los convenios. Que la clínica proporcionaba los elementos y equipos para que los odontólogos pudieran prestar sus servicios.

Finalmente, se recibió el testimonio de la señora **KARINA LILIANA GONZALEZ**, quien indicó estar vinculada con la clínica demanda, para desempeñar el cargo de odontóloga, y por tal razón conoce a la demandante. Que el modo de trabajo de la clínica es que llegan pacientes sin cita, los que llegan de urgencias, y otros con cita, esto es, previamente programados. Que le presentaba una oferta de servicios para trabajar, tenían que ofrecer mas tiempo para los pacientes de mas. Que los elementos eran parte de la clínica, no se pueden cargar, pues debía garantizar la esterilización, y desinfección específica que no la hacen los odontólogos. Que para ausentarse, podían ausentarse, pero debía informar y coordinar el reemplazo del turno. Que no hay cláusula de exclusividad en el contrato. Que no le consta que la demandante trabajara en otra clínica. Que los aportes al Sistema de Seguridad Social se realizan como independiente. Que la demandante trabajaba en turnos de 24 horas, y los horarios eran coordinados con los odontólogos, para poder ofrecer las 24 horas. Que para el pago de los honorarios, es indispensable la presentación de una cuenta de cobro, los honorarios todos los meses cambian, por depender de la cantidad de pacientes gana.

Tenemos que, de conformidad con los interrogatorios de parte rendidos, así como los testigos que se practicaron en audiencia, es claro que la demandante prestó sus servicios de manera personal en las instalaciones de la clínica demandada.

Así pues, una vez acreditada la prestación personal del servicio, se presume la existencia la subordinación laboral, salvo que la demandada desvirtúe la misma, con el fin de determinar que las actividades desempeñadas por la actora eran autónomas e independiente, con el fin de configurar un contrato de carácter civil o comercial, situación que no sucedió en el presente asunto.

En ese contexto, resulta viable presumir la existencia del contrato de trabajo que no logró desvirtuar la demandada, dado que en su defensa adujo respecto del suministro de elemento o dotación lo hacía en cumplimiento de las Circulares y Decretos expedidos por el Ministerio de Trabajo, aunado al hecho que argumenta que el Juzgado de primera instancia no hizo alusión alguna a las regulaciones administrativas que debe cumplir la clínica accionada. No obstante, lo cierto es que tal situación se escapa de la órbita de la relación que ató a las partes, pues una cosa es las regulaciones administrativas que debe cumplir la clínica demandada, conforme los Decretos, Resoluciones y Circulares expedidas por el Ministerio de Salud y Superintendencia Nacional de Salud, precisamente para lograr los permisos para su funcionamiento y regulación, que de no cumplirlos, podrían acarrear una sanción el establecimiento por parte del Ministerio, y otra distinta la que ésta tiene con sus trabajadores, que en todo caso, es la que se discute en el presente asunto.

Ahora, en relación al elemento de **subordinación**, el cual aduce la parte demandada que no existió, vale precisar que dicho elemento es el diferenciador entre un contrato de prestación de servicios y un contrato laboral y a pesar de que alega que la demandante se vinculó mediante un contrato de prestación de servicio, tal situación no desvirtúa el posible elemento de subordinación que pasa a estudiar esta Sala de decisión.

En el presente caso la entidad demandada no desvirtuó dicha presunción puesto que no demostró que la señora SANDRA PATRICIA BARRETO LOPEZ prestara sus servicios con la autonomía e independencia que caracteriza dichas formas de contratación directa como son los contratos de prestación de servicios, precisando que se acreditó que el demandante cumplió las funciones del cargo "Odontóloga", conforme la documental obrante a folio 352 y 353 del plenario, en la que se detalla las actividades ejercidas por la actora con ocasión al contrato suscrito con la accionada, actividades de las cuales no eran ajenas al giro ordinario de las desarrolladas por la demandada en atención a su objeto social; contrariamente eran funciones propias del servicio a ésta encomendada.

Sumado a lo anterior, no puede soslayarse el hecho de que conforme a las probanzas, la demandante tenía que cumplir un horario de trabajo, por demás extenso de 24 horas, circunstancia que por demás es **indicativa** de subordinación al tenor de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 6ª de 1945, aunado al hecho que no podía tomar decisión alguna respecto de la atención de los pacientes que le asignaba la clínica.

Aunado a lo anterior, conforme las manifestaciones por las testigos, era la clínica la encargada de suministrar todos los instrumentales, unidades odontológicas para la atención de los pacientes, servicios de electricidad, auxiliar, materiales, instrumentos que eran de propiedad de la clínica, para poder ejercer las funciones por parte de las odontólogas, por ser su objeto social, aunado al hecho del cumplimiento de las exigencias del Ministerio de Salud.

Así pues, nótese el poder subordinante que se ejercía sobre la actora conforme la documental correspondiente a correos electrónicos, mediante la cual le comunicaban directrices, asignación de turnos, autorización de cambio de turnos, etc. Se lo que se concluye que la demandante no tenía la potestad de ausentarse del puesto de trabajo cuando quisiera, así como tampoco la de delegar funciones, en tanto que en el evento en que quisiera ausentarse del sitio de trabajo, debía solicitarlo, y conforme las últimas instrucciones dadas por la demandada mediante correo electrónico, debía hacerlo mínimo con 3 días de anticipación, solicitud que debía ser autorizada por la demandada, y tan solo en ese evento podía no asistir al turno impuesto por la demandada; de las que se puede establecer que evidentemente la actora estaba sujeta a órdenes, así como a un horario, lo que constituye "*elemento indicativo de la subordinación laboral*", aspecto que excluye el concepto de autonomía, propio de vinculaciones jurídicas distintas al contrato de trabajo, quedando claro igualmente con las declaraciones recibidas dentro del plenario, que la actividad la cumplía en las instalaciones de la entidad demandada, obedeciendo órdenes, cumpliendo las directrices impuestas, tanto es así que la señora MARTHA GRACIELA GARCÍA, definió las circunstancias sobre las cuales se ejecutó la relación de trabajo, acreditando la subordinación que le ejercía la accionada a la aquí demandante. Por otro lado se resalta que el dicho de la señora PAOLA ANDREA LEAL PÉREZ no cobra especial relevancia, como quiera que ésta prestó sus servicios en el año 2010.

Por su parte, las señoras ANDREA PAOLA RODRÍGUEZ, ADRIANA MARIA SERDA AGUIRRE y KARINA LILIANA GONZALEZ coincidieron en afirmar y confirmar lo analizado por ésta Sala, en cuanto al hecho que si la demandante debía ausentarse, tenía que dejar listo el reemplazo para que la cubriera en el turno e informarlo a su superior para que hubiese una "coordinación", lo cual coincide con los correos electrónicos, y las directrices allí impartidas, en las que se les indica que deben solicitar el cambio de turno con mínimo 3 días de anticipación, en tanto que afirmó que debía solicitar el permiso "toda vez que no estaban en una clínica

particular, sino que estaban al servicio de una clínica”, para hacerse los cambios administrativos respectivos.

Por otro lado, basta precisar que en el presente asunto no se trataba de un arriendo del lugar o puesto de trabajo donde desempeñaba las funciones la aquí demandante, en el que la actora tuviera plena autonomía de llevar los pacientes que quisiera para atender, sino que por el contrario, eran pacientes asignados por la demandada, los cuales tenían convenios con la clínica, o que se acercaban en forma particular, de lo que se reitera que la demandante no podía tomar decisión alguna respecto de la atención de los mismos, pues eran asignados por la demandada, máxime si se tiene en cuenta que la demandante no tenía la autonomía de indicarle al paciente que tenía la posibilidad de atenderlo en otro sitio, así como tampoco traer cualquier persona para que fuera atendida en dicho establecimiento, pues se reitera se trataba de pacientes que tenían convenio con la demandada o que se acercaban a la clínica demandada de manera particular, y que de llegar a ser conocidos por la demandante, debían pasar por las reglas de la institución demandada para su atención.

Todo lo anterior da cuenta que, contrario a lo que afirmado por el apoderado de la demandada, lo que existió fue una verdadera relación de carácter laboral subordinada, en tanto el trabajo que desarrolló la actora era controlada; se le imponía el cumplimiento de un horario de trabajo que, es indicativo de la dependencia laboral; desempeñaba sus funciones con elementos de trabajo que le asignaba el instituto demandado, hechos que tiene respaldo en la prueba testimonial practicada dentro del plenario, lo que conducen a concluir que las actividades realizadas por la actora no podían realizarse de manera autónoma, y por el contrario, estaba sujeta a una subordinación.

Al estar demostrada la prestación personal del servicio por parte de la demandante, y no estar acreditada la autonomía e independencia al momento desarrollar el objeto contractual, no queda otro camino que dar aplicación a la presunción establecida en el artículo 24 del código sustantivo del trabajo en el sentido de determinar que la relación que unió a las partes se dio mediante un contrato de índole laboral, CONFIRMANDO de esta manera la sentencia proferida en primera instancia.

Finalmente, como quiera que no fue objeto expreso de apelación las condenas impuestas en primer grado, la Sala **CONFIRMARÁ** en su integridad el fallo proferido en primera instancia.

**COSTAS.** Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 15 de marzo de 2019 por el Juzgado 19º Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO:** Sin **COSTAS** en esta instancia.

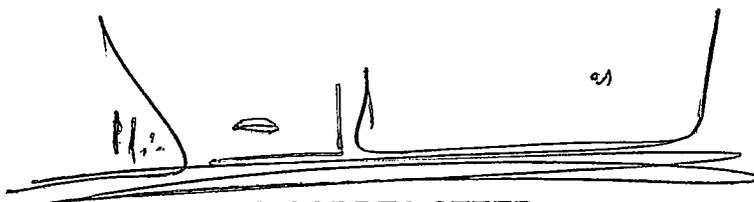
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310501920160007701)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310501920160007701)



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310501920160007701)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 02-2019-00468-01**

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

**DEMANDANTE: LUIS ANTONIO DIAZ ARGOTTY**

**DEMANDADO: COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS**

**ASUNTO : APELACIÓN (DEMANDADA)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de mayo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 06 de julio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El señor **LUIS ANTONIO DIAZ ARGOTTY**, instauró demanda ordinaria laboral en contra de **COLFONDOS SA**, con sus respectivos sustentos, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor, por los siguientes conceptos (fls 4 y 5):

- 1) Condenar a la AFP COLFONDOS SA a reconocer y pagar la pensión de invalidez a favor del señor LUIS ANTONIO DIAZ ARGOTTY, a partir del 27

de septiembre de 2018, fecha de emisión del dictamen de pérdida de capacidad laboral.

- 2) Condenar a la AFP COLFONDOS SA a reconocer y pagar los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por la tardanza en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.
- 3) Costas procesales.

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada AFP COLFONDOS SA, contestó la demanda (fls. 41 a 55), de acuerdo al auto visible a folio 80, oponiéndose a las pretensiones y proponiendo en su defensa excepciones de mérito. (fls. 37-242).

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 13 de mayo de 2021. **DECLARÓ** que el señor LUIS ANTONIO DIAZ ARGOTTY, tiene derecho a la pensión de invalidez a partir del 27 de septiembre de 2018, prestación que esta a cargo de la AFP COLFONDOS SA. **CONDENÓ** a la AFP COLFONDOS SA a reconocer la pensión de invalidez a partir del 27 de septiembre de 2018, de manera vitalicia, la cual no podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente, y deberá ser ajustada anualmente, conforme los incrementos decretados por el Gobierno Nacional. **CONDENÓ** a la AFP COLFONDOS SA a reconocer y pagar al actor, el retroactivo por las mesadas pensionales dejadas de cancelar. **CONDENÓ** a la demandada AFP COLFONDOS SA a reconocer y pagar las sumas adeudadas de manera indexada, desde la fecha de causación de cada una de las mesadas, hasta el momento en que se produzca el pago efectivo, en los términos expuestos en la parte motiva de la providencia. **ABSOLVIÓ** a AFP COLFONDOS SA de las demás pretensiones incoadas en su contra. **COSTAS** a cargo de la parte demandada.

### RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** interpuso recurso de apelación de los siguientes puntos de la sentencia:

- 1. RECONOCIMIENTO PENSION DE INVALIDEZ:** Solicita se revoque en su integridad la sentencia proferida en primera instancia, teniendo en cuenta que el demandante no cumple con los requisitos para tener derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez, toda vez que la fecha de estructuración data del 20 de septiembre de 2017, por lo que debe ser aplicada la Ley 860 de 2003, y por tanto, el requisito aplicable es haber cotizado 50 semanas, dentro de los 3 últimos años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, requisito que no fue satisfecho por el demandante, ya que cotizó 6 meses los últimos 3 años, inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, máxime si se tiene en cuenta que el Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral expedido por la Compañía de Seguros Bolívar no fue controvertido, por lo que está en firme.

Por otro lado, señala que el demandante actualmente se encuentra laborando y cotizando, por lo tanto no ha perdido su capacidad laboral, y por tal razón no se puede imponer a COLFONDOS SA reconocer la pensión de invalidez, no siendo procedente acomodar la norma al demandante para reconocer a toda costa la prestación.
- 2. DISFRUTE DE LA PENSIÓN:** En el evento en que se confirme la sentencia proferida en primera instancia, solicita se reconozca la prestación a partir del momento en que el demandante deje de realizar cotizaciones efectivas al sistema, es decir, desde la última cotización.
- 3. INTERESES MORATORIOS E INDEXACIÓN:** Señala que no es procedente la condena de intereses moratorios, en atención que la AFP demandada actuó de conformidad con la normatividad vigente, y en ese sentido, tampoco es procedente la indexación de las sumas, en tanto que el demandante no acreditó los requisitos para tener derecho a la pensión de invalidez, si bien el Juez se basa en que la enfermedad del demandante es una enfermedad crónica y degenerativa, conforme la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia, se deben analizar las condiciones particulares de cada caso, por lo que la pensión debe ser reconocida al momento en que exista una definitiva y permanente pérdida de capacidad laboral.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le

mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

## CONSIDERACIONES

### DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Sí el señor LUIS ANTONIO DIAZ ARGOTTY tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez con fundamento en la Ley 860 de 2003. **2.** Intereses moratorios de que trata el Art. 141 de la Ley 100 de 1993. **3.** Indexación.

### DE LA PROCEDENCIA DEL CAMBIO DE LA FECHA DE ESTRUCTURACIÓN PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSION DE INVALIDEZ BAJO LOS PARÁMETROS ESTABLECIDOS EN LA LEY 860 DE 2003:

Sea lo primero señalar que mediante Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral proferida por la Compañía de Seguros Bolívar (fls. 17 y 18), se le dictaminó una pérdida de capacidad laboral al señor Luis ANTONIO DIAZ ARGOTTY del 71,78% de origen común, con fecha de estructuración del 20 de septiembre de 2017, por la patología "insuficiencia Renal Terminal".

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, por regla general las leyes laborales tienen efecto general inmediato y rigen las situaciones que se configuren desde su expedición y hasta que permanezcan vigentes. En ese orden, está prohibida su aplicación retroactiva, justificándose solamente la aplicación de normas anteriores en virtud del principio de la condición más beneficiosa, como en precedencia se realizó.

No obstante, a pesar de que el actor en principio no cumpliría con los requisitos legales vigentes para el momento en que se estructuró la invalidez, no puede desconocer la Sala que el demandante laboró y cotizó en total **145,14** semanas comprendidas desde diciembre de 2011 al ciclo de agosto de 2018 como se evidencia en la historia laboral que reposa en el expediente administrativo visto a folios 11 y 12 del plenario, siendo necesario tener en cuenta lo dispuesto por la H. Corte Constitucional, que en casos similares, en sede de tutela ha estudiado la

situación de afiliados que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, que siguieron laborando con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, todo sustentado en la dificultad que tienen los órganos encargados de calificar la pérdida de capacidad laboral en estas patologías, pues no siempre coincide la fecha de estructuración de la invalidez, con la pérdida de capacidad laboral en forma permanente y definitiva, ya que aún enfermas pudieron laborar y como consecuencia cotizar, después de la estructuración asignada.

Frente al tema, se tiene que en caso de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, que desmejoran las condiciones de salud de manera paulatina, no es dable entender como fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral el momento en que se presenta la enfermedad o el primer síntoma, sino que deberá tenerse en cuenta lo aportes realizados al Sistema General de Pensiones durante el tiempo comprendido entre tal data y el momento en que la persona pierde por completo su capacidad laboral de forma permanente y definitiva, esto es, en que se desvincula laboralmente o deja de realizar aportes al sistema. En tal sentido pueden consultarse las sentencias, T 962 de 2011 y T 022 de 2013.

En igual sentido, en sentencia T 479 del 14 de julio de 2014, el máximo Tribunal Constitucional reiteró:

*«(...) En este orden de ideas, la Corte ha sostenido que un fondo de pensiones debe tener en cuenta las cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez. Esta postura parte de la consideración de que, aunque la fecha de estructuración se haya fijado en un momento determinado, en ciertos casos es posible que con posterioridad a esa fecha, la persona conserve una capacidad laboral residual que, sin que se advierta ánimo de defraudar al sistema de pensiones, le haya permitido seguir trabajando y cotizando hasta que llega a un punto en que la incapacidad se vuelve total.*

*En suma, esta Corporación, dependiendo del caso concreto, ha admitido como fecha de estructuración de la invalidez (i) un momento posterior al definido en el dictamen médico de pérdida de capacidad laboral, y (ii) un momento anterior al definido en el mismo dictamen. Ambas situaciones tienen fundamento en la concepción constitucional de la invalidez, que, como ya se advirtió, se explica cómo la imposibilidad de la persona para continuar proveyendo el sustento económico que le garantice su mínimo vital, y la subsecuente afiliación a la seguridad social. Así las cosas, para establecer el momento en que se pierde efectivamente la capacidad laboral cuando se trata de personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, el dictamen de pérdida de capacidad laboral debe incorporar las razones objetivas de dicha pérdida, y en ocasiones, el contenido del dictamen se debe armonizar con el momento en que el estado de invalidez se*

*exteriorizó, de forma tal que le impidió al usuario continuar realizando una labor o actividad económica para su sustento y el de su familia. (...)»*

En igual sentido, la sentencia T- 043 de 2014 de la H. Corte Constitucional ha expresado la posibilidad en que se encuentra de que la fecha de estructuración real o material que se pudiere determinar por el juez, puede no coincidir con la fecha ficta de estructuración inicialmente fijada por el dictamen.

*“Con base en las anteriores consideraciones es viable concluir que, cuando una entidad estudia la solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, a quien se le ha determinado una fecha de estructuración de invalidez en forma retroactiva, deberá tener en cuenta los aportes realizados al Sistema durante el tiempo comprendido entre dicha fecha, y el momento en que la persona pierde su capacidad laboral de forma permanente y definitiva. Es decir, la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral debe alcanzar un grado de determinación que refleje la situación médica y laboral real de la persona.<sup>1</sup>*

*Finalmente la Sala recuerda y resalta que la jurisprudencia de esta Corte ha reconocido de forma reiterada, coherente y decantada, en múltiples pronunciamientos, la condición especial de las personas que sufren enfermedades crónicas degenerativas o congénitas, **respecto de las cuales la imprecisión en la fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral, afecta su derecho a la pensión de invalidez. Por estas consideraciones se ha entendido que la fecha establecida por los organismos calificadores de la invalidez es ficta y el juez puede desvirtuarla a favor del beneficiario.***

(...)

*En el presente caso la señora Ruby Amparo Cárdenas padece hipertensión arterial con secuelas neurológicas severas y gastrostomía, enfermedades de origen común. En dictamen del **25 de agosto de 2010** el grupo interdisciplinario de calificación de Seguros de Vida Alfa S.A. determinó una pérdida de capacidad laboral del 78.75%, de origen común, con fecha de estructuración de la invalidez el 18 de noviembre de 2009.*

*Sin embargo la Sala evidencia que esta fecha, a pesar de lo que señala el dictamen, no representaría el momento en que la accionante perdió su capacidad laboral en forma permanente y definitiva, como exige el Decreto 917 de 1999. Por el contrario, en el expediente obra prueba de que la cooperativa a la que se encontraba afiliada la actora cotizó con posterioridad al 18 de noviembre de 2009, aspecto que denota que aun persistía una relación jurídica legítima con base en la que se efectuaron aportaciones al sistema de seguridad social en favor de la demandante. **Por tal razón en este caso se tomará como fecha de consolidación de la invalidez la correspondiente a la del día del dictamen (25 de agosto de 2010), en virtud de las consideraciones expuestas al referir el precedente constitucional sobre la materia, y dadas las especiales condiciones de salud de la peticionaria, quien***

<sup>1</sup> Sentencia T-163 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa.

***posee una enfermedad severa de origen común, y en observancia al hecho de que la cooperativa de la que hacía parte continuó cotizando al Sistema.***

En el caso bajo examen, la problemática radica en que para la fecha reportada como la de estructuración de la invalidez, no se encuentran cotizadas las semanas requeridas para acceder al reconocimiento pensional, pues al observar el reporte de historia laboral, acredita 7,71 semanas entre el 20 de septiembre de 2014 y el 201 de septiembre de 2017 (fecha de estructuración). Sin embargo, no puede perderse de vista que sí existen semanas que fueron cotizadas con posterioridad, por la circunstancia especial de la enfermedad que, aun siendo de gravedad, le permitió al afiliado seguir cotizando.

En sentencia SL 1122 de 2017 adoctrinó en cuanto a las enfermedades congénitas, degenerativas o catastróficas, trayendo a colación la sentencia SU 588-2016 en la que se pronunció la H. Corte Constitucional:

*Ahora bien, tratándose de enfermedades simplemente congénitas, es decir, aquellas que se presentan desde el momento mismo del nacimiento, esta Corte advierte que la razón del especial análisis que le corresponde realizar a los Administradores de Fondos de Pensiones no se basa en las características progresivas de la enfermedad, sino en la imposibilidad fáctica y jurídica que tienen estas personas de cotizar con anterioridad al día de su nacimiento, motivo por el cual, este razonamiento encuentra su principal fundamento en la observancia de los principios de igualdad y dignidad humana, inherentes a todo ser humano. Interpretar lo contrario implicaría una contradicción, puesto que no parece lógico que el Estado propenda por la inclusión laboral de las personas en situación de discapacidad, pero impida que accedan a un reconocimiento prestacional propio de cualquier trabajador.*

Y con respecto a las enfermedades catastróficas y degenerativas, en la misma sentencia expresó:

***“Lo anterior, se fundamenta en el hecho de que en el caso de las enfermedades degenerativas y crónicas, sus efectos no aparecen de manera inmediata, sino que éstas se desarrollan dentro de un lapso prolongado, ocasionando que la fuerza laboral se vaya menguando con el tiempo y, por lo tanto, permitiendo a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que le impida de manera cierta desarrollar una labor.”***

Este criterio se acompasa con lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como la del 19 de octubre de 2006 Radicación No 29622, reiterado en la sentencia del 4 de noviembre de 2015, Radicación No 53986 – SL6374 de

2015, al señalar que los dictámenes emitidos por las Juntas de Calificaciones no son inamovibles, en especial en aspectos como la fecha de estructuración de la invalidez y más como en el presente caso en que el afiliado continuó laborando con posterioridad a ésta, siendo posible que el juez haciendo uso de todos los medios probatorios admisibles, **concluya una fecha de estructuración de la invalidez distinta**, la cual en todo caso debe ser contemporánea con la fecha en que el afiliado *no pudo seguir laborando*.

En el caso bajo estudio, al verificarse el dictamen de pérdida de capacidad laboral, se observa que se le diagnosticó al demandante “Insuficiencia renal terminal”, padecimiento que al ser terminal se considera como crónica y degenerativa, el cual es de larga duración, pues son permanentes en el tiempo y se agravan de manera paulatina, lo cual eventualmente permite al paciente continuar con su actividad de trabajo, pese a que la pérdida de capacidad laboral se considere estructurada en fecha anterior.

Teniendo en cuenta lo anterior, puede concluirse que la enfermedad que padece el actor tiene la connotación de ser degenerativa en los términos establecidos por el alto tribunal constitucional en la Sentencia de Unificación 588 de 2016, al indicar que en el caso de las enfermedades degenerativas y crónicas sus efectos no aparecen de manera inmediata, sino que ésta se desarrolla dentro de un lapso prolongado, ocasionando que la pérdida laboral se vaya amenguando con el paso del tiempo, y por lo tanto, permitiendo a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación se lo permita.

De tal manera que, deberá entenderse como fecha de estructuración de la pérdida de capacidad del accionante, no la determinada en el Dictamen efectuado, esto el 20 de septiembre de 2017, sino la data en que se profirió el Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral, esto es, el **27 de septiembre de 2018**, tal y como lo indicó el Juez de Primera instancia.

En virtud de lo expuesto, la norma aplicable de acuerdo con la fecha de estructuración del estado de invalidez corresponde al artículo 1<sup>2</sup> de la Ley 860 de

---

<sup>2</sup> Artículo 1°. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así:

**Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez.** Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, que establece como beneficiario de la pensión de invalidez por invalidez causada por enfermedad, siempre y cuando haya cotizado 50 semanas dentro de los 3 últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento del demandante.

De acuerdo con la Historia Laboral visible a folios 10 y 11, se acreditaría el cumplimiento de los requisitos, como quiera que entre 27 de septiembre de 2015 y el 27 de septiembre de 2019, fecha de estructuración de estado de invalidez, el demandante cotizó un total de **55,71** semanas.

Así las cosas, contrario a lo afirmado por el apoderado del fondo demandando, habida consideración que el actor cumple la densidad de cotizaciones requerida por la ley, se concluye entonces la configuración de los requisitos para el otorgamiento de la pensión de invalidez reclamada.

En cuanto a la fecha de disfrute de la prestación, debe señalarse que si bien cumplió los requisitos exigidos por la Ley, lo cierto es que del reporte de semanas cotizadas, se observa que cuenta con cotizaciones hasta el ciclo de enero de 2019, razón por la cual, la pensión de invalidez será reconocida a partir del **1 de febrero de 2019**, en cuantía mensual de un SMLMV, junto con **13** mesadas pensionales al año, toda vez que adquirió el derecho a la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011, conforme lo establecido en el parágrafo transitorio 6 del Acto Legislativo 01 de 2005, MODIFICANDO PARCIALMENTE los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia proferida en primera instancia.

#### **INTERESES MORATORIOS DE QUE TRATA EL ART. 141 DE LA LEY 100 DE 1993:**

El Juez de instancia absolvió a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, sin embargo ordenó el pago de las sumas adeudadas de

---

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. El texto subrayado fue declarado **INEXEQUIBLE** por la Corte Constitucional mediante Sentencia **C-428** de 2009.

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

manera indexada, decisión que mereció reproche a la parte demandada, indicando que no es procedente la condena de intereses moratorios, así como tampoco de la indexación, en atención que la AFP demandada actuó de conformidad con la normatividad vigente.

Frente al tema ha de traer a colación reciente pronunciamiento expedido por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1019 del 12 de febrero de 2020 mediante la cual ha adoctrinado que en lo referente con la imposición de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los mismos no son procedentes cuando el actuar de las administradoras, a efectos de negar las prestaciones que tienen a su cargo, encuentren justificación en la norma con la que se debía resolver el derecho, pues su proceder no se puede calificar de arbitrario o caprichoso. Es así como en sentencia CSJ SL552-2018, rad. 66940, en la que se recordó lo considerado en la SL16390-2015 Rad. 40868.

Teniendo en cuenta el precedente anterior, en el caso bajo examen no es viable condenar a la entidad accionada al pago de los intereses moratorios consagrados en el precitado artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en atención a que la pensión de invalidez fue negada con sujeción a la norma vigente para la fecha de estructuración que le fue declarada por la Junta Regional de Calificación de invalidez, y tal sentido, actuó bajo el amparo de una disposición en pleno vigor.

En ese sentido, si bien no hay lugar a la imposición de la condena por intereses moratorios en casos como el que se decide, en los que se concede la pensión de invalidez con fundamento en un cambio de jurisprudencia que no podía prever la administradora de pensiones, lo cierto es que si es procedente el pago del retroactivo adeudado debidamente indexado, dada la pérdida del valor adquisitivo del mismo, acorde a la fórmula acogida por esta Corporación, a la cual se hizo mención en la sentencia CSJ SL1001-2018, conforme lo indicó el Juez de primera instancia, confirmando el numeral cuarto de la sentencia proferida en primera instancia.

No existiendo otro objeto de inconformidad, se confirmará en lo demás.

#### **COSTAS.**

Sin costas en la instancia.

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

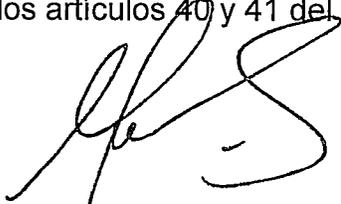
**RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE** los numerales primero, segundo y tercero de sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que el señor LUIS ANTONIO DIAZ ARGOTTY, tiene derecho a la pensión de invalidez a partir del 1 de febrero de 2019, la cual será de manera vitalicia y no podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente, y deberá ser ajustada anualmente, conforme los incrementos decretados por el Gobierno Nacional. **CONDENAR** a la AFP COLFONDOS SA a reconocer y pagar al actor, el retroactivo por las mesadas pensionales dejadas de cancelar desde el 1 de febrero de 2019.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo restante la sentencia proferida en primera instancia.

**TERCERO: Sin COSTAS** en la instancia.

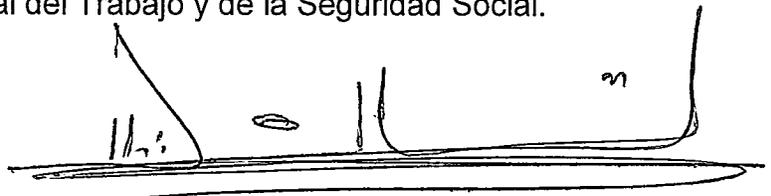
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310500120190046801)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310500120190046801)



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310500120190046801)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 06-2017-00444-01 y 06-2017-00444-02**

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

**DEMANDANTE: FRANSEY MORENO HERRERA  
DEMANDADO: UNIDAD QUIRURGICA LOS ALPES SAS  
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DEL AUTO DE  
DECRETO DE PRUEBAS  
RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA PARTE  
DEMANDANTE EN CONTRA DE LA SENTENCIA  
PROFERIDA EN PRIMERA INSTANCIA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación Parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 6º Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de noviembre de 2018, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de las partes, no presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 30 de octubre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

La señora FRANSEY MORENO HERRERA instauró demanda ordinaria laboral contra la sociedad UNIDAD QUIRÚRGICA LOS ALPES SAS, debidamente

sustentada como aparece a folios 4 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Declarar que la terminación del contrato de trabajo realizada por la demandada no produce efectos jurídicos.
2. Declarar que para la fecha en la cual la demandada terminó unilateralmente el contrato de trabajo, la demandante se encontraba en una situación de debilidad manifiesta.
3. Declarar que para la fecha en la cual la demandada decidió terminar unilateralmente el contrato de trabajo, la demandante se encontraba en una situación de estabilidad laboral reforzada.
4. Condenar a la demandada a reintegrar a la demandante al cargo para el cual fue contratada o a un cargo en el que pueda desempeñar las funciones para las cuales se encuentre capacitada.
5. Condenar a la demandada a cancelar a la demandante los salarios dejados de percibir desde su desvinculación hasta cuando sea reintegrada laboralmente, sin que medie solución de continuidad.
6. Condenar a la demandada a cancelar a la demandante las prestaciones sociales dejadas de percibir desde su desvinculación hasta cuando sea reintegrada laboralmente, sin que medie solución de continuidad.
7. Condenar a la demandada a cancelarle a Colpensiones el valor de los aportes con los intereses correspondientes por concepto de pensión de la demandante.
8. Condenar a la demandada a cancelar a la actora el valor de la indemnización de que trata el Art. 26 de la Ley 361 de 1997.
9. Facultades ultra y extra petita.
10. Costas procesales.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

La sociedad UNIDAD QUIRÚRGICA LOS ALPES SAS (fls. 24 a 76), de acuerdo al auto del 27 de febrero de 2018 (fl. 141). Se opuso a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

### **REFORMA DE LA DEMANDA**

La parte demandante presentó reforma de la demanda, conforme se observa a folios 77 a 140, en el entendido de incorporar las pruebas que se relacionan a folio 77 del expediente.

### CONTESTACIÓN DE LA REFORMA DE LA DEMANDA

Mediante auto del 27 de junio de 2018, el Juzgado de primera instancia dio por no contestada la reforma de la demanda (fl. 150).

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 6° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 20 de noviembre de 2018, **ABSOLVIÓ** a la demandada **SOCIEDAD QUIRÚRGICA LOS ALPES SAS**, de conformidad con lo expuesto en la parte motivo de la decisión. **COSTAS** a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$300.000.

### RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

1. **REINTEGRO POR ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA:** Interpone recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, a efectos que sea revocada y se accedan a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que son procedentes las pretensiones que se presentan en la demanda, toda vez que al momento en que el empleador dio por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral, la demandante padecía una discapacidad severa o profunda, conforme la jurisprudencia reglante. Así las cosas, cuando un trabajador acude a la justicia laboral, invocando estabilidad laboral reforzada, y por ende debilidad manifiesta, hay que tener en cuenta la presunción de desvinculación laboral discriminatoria, esta presunción hace que la carga de la prueba se invierta y en consecuencia le corresponde al empleador demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento, motivos distintos a la discapacidad del trabajador. Por otro lado, señala que amparados por la presunción que se de carácter constitucional, se puede concluir que en el *sub examine* la parte demandada

no logró desvirtuar dicha presunción, y en consecuencia, las pretensiones están llamadas a prosperar, por lo que desde esa óptica Constitucional, efectivamente debe darse por cierto, salvo norma en contrario -que no existe- que la desvinculación fue la discapacidad del trabajador, por lo tanto la presunción de la violación a los derechos fundamentales de la demandante no se desvirtuó por parte de la sociedad demandada, máxime si se tiene en cuenta que las afecciones de salud que aquejaban a la demandante eran continuas, constantes, permanentes y graves.

Es así que, el trabajador por su condición de salud que se ve afectado en su productividad, no se hace necesario, como lo indicó el Juzgado de instancia, que se requiera de calificación alguna, ni certificación, ni cuantificación por parte de la Junta Regional ni entidad, basta que la productividad del trabajador se vea afectada para que se enmarque dentro de lo que es una debilidad manifiesta, que en el presente caso, se presentó cuando la demandante ingresó a trabajar, después estando trabajando y cuando iba a terminar de trabajar.

Menciona la jurisprudencia, que una persona en condición de debilidad manifiesta por deterioro en su salud, se presenta cuando hay deterioro en su estado de salud, por lo tanto será titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada, siempre y cuando cumpla los siguientes requisitos:

1. Que se encuentre demostrado que padece serios problemas de salud. De acuerdo con la documental que milita en el expediente, es innegable que la demandante padece de serios problemas de salud, a tal punto que las incapacidades, que también obran en el expediente, denotan que hubo continuidad, en tanto que lo que se alcanzó a trabajar en el último año no fue más de 15 días. Lo anterior, les hace remitirlos a la historia clínica, que igualmente milita en el expediente, que no solo padece enfermedades físicas, sino sobre todo, patologías psicológicas, que pueden considerarse serias desde el punto de vista de la salud.
2. Que no haya una causal objetiva de desvinculación: En el caso bajo examen la única causal que se encuentra probada, es la terminación unilateral sin justa causa, causal que no es de carácter objetivo y, por consiguiente, se cumple con este segundo requisito.
3. Que subsistan las causas que dieron origen a la relación laboral: Para la época en la cual se dio por terminado el contrato de trabajo, esto es, 01

de febrero de 2017, existieron las causas que se presentaron en el año 2013, es decir, no había un motivo para terminar el contrato diferente al ya denunciado.

4. El despido sin autorización del Ministerio del Trabajo: Como bien lo reconoció al contestar la demandada, no hubo tal autorización y en consecuencia este requisito también se cumple.

Aclarado lo anterior, se encuentra plenamente demostrado que la demandante sufre de patologías que le llevaron a estar incapacitada, de manera reiterativa y casi permanente, dolencias, que aunque no la coloquen en un estado de invalidez, si le afectan su capacidad para desempeñar su actividad en condiciones normales.

Finalmente, señala que se debe diferenciar, lo que es una incapacidad transitoria, esa incapacidad transitoria no genera el derecho a la estabilidad reforzada pero una incapacidad permanente, como es en el caso que hoy centra nuestra atención, esa si genera la garantía y por tanto debe declararse de esa manera; en tanto que los padecimientos médicos que tuvo la señora Fransey, la pusieron definitivamente en una situación de debilidad manifiesta, situaciones que permiten concluir que se debe amparar la estabilidad laboral reforzada.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

### CONSIDERACIONES

**Previo a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, en contra de la sentencia proferida en primera instancia, la Sala observa que se presentó recurso de apelación en contra del auto de decreto de pruebas, por lo que por cuestiones de método, considera:**

**AUTO DECRETO DE PRUEBAS (fl. 154):**

**Pruebas a favor de la parte demandante:**

- DOCUMENTAL: Se decreta en su valor legal probatorio la documental aportada con la demanda.
- INTERROGATORIO DE PARTE Y DICTAMEN PERICIAL: En aplicación de lo previsto por el *artículo 168 del CGP* por innecesarias, se niegan las pruebas de la referencia por cuanto la documental que obra en el expediente permite dirimir el conflicto propuesto.

**Pruebas a favor de la parte demandada:**

- DOCUMENTAL: Se decreta en su valor legal probatorio la documental aportada con la contestación de la demanda.
- INTERROGATORIO DE PARTE: En aplicación de lo previsto por el *artículo 168 del CGP* por innecesaria, se niega la prueba de la referencia, por cuanto la documental que obra en el expediente permite dirimir el conflicto propuesto.

**RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE:**

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante interpone recurso de apelación en contra del auto que negó el interrogatorio de parte y el dictamen pericial, en consideración que éstas pruebas son necesarias y de vital importancia para las resultas del proceso, toda vez que, el interrogatorio de parte busca la confesión de la contraparte, confesión que se lograría con las preguntas que le harían al representante legal de la parte accionada.

Por otro lado, señala que el interrogatorio de parte busca aclarar algunos hechos presentes en la demanda, así como en la contestación de la misma, desde ésta óptica, considera que es procedente y pertinente el interrogatorio de parte.

En lo que tiene que ver con el dictamen pericial, indica que es importante para dictaminar la pérdida de capacidad laboral de la demandante, así como la fecha de estructuración, el grado de la pérdida de capacidad laboral, situación que solo puede ser resuelta por la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

Lo anterior, cobra especial importancia, en la medida que a enfermedad que padece la demandante persiste, y ha estado presente por muchos años, y es pertinente tener conocimiento si para la época del despido presentaba alguna debilidad manifiesta, teniendo en cuenta además la historia clínica, trayendo a colación la sentencia 5187233 del 21 de julio de 2016, donde modifica el criterio en relación con la debilidad manifiesta, tanto psicológica como laboral.

#### **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA:**

Por su parte, el apoderado de la demandada presenta recurso de apelación en contra del auto que niega el interrogatorio de parte demandante solicitado en la contestación de la demanda.

### **CONSIDERACIONES**

#### **Autos susceptibles de apelación:**

De conformidad con lo previsto en el numeral 4° del artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por la Ley 712 de 2001, dispone que son apelables, entre otros, ***“4. El que niegue el decreto o práctica de una prueba”***, en consecuencia, la providencia que decidió negar el decreto del interrogatorio de parte y el dictamen pericial dentro del presente asunto, es una providencia susceptible del recurso de apelación, por lo que se estima correctamente concedido el mismo.

#### **Caso concreto:**

En primer lugar, como regla general las pruebas que se pretendan hacer valer dentro del proceso, deben ser aportadas oportunamente por las partes quienes son las interesadas en las resultas del litigio, conservándose el decreto de pruebas de oficio como una medida excepcional que sólo incumbe al juez en su papel de director del proceso, y que se guía por su examen de las necesidades del juicio en el propósito de develar la verdad real de los hechos.

Por su parte el artículo 53 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, consagra que el Juez se encuentra facultado para rechazar la práctica de pruebas y diligencias inconducentes o superfluas en relación con el objeto del litigio, o para limitar el número de testimonios, cuando considere que son suficientes los recibidos o los otros medios de convicción que obran en el proceso

Bajo este esquema, el Juez Ordinario debe desarrollar sus facultades de orden legal con miras a adelantar el debate procesal en forma tal que transcurra sin complicaciones y garantizándose la celeridad propia del proceso, sin perjudicar eso si los derechos de las partes, efectuando el decreto de pruebas, guiado por un examen de pertinencia, para evitar efectuar aquellas que en nada contribuyen al establecimiento de la verdad real de los supuestos fácticos controvertidos, afectándose principios como la recta y cumplida administración de justicia, la celeridad y economía procesal, entre otros.

Así las cosas, ha de traerse a colación el artículo 168 del Código General del Proceso, que dispone que *“El Juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles”*.

En ese orden de ideas, se propende garantizar el debido proceso, así como la debida administración de justicia, se observa en el presente asunto, estima la Sala adecuada la decisión del *A quo*, en cuanto negó el decreto de los **interrogatorios de parte** solicitados por los apoderados de las partes, teniendo en cuenta que el presente litigio versa sobre un punto de derecho, por lo tanto los interrogatorios de parte solicitados son inconducentes y superfluos para definir si la demandante se encontraba en una condición de estabilidad laboral manifiesta, y si la sociedad accionada debe reconocer las prestaciones asistencias y económicas que reclama la demandante, no obstante lo anterior que con la prueba documental aportadas por las partes, son suficientes para resolver de fondo el litigio del proceso.

Respecto a la negativa de decretar el **dictamen pericial**, cabe precisar que de conformidad con lo previsto en el artículo 227 del CGP, la parte que pretenda valerse de éste debe aportarlo en la oportunidad respectiva para pedir pruebas, o si dicho término resulta insuficiente anunciarlo en el escrito respectivo y aportarlo en el término que el juez le conceda, término que no puede ser inferior a 10 días.

Adicionalmente, vale la pena traer a colación la sentencia con radicación No 34268 del 22 de septiembre de 2009, mediante la cual nuestro órgano de cierre afirmó que la pertinencia de un medio probatorio se da con el fin de acreditar un supuesto factico que se introduzca en la demanda:

*“(...) Cuando el sentenciador se aparta de lo que imponen las reglas de derecho adjetivas sobre aducción, validez, autenticidad, incluso la pertinencia de un medio de prueba en particular, su quebrantamiento debe procurarse, en principio, por la senda de lo jurídico, pues en realidad el eventual desatino no proviene de la valoración de la prueba, sino de **dilucidar si el medio probatorio es idóneo para acreditar un determinado supuesto fáctico, (...)**”*

En ese orden de ideas, si bien el medio probatorio que pretende el recurrente sea decretado, está fundamentado en un presupuesto fáctico, que sustenta una pretensión, lo cierto es que la Sala le asiste razón el Juez de Primera Instancia en el sentido de negar el decreto de la prueba pericial solicitada en la demanda, teniendo en cuenta que desde la finalización de la relación laboral (1 de febrero de 2017) a la fecha, han transcurrido mas de 4 años, y en la actualidad, pudo haber sufrido nuevas patologías que eventualmente afecten su estado de salud, y como consecuencia de ello, altere el examen que debió realizarse inmediatamente a la recomendación efectuada por ALLIANSALUD EPS, por lo que ordenar el decreto de un dictamen pericial, pasados casi 4 años de haber terminado la relación laboral, resulta ser inocuo, por lo que, con las pruebas que reposan en el plenario y que fueron decretadas previamente por el juez de instancia, y con las cuales puede ser posible resolver la Litis.

Así las cosas, no queda otro camino que despachar desfavorablemente las súplicas incoadas por los apoderados de las partes, y en su lugar, **CONFIRMAR** el AUTO proferido el 20 de noviembre de 2018, por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, en lo que tiene que ver con el decreto de pruebas.

Una vez resuelto el recurso de apelación interpuesto en contra del auto que negó el decreto del interrogatorio de parte y dictamen pericial, es procede a proferir el fallo de instancia, para lo cual se tendrán las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:**

Aclarado lo anterior, la controversia del presente proceso se centra en determinar:

1. Sí es procedente ordenar el **reintegro** de la señora FRANSEY MORENO HERRERA al cargo que venía desempeñando, uno igual o de superior jerarquía, en el evento en que se acredite que para el momento de la terminación del contrato gozaba de estabilidad laboral reforzada o algún padecimiento de salud por el cual la sociedad demandada estuviera en la obligación de solicitar autorización previa

ante el Ministerio de trabajo para disponer la terminación laboral del contrato. 2. En caso afirmativo, si es procedente ordenar pagar a la demandante los salarios dejados de percibir.

### **EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:**

No es objeto de controversia en esta instancia que la demandante FRANSEY MORENO HERRERA suscribió un contrato a término indefinido con la sociedad UNIDAD QUIRÚRGICA LOS ALPES desde el **4 de agosto de 2015** para desempeñar el cargo de "Instrumentadora Quirúrgica" para desempeñarlas en la ciudad de Bogotá, percibiendo un salario de \$1.700.000, conforme la aceptación de los hechos 1 a 4 de la demanda, lo cual se colige con la copia del contrato de trabajo visible a folios 39 a 44.

Que la demandada decidió de manera unilateral y sin justa causa dar por terminado el contrato de trabajo celebrado entre las partes, conforme la aceptación del hecho 8 de la demanda.

### **INEFICACIA DEL DESPIDO Y REINTEGRO DEFINITIVO – ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA:**

Por razones de método, la Sala comenzará con estudiar lo relativo a la estabilidad laboral reforzada que alega la parte demandante, punto central del recurso de apelación.

Así pues, el conflicto surge entonces de las circunstancias que rodearon la terminación del vínculo laboral, haciendo especial énfasis, según los hechos de la demanda, que la sociedad UNIDAD QUIRÚRGICA LOS ALPES SAS terminó de forma unilateral y aduciendo una justa causa el contrato de trabajo a término indefinido suscrito con la demandante, sin solicitar la autorización previa del Ministerio del Trabajo para su desvinculación, teniendo conocimiento de las recomendaciones indicadas por ALLIANSALUD EPS.

Así pues, frente a la ineficacia de la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del ex empleador, y sin autorización del Ministerio de Trabajo, por haber sido despedido encontrándose en malas condiciones de salud es necesario hacer énfasis a los requisitos exigidos para que un trabajador acceda a la protección contemplada en la Ley 361 de 1997.

Así pues, el artículo 53 de la Constitución Política dispone que los trabajadores gozaran de estabilidad en el empleo. A su vez, el artículo 24 Ley 361 de 1997 establece que el Estado deberá propiciar la ubicación laboral a los minusválidos discapacitados disminuidos acorde con su situación de salud, lo anterior se traduce en la protección por parte del Estado y a través de la ley para que el trabajador en casos específicos puedan verse afectados gravemente en alguna de sus garantías constitucionales permanezcan en su empleo o accedan a las indemnizaciones a que hayan lugar incluso en contra de la voluntad del empleador, ese pronunciamiento de carácter constitucional ha sido desarrollado bajo el concepto de la estabilidad laboral reforzada y está dirigida a aquellos sujetos que merecen especial protección del estado y es precisamente como en desarrollo de esas exigencias constitucionales que el legislador expidió la Ley 361 de 1997 a fin de establecer una serie de mecanismos destinados proteger a las personas con limitaciones físicas dando desarrollo a través del artículo 26 *ibídem* a la estabilidad laboral reforzada que deben gozar los trabajadores discapacitados.

En desarrollo de esta normativa y especialmente en lo que tiene que ver con las personas a que está dirigida la protección especial que consagra, según el grado de su limitación, se dispone en el artículo 5, que los individuos con limitaciones deberán aparecer como tales en el carné de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, y corresponde a las empresas promotoras de salud consignar, en tal documento, la existencia de la respectiva limitación, con la especificación del grado de limitación que presenta su portador, en las escalas de moderada, severa y profunda, con el fin de que puedan identificarse como titulares de los derechos previstos en la ley en comento. No fue una previsión caprichosa del legislador el aludir, en el citado artículo, a los distintos grados de invalidez que pueden afectar a las personas según la limitación que padezcan, por el contrario, la razón está de parte de aquellas que padecen mayores grados de limitación, naturalmente con el propósito de lograr su integración social en todos los ámbitos de la vida en comunidad en que se desenvuelven los seres humanos. Indubitablemente que el amparo es menor o inexistente para las personas con limitaciones de menor intensidad que no se les dificulta su inserción en el sistema competitivo laboral.

De lo anterior se puede deducir, que si entre el motivo de la desvinculación y la limitación que padece el trabajador objeto de la decisión, existe un nexo de causalidad, para efectos de la finalización del vínculo, debe mediar el aval de la autoridad administrativa del trabajo, que para el caso se encuentra representada

por un Inspector adscrito al Ministerio de Trabajo.

Ahora bien, cabe recordar que la H. Corte Constitucional en Sentencia C-531 del 10 de mayo de 2000, al pronunciarse sobre la exequibilidad del inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997, dispuso declararlo exequible, estableciendo que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato, por tanto al demandante es a quien le corresponde acreditar, en primer lugar su condición de persona limitada amparada por la ley 361 de 1997.

En cuanto a los requisitos exigidos para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el Art. 26 de la Ley 361 de 1997, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la del 18 de septiembre de 2012, radicación 414845, la del 16 de marzo de 2010, radicación 36.115 y la del 25 de marzo de 2009, radicación 35.606, reiteró que para su aplicación se requería: **1.** Que el trabajador se encontrara en una de las siguientes hipótesis: **a). Con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b)** “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral **c)** “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%, conforme a lo previsto en el artículo 7 del decreto 2463 de 2001; **2.** Que el empleador conociera de su estado de salud; y **3.** Que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo”. Posición que acoge la Sala y que será aplicada para resolver el sub lite.

Parámetros que fueron reiterados en Sentencia SL 11411-2017 de Radicación No. 67595 del 2 de agosto de 2017, al indicar que la garantía de la estabilidad laboral reforzada, no cobija cualquier discapacidad, sino aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con un grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen, teniendo el juzgador la potestad de apreciar libremente la prueba y acoger aquellos elementos de convicción que le den mayor credibilidad sobre la condición y el grado de limitación física, psíquica o sensorial de quien demanda la protección, en tanto, no constituyen pruebas solemnes, pues no son constitutivas de la condición del trabajador el carné o certificación que lo identifique como minusválido en los términos del artículo 5 de la norma o el dictamen que emiten las juntas de calificación de invalidez, en tanto, estos son algunos de los medios de prueba con los cuales acreditar.

Así mismo, en sentencia reciente SL2298-2019, Radicación n.º 62079 del 25 de julio de 2019, indicó que no era suficiente el padecer determinada patología para que se activara la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, sino que se requería acreditar por lo menos una con el carácter de moderada y que el empleador conocía de tal circunstancia.

Posición que acoge la Sala y que será aplicada como uno de los argumentos para resolver el presente caso, resaltando que queda en evidencia que la Ley 361 de 1997, se encarga fundamentalmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es para aquellos que su invalidez está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo. Así mismo, que este beneficio opera en casos de despidos unilaterales y sin justa causa, y aún con justa causa, sin autorización del Ministerio de Trabajo.

Situación que no desconoce lo dispuesto en la sentencia SU-049 de 2017 proferida por la H. Corte Constitucional, pues si bien existen fricciones sobre la hermenéutica dada al artículo 26 de la Ley 361 de 1997 por las altas corporaciones jurisdiccionales, la postura reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, constituye «*doctrina legal probable*» que emana de su rol como órgano de cierre en la jurisdicción ordinaria laboral. En tal sentido se ha pronunciado en sentencia, SL294-2019, Radicación n.º 69158 del 5 de febrero de 2019, reiterando lo dispuesto en sentencia C-836 de 2001.

De la prueba allegada al plenario, se observa carta de dirigida a la demandante del 1 de febrero de 2017 en la que señala:

*“Nos permitimos comunicar a Usted que el contrato de trabajo suscrito entre usted y esta empresa el 4 de agosto de 2015, termina a partir del 1 de febrero de 2017, por TERMINO UNILATERAL DE LA EMPRESA.*

*Los valores correspondientes a la liquidación definitiva de su contrato de trabajo están a su disposición en la tesorería de la empresa.*

*Adjunto la orden del examen médico de retiro en el evento de que sea su determinación hacerlo.”*

Del contenido de la anterior documental, se puede concluir de manera inequívoca la intención del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo suscrito con

la trabajadora, el cual obedeció a una causa legal, lo anterior en atención a la facultad que tienen las partes de resolver el contrato de trabajo.

No obstante lo anterior, la parte actora solicita en el *petitum* de la demanda se declare que la señora FRANSEY MORENO HERRERA goza de estabilidad laboral reforzada, el cual surgió en desarrollo del contrato de trabajo.

En ese orden de ideas, desde ya debe advertirse que las pretensiones incoadas en la demanda no tienen vocación de prosperidad, pues claro es que la protección de la que hace mención el artículo 26 de la ley 361 de 1997 es una disposición reglada por el Dto. 2463 de 2001 en su artículo 7, y que aplica para aquellas personas con limitaciones moderadas, así lo contempla su artículo 1 en que edifico sus principios la ley en comento, así como sus beneficiarios.

De lo anterior, se puede concluir que la misma norma delimito el campo de aplicación a aquellas personas que padecen una minusvalía significativa, así pues revisadas las pruebas regularmente aportadas al plenario, extraña la Sala que la demandante finca sus pretensiones en la ley 361 de 1997, así lo señala en sus fundamentos de derecho, normatividad que fue regulada por el Dto. 2463 De 2001 y del cual deviene que a la finalización del vínculo laboral se encontraba en tratamiento médico a causa de enfermedad diagnosticada, con el fin de establecer si se encuentra dentro de alguno de estos parámetros de discapacidad o minusvalía y consecuentemente determinar si es beneficiaria o no del fuero laboral en condiciones de debilidad manifiesta que depreca en su escrito de demanda.

Ahora bien, al revisar la documental que sirven como fundamento para la determinar si la demandante goza o no de estabilidad laboral reforzada, milita en el expediente historia clínica de la demandante visible a folios 78 a 129, comprobante de pago de prestaciones sociales (fl. 64), documental remitida por ALLIANSALUD EPS en la que le informan a la empresa demandada que atendiendo que la actora supera los 180 días de incapacidad, se permiten definir el trámite para calificación de pérdida de capacidad laboral para pensión de invalidez, sin que se acredite dentro del plenario que se haya adelantado éste trámite que recomendó iniciar la EPS (fl. 68).

Por otro lado, reposan las siguientes incapacidades médicas:

- Por el término de 20 días, dando inicio el 20 de junio de 2016 (fl. 45 a 47).
- Por el término de 20 días, dando inicio el 09 de julio de 2016 (fl. 48).

- Por el término de 30 días, dando inicio el 09 de julio de 2016 al 07 de agosto de 2016 (fl. 49).
- Por el término de 5 días, dando inicio el 08 de agosto de 2016 (fl. 50 y 51).
- Por el término de 30 días, dando inicio 12 de agosto de 2016 (fl. 52 y 53).
- Por el término de 30 días, dando inicio el 12 de septiembre de 2016 (fl. 54).
- Por el término de 30 días, dando inicio el 12 de octubre de 2016 (fl. 56).
- Por el término de 20 días, dando inicio el 09 de noviembre de 2016 (fl. 57).
- Por el término de 15 días, dando inicio el 16 de diciembre de 2016 (fl. 59).
- Por el término de 11 días, dando inicio el 30 de diciembre de 2016 (fl. 61).

Conforme lo anterior, lo que se puede concluir es que la demandante presenta padecimientos por episodios de ansiedad y depresión, siendo suministrados medicamentos a efectos de tratar la enfermedad.

En ese sentido, si bien la demandante se aqueja de un cuadro de depresión y ansiedad, lo cierto es que dicha circunstancia por sí sola, y como se acreditó en el expediente no activa a favor de la demandante la garantía de estabilidad laboral reforzada a su nombre, teniendo en cuenta en primer lugar que la parte actora no acreditó la existencia de un nexo causal, entre el siniestro y el momento de la terminación unilateral del contrato de trabajo.

En segundo lugar, la demandante tampoco acreditó estar incapacitada al momento en que finalizó la relación laboral a efectos de acreditar que gozaba de alguna protección especial de protección, en tanto que su última incapacidad data del 30 de noviembre de 2016 por el término de 11 días (fl. 69), y el contrato de trabajo se dio por finalizado el día 1 de febrero de 2017, esto es, casi 2 meses después a la última incapacidad otorgada a la demandante.

Adicionalmente, tampoco se acreditó dentro del plenario que tuviera algún porcentaje de pérdida de capacidad laboral, esto es, igual al 15% o superior, límites antes enunciados a efectos de que fuera sujeto especial de protección.

En este punto de decisión, si bien el apoderado de la parte demandante intentó que se decretara en esta instancia judicial dictamen pericial para dictaminar la pérdida de capacidad laboral, lo cierto es que para que se active a su favor la garantía de estabilidad laboral reforzada, debió estar incurso en dicho dictamen al momento de que se finalizara la relación laboral, máxime si se tiene en cuenta que la EPS ALLIANSALUD recomendó comenzar trámites para dictaminar la pérdida de

capacidad laboral desde el 26 de octubre de 2016, sin que se hiciera nada al respecto.

En ese sentido, cuando una persona pretende desatar para sí los efectos de la Ley 361 de 1997, debe probar los presupuestos de hecho que le permitan gozar de aquellas consecuencias, lo que se traduce en que debe acreditar su estado de capacidad diversa y comprobar el conocimiento del empleador de ello. En ese sentido, a pesar de que se acredita conforme la historia clínica de la actora, que padece unas patologías que afectan su estado de salud, lo cierto es que a la fecha en que feneció el vínculo laboral, no se encontraba incapacitada, requisito primordial para configurar la estabilidad laboral reforzada que pretende el actor.

En ese sentido, se encuentra desbordada la pretendida estabilidad laboral reforzada que reclama la parte demandante del espectro de protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y las cargas legales que los empleadores tienen respecto de aquella normativa, en la medida en que, con arreglo a la postura jurisprudencial antes mencionada, ciertamente no basta con que el trabajador tenga dificultades médicas que puedan conducir con posterioridad a una pérdida de capacidad laboral, como en el caso bajo estudio, sino que se requiere la indiscutiblemente el conocimiento del empleador del estado de salud del trabajador a efectos que opere la estabilidad mencionada, situaciones que no fueron acreditadas dentro del plenario.

Luego, lo que verdaderamente no fue demostrado por la demandante, fue la condición de incapacidad, que era su responsabilidad probatoria para el momento del despido, toda vez que, quien pretenda desatar los efectos de aquella garantía legal, debe comprobar que se encuentra con certeza bajo una de las hipótesis fácticas que lo permiten.

En el caso bajo examen, si bien no se requiere una prueba solemne para acreditar el estado de discapacidad del trabajador, lo cierto es que el no conocimiento por parte del empleador o incluso la inexistencia de una calificación de pérdida de capacidad laboral propiamente dicha en términos de porcentajes no se dio ni siquiera en el curso del litigio, así como tampoco encontrarse incapacitada el día del despido, pues como se indicó anteriormente, la última incapacidad que le fue otorgada a la demandante data del 12 de octubre de 2016, por el término de 30 días, y, por ende, no se pudo acreditar el grado de afectación en la salud al menos en el carácter moderado, es decir que no se pudo activar la protección en el sentido

que la terminación del vínculo laboral no ocurrió por la situación de la parte demandante.

Sólo una vez en aquel escenario, podría entenderse que la parte actora estaba amparada por la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y, allí sí, trasladaría la carga de la prueba al empleador para demostrar que hubo una causa objetiva en la desvinculación o, exigir la autorización previa del Ministerio del Trabajo cuando la limitación del trabajador resultare incompatible con la labor desempeñada por éste, en ausencia de las posibilidades de reubicación. Sobre este punto, vale aclarar que las acciones afirmativas de protección e inclusión en favor del trabajador demuestran precisamente que las indiscutidas dolencias de salud le permitían una integración satisfactoria con el entorno (Sentencia SL3813 con Rad. 72706 de 2019).

En razón a lo dicho, se impone la conclusión de que a pesar de que pudo padecer la demandante alguna afectación de salud, realmente no se encontró demostrado en el plenario que ello supusiera activar en su favor la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y que fuera necesaria la autorización previa del Ministerio del Trabajo, sino que por el contrario, y de conformidad con las pruebas arrimadas al proceso, el vínculo laboral se dio por finalizado haciendo uso de la condición resolutoria del contrato de trabajo a término indefinido del que gozan las partes, conforme lo establece la normatividad laboral antes mencionada.

En atención a las consideraciones antes expuestas; se exime a la convocada a juicio de su responsabilidad frente a la protección legal y constitucional existente respecto de las personas en condición de debilidad manifiesta, encontrándose la parte actora por fuera de los presupuestos establecidos por la Ley 361 de 1997 de donde presuntamente procedería el reintegro deprecado, trayendo a colación la sentencia 16 de marzo 2010 Rad. 36115 y la sentencia con radicado 37514 del 01 de enero de la misma anualidad, siendo improcedente acceder a las pretensiones incoadas en la demanda, siendo improcedente declarar que la señora FRANSEY MORENO HERRERA goza de estabilidad laboral reforzada de que trata la Ley 361 de 1997, así como las demás pretensiones incoadas en la demanda, por depender de la principal.

Bastan las anteriores consideraciones para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

**COSTAS.** Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE**

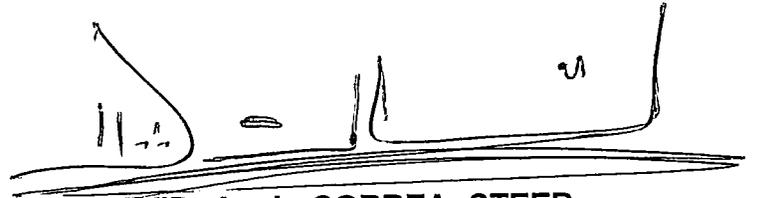
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de noviembre de 2018.

**SEGUNDO:** Sin **COSTAS** en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente



**DAVID A. J. CORREA STEER**



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación 35-2018-00561-01**

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

**DEMANDANTE: LEONILDE PISCO VILLAMIL  
DEMANDADO: EDIFICIO GALEX PH  
ASUNTO : APELACIÓN (DEMANDADA)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 35° Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de septiembre de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de septiembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

La señora **LEONILDE PISCO VILLAMIL**, instauró demanda ordinaria laboral en contra de **EDIFICIO GALEX PH**, con sus respectivos sustentos, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor, por los siguientes conceptos (fls 1-9 y 31-32):

- 1) Que se declare que entre la existencia entre las partes de un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 3 de mayo de 2003 al 13 de diciembre de 2017, que se dio por terminado de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador.
- 2) Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, auxilio de transporte y horas extras por el término del vínculo laboral.
- 3) Que se condene a las demandadas al pago de la indemnización por el despido sin justa causa.
- 4) Al pago de la indemnización por no consignación de cesantías.
- 5) Al pago de la sanción por la no cancelación de intereses a las cesantías.
- 6) Al pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST.
- 7) Al reconocimiento de la pensión sanción contemplada en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, previo cálculo actuarial a la entidad de pensiones, para que se establezca el monto de la prestación.
- 8) Al pago de los aportes a seguridad en salud, riesgos profesionales y parafiscales sobre el salario realmente devengado.
- 9) A la indexación de las sumas adeudadas.
- 10) A lo que resulte probado *ultra y extra petita*.
- 11) A las costas del proceso.

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **EDIFICIO GALEX PH**, contestó la demanda de acuerdo al auto visible a folio 242, oponiéndose a las pretensiones y proponiendo en su defensa excepciones de mérito. (fls. 37-242).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO TREINTA Y CINCO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 2 de septiembre de 2019. **DECLARÓ** que entre la demandante LEONILDE PISCO VILLAMIL y la demandada EDIFICIO GALEX PH, existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido, que tuvo inicio el 3 de mayo de 2003 al 13 de diciembre de 2017. **CONDENÓ** a la demandada a pagar a favor de la demandante, las siguientes cantidades de dinero:

1. Por concepto de auxilio de cesantías \$8.496.036.
2. Intereses a las cesantías \$1.004.549.
3. Prima de servicios \$8.496.036.
4. Vacaciones \$8.803.651.
5. Indemnización por no consignación de las cesantías de que trata el art 99 de la ley 50 de 1990 la suma de \$82.913.586.
6. Indemnización por despido sin justa causa del art 64 la suma de \$7.419.520.
7. Indemnización moratoria la suma de \$15.196.970.

**DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por la demandada. **CONDENÓ** en costas a la parte demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

## RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** interpuso recurso de apelación de los siguientes puntos de la sentencia:

1. **INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:** Para el recurrente no se acreditaban los elementos previstos en el artículo 23 del CST para declarar la existencia de un contrato de trabajo, pues de la prueba allegada y de las manifestaciones de la propia demandante se puede establecer, que los servicios prestados no eran subordinados, que no debía rendir cuentas de su servicios, terminando las labores y retirándose del edificio en el momento que

quisiera, que se le entregaban los elementos de aseo, ejecutando la limpieza de las áreas comunes sin recibir indicación alguna para realizarlas.

2. **TÍTULO JUDICIAL:** Indica además que no se tuvo en cuenta el título judicial consignado a la accionante el 1 de septiembre de 2018 por valor de \$7.357.459 por concepto de prestaciones sociales, lo que no permitía dar claridad sobre la sanción prevista en el artículo 65 del CST.
3. **LIQUIDACIÓN:** Por otra parte, señala que la accionante ejecutaba labores 3 días a la semana, no obstante la liquidación se realizaba como si laborara tiempo completo, a pesar de que ésta debía realizarse conforme lo realmente laborado, por lo que solicita se tenga en cuenta los pagos ya efectuados a la demandante y la forma en que se llevó a cabo la contratación, en la que se ejercían las labores sólo 3 días a la semana.
4. **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:** Señala que el Juzgado no tuvo en cuenta la excepción de prescripción, pues a pesar de no alegarse como una excepción previa, el Despacho debió haberla tenido en cuenta, así como para el pago de las primas de servicio, ya que la Ley es clara respecto de esa posición.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

## CONSIDERACIONES

### DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

Para la Sala la controversia a que se contrae en determinar: **1.** Si se acredita la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante

LEONILDE PISCO VILLAMIL y la demandada EDIFICIO GALEX PH, entre el 3 de mayo de 2003 al 13 de diciembre de 2017, y si hay lugar al pago de prestaciones, vacaciones e indemnizaciones reclamadas. 2. Sí hay lugar a descontar el valor cancelado a la demandante por valor de \$7.357.459. 3. Liquidación efectuada por el Juez de primera instancia, en atención que la demandante solo laboró 3 días a la semana. 4. Excepción de prescripción.

### EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL

En ese orden, la Sala acomete el estudio minucioso de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario a fin de establecer si entre las partes existió una relación laboral en los términos indicados en la demanda y de sus extremos temporales.

De acuerdo a lo anterior, Conforme lo consagra el art. 22 del C.S.T., el contrato de trabajo debe entenderse como *“aquél 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”*.

Así pues, para que resulten probadas sus pretensiones, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 23 del C.S.T., que dispone la existencia de tres elementos para la configuración del contrato de trabajo a saber: 1) **la actividad personal del trabajador**, 2) **remuneración** y 3) **la subordinación**, la cual, valga aclarar, se diferencia de los anteriores al ser sólo predicable en la existencia de un contrato de trabajo.

Significa lo anterior que, la existencia del vínculo laboral depende primordialmente de la “situación real” en la que se encuentre la persona que hace las veces de trabajador y no de la “situación formal” o del acto celebrado entre las partes.

De encontrarse acreditados los elementos mencionados, el contrato de trabajo así tenga una denominación formal propia, debe ser tomado como lo que realmente es y no lo que aparenta ser. En apoyo de ello nuestra Constitución Política en el artículo

53 consagra el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Así las cosas, el artículo 24 del C.S.T. establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Así entonces, la carga probatoria respecto de la subordinación jurídica no es imputable al trabajador por el hecho de que alegue la existencia de un contrato de trabajo, pues la exigencia probatoria respecto de él, como viene dicho, es la demostración de la prestación personal del servicio y su retribución.

Cumpliendo el trabajador con esa carga probatoria se activa a su favor la presunción de que esa relación estaba regida por un contrato de trabajo, la cual por ser una presunción legal es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.

Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos demostrativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo. (SL3396-2018, radicación n.º 54373 del 15 de agosto de 2018)

Bajo este entendido, y descendiendo al *sub lite* observa la Sala que la demandante afirma haber prestado sus servicios personales y subordinados a favor de la demandada EDIFICIO GALEX PH mediante un contrato de trabajo a término indefinido entre el 3 de mayo de 2003 al 13 de diciembre de 2017, que se dio por terminado por decisión unilateral y sin justa causa por parte del empleador.

Por su parte la demandada, niega la existencia del vínculo laboral, alegando que éste se dio mediante la suscripción de contratos de prestación de servicios anuales, que las labores de aseo se prestaron de forma autónoma e independiente, en los días sugeridos por la demandante, como quiera que realizaba labores domésticas en otros lugares, sin que cumpliera un horario o se le supervisara sus actividades, cancelándose el día laborado y contando con la facultad de retirarse en el momento en que decidiera, resaltando que de lo manifestado por la propia demandante se puede establecer, que los servicios prestados no eran subordinados, que no debía rendir cuentas de su servicios, terminando las labores y retirándose del edificio en el momento que quisiera, que se le entregaban los elementos de aseo, ejecutando la limpieza de las áreas comunes sin recibir indicación alguna para realizarlas.

Ahora bien, revisada la documental allegada se advierte en el plano formal que la demandante suscribió múltiples contratos de prestación de servicios con una duración anual, suscritos desde el 1 de enero al 31 de diciembre de cada anualidad, aportándose los suscritos desde los años 2004 a 2017, cuyo objeto era la prestación del servicio de aseo, durante cuatro horas por 3 días a la semana, fijándose un valor por hora laborada, el cual se cancelaría mensualmente previa presentación de cuentas de cobro.

Así mismo, se aportaron las certificación expedidas por la EPS COMPENSAR, en la que se relaciona su afiliación como trabajadora independiente y los pagos por aportes realizados de los años 2012, 2013, 2016 y 2017, cuentas de cobro presentadas por la actora en los meses de marzo a septiembre de 2011 y los comprobantes de pago de servicios a la demandante de algunos meses de los años 2003 a 2017. (fls 86-149)

Tenemos que, de conformidad con el interrogatorio de parte rendido por la administradora del citado edificio y por los testigos que se practicaron en audiencia, es claro que la demandante prestó sus servicios de manera personal en las instalaciones del citado mentado edificio.

Así pues, una vez acreditada la prestación personal del servicio, se presume la existencia la subordinación laboral, salvo que la demandada desvirtúe la misma, con el fin de determinar que las actividades desempeñadas por la actora eran

autónomas e independiente, con el fin de configurar un contrato de carácter civil o comercial, situación que no sucedió en el presente asunto.

Ahora bien, en relación al elemento de **subordinación**, el cual aduce la parte demandada que no existió, vale precisar que dicho elemento es el elemento diferenciador entre un contrato de prestación de servicios y un contrato laboral y a pesar de que alega que la demandante se vinculó mediante un contrato de prestación de servicio, tal situación no desvirtúa el posible elemento de subordinación que pasa a estudiar esta Sala de decisión.

En ese orden de ideas, y contrario a lo manifestado por la apoderada recurrente, según el testimonio del señor JOSÉ JAIME FERNÁNDEZ CHÁVEZ, indicó constarle que la demandante ejercía en el edificio funciones de aseo y vigilancia, que tenía un horario de 8 am a 12 pm los días lunes, miércoles y viernes sin importar si era día hábil o festivo y afirma que estuvo presente cuando el administrador de turno del edificio le daba órdenes e instrucciones a la demandante sobre la manera en la que debía ejecutar sus funciones.

Por su parte, los testigos JOSÉ ISAURO GUERRA RUIZ y OCTAVIANO ESCOBAR indicaron que el horario de trabajo de la accionante era controlado por el representante legal de la copropiedad mediante anotaciones de horario de ingreso y salida del cuaderno, que la demandante nunca pidió permisos para ausentarse o llegar tarde y la administración le entregó dotación inicial de un uniforme de trabajo. Así mismo, indicaron que la demandante siempre se presentó a trabajar en las jornadas descritas sin faltar, es decir, que cumplía el horario establecido y no tenía autonomía para variar dicho horario.

Del interrogatorio de parte, se pudo comprobar que la demandante no conocía que su remuneración era por horas y no mensual, es decir, la propia demandante suscribió un contrato previamente suministrado por la demandada, lo que desvirtúa de manera tajante el hecho de que se hubiesen pactado entre las partes las condiciones del contrato.

Lo anterior cobra mayor relevancia conforme la documental visible a folio 20 del plenario, mediante la cual la accionada consignó a la señora LEONILDE PISCO

VILLAMIL la suma de \$7.357.459,24 por concepto de “**Prestaciones Sociales**”, sin que sea dable que se escude en que no existió una relación laboral entre las partes.

Conforme lo anterior, debe concluirse entonces, contrario a lo afirmado por el recurrente, que la relación que ató a las partes estuvo mediada por un contrato de trabajo, pues a pesar de afirmarse que la demandante había suscrito sendos contratos de prestación de servicio, lo cierto es que conforme el material probatorio obrante dentro del plenario, conducen a concluir que las actividades realizadas por la actora no podían realizarse de manera autónoma, y por el contrario, estaba sujeta a una subordinación que la ejercía el administrador del edificio demandado.

Al estar demostrada la prestación personal del servicio por parte de la demandante, y no está acreditada la autonomía e independencia al momento desarrollar el objeto contractual, no queda otro camino que dar aplicación a la presunción establecida en el artículo 24 del código sustantivo del trabajo en el sentido de determinar que la relación que unió a las partes se dio mediante un contrato de índole laboral, **CONFIRMANDO** de esta manera el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia.

#### **Liquidación prestaciones sociales:**

Por razones de método, la Sala continuará con el estudio de la liquidación realizada por el Juez de primera instancia, como quiera que fue objeto expreso de apelación por parte de la demandada, quien señaló que si bien la accionante ejecutaba labores, los realizaba por 3 días a la semana, no obstante a su consideración, la liquidación se realizó como si laborara tiempo completo, siendo lo correcto, liquidarla conforme lo realmente laborado, por lo que solicita se tenga en cuenta los pagos ya efectuados a la demandante mediante título judicial, por valor de \$7.357.459.

Teniendo en cuenta lo anterior, sea del caso precisar que en relación al salario devengado por la demandante, el mismo no se refutó por la pasiva, en tanto que la misma, de manera diligente, aportó al plenario original de los desprendibles de pago, firmados por la demandante, declarando el salario para cada anualidad la siguiente, así como el promedio laborado anualmente, teniendo en cuenta que la

demandante laboró 3 medios días a la semana durante toda la vigencia de la relación laboral:

AÑO	SALARIO
2003	\$215.000
2004	\$245.000
2005	\$245.000
2006	\$245.000
2007	\$260.000
2008	\$260.000
2009	\$270.000
2010	\$280.000
2011	\$290.000
2012	\$307.000
2013	\$320.000
2014	\$335.000
2015	\$350.000
2016	\$375.000
2017	\$400.000

Así pues, la Sala procede a liquidar cada una de las prestaciones sociales condenadas en primera instancia, sin que sea objeto de estudio la procedencia o no de la misma, en tanto que tal situación no fue objeto expreso de apelación:

#### **1. Auxilio de cesantías:**

El artículo 249 del código sustantivo del trabajo, indica:

*“Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.”*

Al no acreditar que hubo un pago por éste concepto, conforme a la liquidación del profesional del Grupo Liquidador adscrito a la Sala, se MODIFICARÁ el numeral primero del NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de condenar a EDIFICIO GALEX PH por concepto de Auxilio de cesantías la suma de \$1.076.312,50.

## **2. Intereses a las cesantías:**

Conforme el *numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 del año 1990*, los intereses de las cesantías por el tiempo que se liquiden a razón de un interés legal del 12% anual.

Al no acreditar que hubo un pago por éste concepto, conforme a la liquidación del profesional del Grupo Liquidador adscrito a la Sala, se MODIFICARÁ el numeral segundo del NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de condenar a EDIFICIO GALEX PH por concepto de intereses a las cesantías la suma de \$31.793,13.

## **3. Prima de Servicios:**

Conforme lo dispone el Artículo 306 del CST, la prima de servicio es una obligación de pagarle un mes de salario a sus empleados en dos oportunidades por cada quincena, prestación que se debe pagar a quienes trabajen todo el semestre o proporcionalmente.

Al no acreditar que hubo un pago por éste concepto, conforme a la liquidación del profesional del Grupo Liquidador adscrito a la Sala, se MODIFICARÁ el numeral tercero del NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de condenar a EDIFICIO GALEX PH por concepto de prima de servicios la suma de \$1.076.312,50.

## **4. Vacaciones:**

De acuerdo al *artículo 186 del código sustantivo del trabajo*, para quienes laboran todo un año completo o proporcional, se les reconocerá 15 días hábiles consecutivos, conforme a la remuneración establecida en el *artículo 192*, además el *artículo 189 del código sustantivo del trabajo* señala que la compensación en dinero se toma como base para su compensación el último salario devengado por el trabajador.

Al no acreditar que hubo un pago por éste concepto, conforme a la liquidación del profesional del Grupo Liquidador adscrito a la Sala, se MODIFICARÁ el numeral cuarto del NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida en primera instancia, en

el sentido de condenar a EDIFICIO GALEX PH por concepto de vacaciones la suma de \$538.156,25.

**5. Indemnización por no consignación de cesantías de que trata el Art. 99 de la Ley 50 de 1990:**

La sanción por no consignación de cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 dispone que se impone ante el incumplimiento de trasladar el pago de la prestación al fondo de cesantías elegido por el trabajador, dentro del plazo legal – 14 de febrero del año siguiente, causándose por un día de salario por cada día de retardo en su consignación, y se liquida hasta la fecha de terminación del contrato.

Al no acreditar que hubo un pago por concepto de Auxilio de Cesantías, conforme a la liquidación del profesional del Grupo Liquidador adscrito a la Sala, se MODIFICARÁ el numeral quinto del NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de condenar a EDIFICIO GALEX PH por concepto de indemnización por no consignación de las cesantías de que trata el Art. 99 de la Ley 50 de 1990, en la suma de \$42.189.000.

**6. Indemnización por despido sin justa causa Art. 64 CST:**

Conforme lo dispone el artículo 64 del CST, en caso de terminación del contrato sin justa causa por parte del empleador, dando lugar a las justas causas contempladas en la ley, se reconocerá una indemnización la cual corresponde para quienes devengan menos de 10 SMLMV -como el presente caso- a 30 días de salario por el primer año y 20 días de salario por cada año adicional o fracción de año.

Al no acreditar que hubo un pago por concepto de Auxilio de Cesantías, conforme a la liquidación del profesional del Grupo Liquidador adscrito a la Sala, se MODIFICARÁ el numeral sexto del NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de condenar a EDIFICIO GALEX PH por concepto de indemnización por despido sin justa causa de que trata el Art. 64 del CST, en la suma de \$4.030.370,37.

## 7. Indemnización moratoria de que trata el Art. 65 CST

El artículo 65 del CST dispone que *si a la terminación del contrato*, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

En sentencia CSL SL6621-2017, entre otras, se recordó que esta sanción por mora no se impone de manera automática. En esa oportunidad consideró el máximo Tribunal que *«la Corte en desarrollo de su función de interpretar las normas del trabajo y crear jurisprudencia, ha sostenido que la sanción moratoria no es automática. Para su aplicación, el juez debe constatar si el demandado suministró elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe (SL8216-2016)»*.

Así mismo, en sentencia SL 3936 del 2018 la H. Corte Suprema de Justicia, ha sido pacífica en señalar que, en aquellos casos en los que exista controversia fundada en la existencia del contrato de trabajo, habrá lugar de la exoneración de la consignación de los derechos laborales, y por ende a la indemnización moratoria, sin embargo ello ocurre si el empleador demuestra que tuvo razones, tanto circunstanciales como jurídicamente poderosas, para discutir la calidad del contrato celebrado, de lo contrario no puede deprecarse su actuar de buena fe.

En el presente caso, la demandada adujo que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios, lo que en principio haría presumir su buena fe, en el entendido que pudo haber estado bajo el convencimiento que no se encontraba obligado a cancelarle acreencias laborales a la actora, sin embargo, dicho convencimiento se desvirtúa, si se tiene en cuenta que dentro del plenario se acreditó una verdadera relación laboral, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, aunado al hecho que el 24 de enero de 2018, la accionada procedió a consignarle a la demandante la suma de \$7.357.459,24, por concepto de prestaciones sociales.

El anterior actuar generó un perjuicio para la actora, al omitir, sin razón válida, el pago de las prestaciones causadas y debidas al momento de la terminación de la relación laboral, y si bien se ha adoctrinado por el máximo Tribunal que en los

eventos en que se discute la naturaleza del vínculo, con razones atendibles y razonables, es factible exonerar al empleador de esta condena, tal presupuesto en este caso no se aprecia satisfecho, pues resultó evidente la naturaleza subordinada del servicio prestado, cuando la demandada le efectuó diferentes directrices y recomendaciones para el ejercicio de su actividad laboral, por lo que tal discusión no fue razonable ni atendible.

No obstante lo anterior, como quiera que la accionada consignó el 24 de enero de 2018 la suma de \$7.357.459,24, por concepto de prestaciones sociales, la misma será limitada hasta ésta data, razón por la cual se **MODIFICARÁ** la condena impuesta por concepto de indemnización moratoria de que trata el Art. 65 del CST, de un día de salario por cada día de retardo, liquidados desde el **14 de diciembre de 2017**, día siguiente a la terminación del vínculo laboral, y hasta el **24 de enero de 2018**.

De acuerdo a la liquidación efectuada por el Profesional del Grupo Liquidador adscrito a ésta Sala, ascenderá a la suma de \$546.666,67, liquidada desde el 14 de diciembre de 2017, día siguiente a la terminación del vínculo laboral, y hasta el **24 de enero de 2018**, **MODIFICANDO** en este sentido el numeral séptimo de la sentencia proferida en primera instancia.

**Se resalta en ésta punto de la decisión, que si bien el total de la anterior liquidación asciende a la suma de \$54.488.611,42, lo cierto es que se descontará de la misma el valor cancelado por la accionada a favor de la señora LEONILDA PISCO VILLAMIL por valor de \$7.357.459,24, arrojando un total a deber a favor de la demandante la suma de \$57.100.996,48 al 29 de octubre de 2021.**

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

Finalmente, presenta recurso de apelación la demandada en cuanto a la excepción de prescripción que fue declarada no probada por parte del Juzgado de primera instancia, pues a su consideración si bien no se alegó como una excepción previa, el Despacho debió haberla tenido en cuenta, en el sentido de aplicarla para la

liquidación de las prestaciones sociales, ya que la Ley es clara respecto de esa posición.

Frente al tema, lo primero que debe señalar la Sala, es que al observar la contestación de la demanda, la pasiva propuso las excepciones de: COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS, INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL LABORAL, sin que en dicha oportunidad haya propuesto la excepción de prescripción.

Al respecto, vale la pena traer a colación la sentencia SL3250 de 2021, mediante la cual, la H. Corte Suprema de Justicia adoctrinó:

*"Es cierto que según lo dispuesto en el artículo 282 del CGP, antes artículo 306 del CPC, aplicable por analogía al procedimiento del trabajo y la seguridad social (art. 145 CPTSS), el juez está facultado para decretar de oficio cualquier circunstancia que constituya una excepción de fondo, siempre que aparezca debidamente probada en el proceso, sin embargo, esta norma excluye de esta facultad oficiosa, a las excepciones correspondientes a la nulidad relativa, la compensación y la prescripción. Así lo dispone la norma referida:*

**Artículo 282. Resolución sobre excepciones.** *En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.*

Quando no se proponga oportunamente la excepción de prescripción extintiva, se entenderá renunciada.

*Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes. En este caso si el superior considera infundada aquella excepción resolverá sobre las otras, aunque quien la alegó no haya apelado de la sentencia. [...]*

En ese orden, para que el juzgador pueda declarar probada total o parcialmente la excepción de prescripción, necesariamente debe ser alegada de manera expresa en la contestación de la demanda inicial, toda vez que no puede ser decretada de oficio por prohibición del citado artículo 282 del CGP.

De hecho, la norma advierte que, si no se formula este medio exceptivo oportunamente, se entiende que se renuncia a él. Al respecto, en la decisión CSJ SL4767-2018 al reiterar la CSJ SL15594-2016, indicó, «la prescripción es

*renunciable, susceptible de interrupción o suspensión y solo será objeto de pronunciamiento judicial cuando se proponga como excepción».*

Así mismo, en la decisión SL6798-2016, nuestro máximo órgano de cierre explicó:

*“Clarificado tal aspecto, se observa, sin mayor esfuerzo, que le asiste razón a la censura, pues es un tema que no ofrece duda que la prescripción debe ser planteada y por tanto, no podía declararse de oficio, en los términos del artículo 2513 del C. C., aplicable en lo laboral, que menciona: «El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio». Tampoco podía sustraerse el Juez plural a los postulados de los preceptos del C. de P. C., según los cuales, «art. 305 Modificado D. E. 2282/89, art. 1°, num. 135 Congruencias. **La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones (...) y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley (...)**» y 306 **«Resolución sobre excepciones. Cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente, en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda (...)**», luego, el legislador previó que este medio exceptivo debe ser expresamente invocado, y por ello no resulta admisible, como en el sub lite aconteció, sustituir a la parte, aun cuando ésta haya actuado a través de un curador ad litem, quien está llamado a representar los intereses del demandado, y garantizar su derecho de defensa, fin último de su designación; dicha gestión incluye, sin duda, la formulación de excepciones.*

*En este mismo sentido, debe tenerse en cuenta que la posibilidad de formular las excepciones de mérito emerge como el ejercicio del derecho de defensa de la demandada, precisamente con el objetivo de evitar que el derecho reclamado por la parte actora termine en pleno vigor. Así lo señaló la Sala en CSJ SL, 25 jul. 2006, rad. 26939, reiterada en CSJ SL SL3693-2017, en la que se dijo:*

*Por sabido se tiene que las excepciones procesales son los mecanismos o herramientas de defensa que la ley otorga a la parte demandada para “controlar la existencia jurídica y la validez formal del proceso, depurándolo cuando sea el caso de defectos o impedimentos que atentan contra la eficacia misma del instrumento. De ahí que, por vía de principio general, ellas tengan como objetivo salvaguardar los presupuestos procesales, para disponer los saneamientos correspondientes cuando haya lugar, o provocar el aborto del proceso, terminándolo formalmente, cuando las deficiencias no se superan y siguen gravitando en él”, conocidas con el nombre de previas o dilatorias y entre las que se encuentran las de falta de competencia, de jurisdicción, compromiso, falta de integración del litis-consorcio necesario; o para atacar el alma o el corazón del derecho deprecado por la contraparte, pues su fin no es otro que repeler que éste acabe en pleno vigor; aquí, entonces, el blanco de la defensa apunta a las pretensiones de la demanda y son las de mérito o de fondo, entre ellas están las de prescripción, pago y compensación.(subraya la Sala).*

Por tanto, si en ejercicio de su derecho de defensa, la recurrente no formuló la excepción de prescripción, no podía prosperar la misma, trayendo a colación igualmente la sentencia SL2501 de 2018 que indicó

*“En síntesis, no puede el juzgador reñir con los supuestos fácticos y las exigencias de la norma, en cuanto fija las oportunidades de rigor en materia procesal; cuando no existe un pronunciamiento concreto sobre las «excepciones de mérito» expuestas en tiempo; así como cuando se tienen por probados medios de defensa no esgrimidos oportunamente y que eran del resorte exclusivo del beneficiado (en materia laboral la Corte ha dado la facultad al Ministerio Público), **cual es el caso de la «prescripción» que debe ser alegada expresamente en la contestación de la demanda, con lo que se refuerza que ese es el momento en que vence tal garantía procesal.**”*

En suma, teniendo en cuenta que EDIFICIO GALEX PH no propuso en su defensa la excepción de prescripción, la cual, conforme al artículo 282 del CGP, aplicable al asunto por la remisión del artículo 145 del CPTSS, es rogada, no podrá declararse de oficio, no quedando otro camino que **CONFIRMAR** el numeral cuarto de la sentencia proferida en primera instancia.

#### **COSTAS.**

Sin costas en la instancia.

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, así:

1. Por concepto de auxilio de cesantías la suma de \$1.076.312,50.
2. Por concepto de intereses a las cesantías la suma de \$31.793,13.
3. Por concepto de Prima de servicios la suma de \$1.076.312,50.
4. Por concepto de vacaciones la suma de \$538.156,25.

5. Por concepto de Indemnización por no consignación de cesantías de que trata el Art. 99 de la Ley 50 de 1990 la suma de \$42.189.000.
6. Por concepto de Indemnización por despido sin justa causa de que trata el Art. 64 del CST en la suma de \$4.030.370,37.
7. Por concepto de Indemnización Moratoria de que trata el Art. 65 del CST en la suma de \$546.666,67 liquidada desde el 14 de diciembre de 2017, día siguiente a la terminación del vínculo laboral, y hasta el **24 de enero de 2018**.

**SEGUNDO: AUTORIZAR** a la sociedad demandada descontar de la condena aquí impuesta, el valor cancelado a favor de la señora LEONILDE PISCO VILLAMIL por valor de \$7.357.459,24.

**TERCERO: CONFIRMAR** en lo restante la sentencia proferida en primera instancia.

**CUARTO:** Sin **COSTAS** en la instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310503520180056101)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310503520180056101)



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310503520180056101)



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA LABORAL**

**MAGISTRADO: DR. MARCELIANO CHAVEZ AVILA**

**RADICACIÓN: 110013105035201856101**

**DEMANDANTE: LEONILDE PISCO VILLAMIL**

**DEMANDADO: EDIFICIO GALEX PH**

FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN

**OBJETO DE LIQUIDACIÓN:** Realizar el cálculo de la liquidación según instrucciones del despacho.

Tabla Datos Generales de la Liquidación			
Extremos Laborales	Desde :	3-may	2003
	Hasta:	13-dic	2017
Último Salario Devengado			

Tabla Salarial		
Año	Salario Mensual	Aux.
2003	\$ 215.000,00	\$ -
2004	\$ 245.000,00	\$ -
2005	\$ 245.000,00	\$ -
2006	\$ 245.000,00	\$ -
2007	\$ 260.000,00	\$ -
2008	\$ 260.000,00	\$ -
2009	\$ 270.000,00	\$ -
2010	\$ 280.000,00	\$ -
2011	\$ 290.000,00	\$ -
2012	\$ 307.000,00	\$ -
2013	\$ 320.000,00	\$ -
2014	\$ 335.000,00	\$ -
2015	\$ 350.000,00	\$ -
2016	\$ 375.000,00	\$ -
2017	\$ 400.000,00	\$ -

Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2003				
Periodo de liquidación	Desde	3/05/2003	Hasta	31/12/2003
	<b>Salario fijo mensual:</b>		\$ 215.000,00	
	<b>Auxilio transporte:</b>		\$ -	
	<b>Factor Variable</b>		\$ -	
	<b>Salario diario:</b>		\$ 7.166,67	
	<b>Días trabajados:</b>		60	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados		\$ 35.534,72	
	360			
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%		\$ 704,77	
	360			
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre		\$ 35.534,72	
	360			
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados		\$ 17.767,36	
	720			
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2004				
Periodo de liquidación	Desde	1/01/2004	Hasta	31/12/2004
	<b>Salario fijo mensual:</b>		\$ 245.000,00	
	<b>Auxilio transporte:</b>		\$ -	
	<b>Factor Variable</b>		\$ -	
	<b>Salario diario:</b>		\$ 8.166,67	
	<b>Días trabajados:</b>		90	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados		\$ 61.250,00	
	360			
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%		\$ 1.837,50	
	360			
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre		\$ 61.250,00	
	360			
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados		\$ 30.625,00	
	720			
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2005				
Periodo de liquidación	Desde	1/01/2005	Hasta	31/12/2005
	<b>Salario fijo mensual:</b>		\$ 245.000,00	
	<b>Auxilio transporte:</b>		\$ -	
	<b>Factor Variable</b>		\$ -	
	<b>Salario diario:</b>		\$ 8.166,67	
	<b>Días trabajados:</b>		90	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados		\$ 61.250,00	
	360			
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%		\$ 1.837,50	
	360			
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre		\$ 61.250,00	
	360			
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados		\$ 30.625,00	
	720			



**Rama Judicial del Poder Público**  
**Consejo Superior de la Judicatura**  
**Sala Laboral**  
**Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial**  
**Bogotá – Cundinamarca**

<b>Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2006</b>					
<b>Periodo de liquidación</b>		<b>Desde</b>	<b>1/01/2006</b>	<b>Hasta</b>	<b>31/12/2006</b>
		<b>Salario fijo mensual:</b>		\$	245.000,00
		<b>Auxilio transporte:</b>		\$	-
		<b>Factor Variable</b>		\$	-
		<b>Salario diario:</b>		\$	8.166,67
		<b>Días trabajados:</b>			90
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados		360		\$ 61.250,00
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%		360		\$ 1.837,50
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre		360		\$ 61.250,00
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados		720		\$ 30.625,00
<b>Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2007</b>					
<b>Periodo de liquidación</b>		<b>Desde</b>	<b>1/01/2007</b>	<b>Hasta</b>	<b>31/12/2007</b>
		<b>Salario fijo mensual:</b>		\$	260.000,00
		<b>Auxilio transporte:</b>		\$	-
		<b>Factor Variable</b>		\$	-
		<b>Salario diario:</b>		\$	8.666,67
		<b>Días trabajados:</b>			90
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados		360		\$ 65.000,00
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%		360		\$ 1.950,00
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre		360		\$ 65.000,00
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados		720		\$ 32.500,00
<b>Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2008</b>					
<b>Periodo de liquidación</b>		<b>Desde</b>	<b>1/01/2008</b>	<b>Hasta</b>	<b>31/12/2008</b>
		<b>Salario fijo mensual:</b>		\$	260.000,00
		<b>Auxilio transporte:</b>		\$	-
		<b>Factor Variable</b>		\$	-
		<b>Salario diario:</b>		\$	8.666,67
		<b>Días trabajados:</b>			90
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados		360		\$ 65.000,00
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%		360		\$ 1.950,00
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre		360		\$ 65.000,00
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados		720		\$ 32.500,00
<b>Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2009</b>					
<b>Periodo de liquidación</b>		<b>Desde</b>	<b>1/01/2009</b>	<b>Hasta</b>	<b>31/12/2009</b>
		<b>Salario fijo mensual:</b>		\$	270.000,00
		<b>Auxilio transporte:</b>		\$	-
		<b>Factor Variable</b>		\$	-
		<b>Salario diario:</b>		\$	9.000,00
		<b>Días trabajados:</b>			90
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados		360		\$ 67.500,00
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%		360		\$ 2.025,00
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre		360		\$ 67.500,00
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados		720		\$ 33.750,00
<b>Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2010</b>					
<b>Periodo de liquidación</b>		<b>Desde</b>	<b>1/01/2010</b>	<b>Hasta</b>	<b>31/12/2010</b>
		<b>Salario fijo mensual:</b>		\$	280.000,00
		<b>Auxilio transporte:</b>		\$	-
		<b>Factor Variable</b>		\$	-
		<b>Salario diario:</b>		\$	9.333,33
		<b>Días trabajados:</b>			90
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados		360		\$ 70.000,00
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%		360		\$ 2.100,00
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre		360		\$ 70.000,00
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados		720		\$ 35.000,00
<b>Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2011</b>					
<b>Periodo de liquidación</b>		<b>Desde</b>	<b>1/01/2011</b>	<b>Hasta</b>	<b>31/12/2011</b>
		<b>Salario fijo mensual:</b>		\$	290.000,00
		<b>Auxilio transporte:</b>		\$	-
		<b>Factor Variable</b>		\$	-



Rama Judicial del Poder Público  
Consejo Superior de la Judicatura  
Sala Laboral  
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial  
Bogotá – Cundinamarca

	<b>Salario diario:</b>	\$	9.666,67	
	<b>Días trabajados:</b>		90	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados		360	\$ 72.500,00
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%		360	\$ 2.175,00
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre		360	\$ 72.500,00
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados		720	\$ 36.250,00
<b>Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2012</b>				
<b>Periodo de liquidación</b>		Desde	1/01/2012	Hasta
				31/12/2012
	<b>Salario fijo mensual:</b>	\$	307.000,00	
	<b>Auxilio transporte:</b>	\$	-	
	<b>Factor Variable</b>	\$	-	
	<b>Salario diario:</b>	\$	10.233,33	
	<b>Días trabajados:</b>		90	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados		360	\$ 76.750,00
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%		360	\$ 2.302,50
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre		360	\$ 76.750,00
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados		720	\$ 38.375,00
<b>Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2013</b>				
<b>Periodo de liquidación</b>		Desde	1/01/2013	Hasta
				31/12/2013
	<b>Salario fijo mensual:</b>	\$	320.000,00	
	<b>Auxilio transporte:</b>	\$	-	
	<b>Factor Variable</b>	\$	-	
	<b>Salario diario:</b>	\$	10.666,67	
	<b>Días trabajados:</b>		90	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados		360	\$ 80.000,00
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%		360	\$ 2.400,00
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre		360	\$ 80.000,00
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados		720	\$ 40.000,00
<b>Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2014</b>				
<b>Periodo de liquidación</b>		Desde	1/01/2014	Hasta
				31/12/2014
	<b>Salario fijo mensual:</b>	\$	335.000,00	
	<b>Auxilio transporte:</b>	\$	-	
	<b>Factor Variable</b>	\$	-	
	<b>Salario diario:</b>	\$	11.166,67	
	<b>Días trabajados:</b>		90	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados		360	\$ 83.750,00
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%		360	\$ 2.512,50
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre		360	\$ 83.750,00
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados		720	\$ 41.875,00
<b>Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2015</b>				
<b>Periodo de liquidación</b>		Desde	1/01/2015	Hasta
				31/12/2015
	<b>Salario fijo mensual:</b>	\$	350.000,00	
	<b>Auxilio transporte:</b>	\$	-	
	<b>Factor Variable</b>	\$	-	
	<b>Salario diario:</b>	\$	11.666,67	
	<b>Días trabajados:</b>		90	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados		360	\$ 87.500,00
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%		360	\$ 2.625,00
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre		360	\$ 87.500,00
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados		720	\$ 43.750,00
<b>Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2016</b>				
<b>Periodo de liquidación</b>		Desde	1/01/2016	Hasta
				31/12/2016
	<b>Salario fijo mensual:</b>	\$	375.000,00	
	<b>Auxilio transporte:</b>	\$	-	
	<b>Factor Variable</b>	\$	-	
	<b>Salario diario:</b>	\$	12.500,00	
	<b>Días trabajados:</b>		90	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados		360	\$ 93.750,00
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%		360	\$ 2.812,50



**Rama Judicial del Poder Público**  
**Consejo Superior de la Judicatura**  
**Sala Laboral**  
**Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial**  
**Bogotá – Cundinamarca**

cesantías	360	\$ 2.012,00
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre 360	\$ 93.750,00
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados 720	\$ 46.875,00
<b>Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2017</b>		
<b>Periodo de liquidación</b>		
	Desde 1/01/2017	Hasta 13/12/2017
	Salario fijo mensual:	\$ 400.000,00
	Auxilio transporte:	\$ -
	Factor Variable	\$ -
	Salario diario:	\$ 13.333,33
	Días trabajados:	86
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados 360	\$ 95.277,78
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12% 360	\$ 2.723,36
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre 360	\$ 95.277,78
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados 720	\$ 47.638,89

Año	Cesantías	Intereses sobre	Prima de servicios	Vacaciones
2.003	\$ 35.534,72	\$ 704,77	\$ 35.534,72	\$ 17.767,36
2.004	\$ 61.250,00	\$ 1.837,50	\$ 61.250,00	\$ 30.625,00
2.005	\$ 61.250,00	\$ 1.837,50	\$ 61.250,00	\$ 30.625,00
2.006	\$ 61.250,00	\$ 1.837,50	\$ 61.250,00	\$ 30.625,00
2.007	\$ 65.000,00	\$ 1.950,00	\$ 65.000,00	\$ 32.500,00
2.008	\$ 65.000,00	\$ 1.950,00	\$ 65.000,00	\$ 32.500,00
2.009	\$ 67.500,00	\$ 2.025,00	\$ 67.500,00	\$ 33.750,00
2.010	\$ 70.000,00	\$ 2.100,00	\$ 70.000,00	\$ 35.000,00
2.011	\$ 72.500,00	\$ 2.175,00	\$ 72.500,00	\$ 36.250,00
2.012	\$ 76.750,00	\$ 2.302,50	\$ 76.750,00	\$ 38.375,00
2.013	\$ 80.000,00	\$ 2.400,00	\$ 80.000,00	\$ 40.000,00
2.014	\$ 83.750,00	\$ 2.512,50	\$ 83.750,00	\$ 41.875,00
2.015	\$ 87.500,00	\$ 2.625,00	\$ 87.500,00	\$ 43.750,00
2.016	\$ 93.750,00	\$ 2.812,50	\$ 93.750,00	\$ 46.875,00
2.017	\$ 95.277,78	\$ 2.723,36	\$ 95.277,78	\$ 47.638,89
<b>Totales</b>	<b>\$ 1.076.313</b>	<b>\$ 31.793</b>	<b>\$ 1.076.313</b>	<b>\$ 538.156</b>

Año	Periodo		No. Días de Sanción	Sanción	Total
2003	16/02/2004	15/02/2005	360	\$ 7.166,67	\$ 2.580.000,00
2004	16/02/2005	15/02/2006	360	\$ 8.166,67	\$ 2.940.000,00
2005	16/02/2006	15/02/2007	360	\$ 8.166,67	\$ 2.940.000,00
2006	16/02/2007	15/02/2008	360	\$ 8.166,67	\$ 2.940.000,00
2007	16/02/2008	15/02/2009	360	\$ 8.666,67	\$ 3.120.000,00
2008	16/02/2009	15/02/2010	360	\$ 8.666,67	\$ 3.120.000,00
2009	16/02/2010	15/02/2011	360	\$ 9.000,00	\$ 3.240.000,00
2010	16/02/2011	15/02/2012	360	\$ 9.333,33	\$ 3.360.000,00
2011	16/02/2012	15/02/2013	360	\$ 9.666,67	\$ 3.480.000,00
2012	16/02/2013	15/02/2014	360	\$ 10.233,33	\$ 3.684.000,00
2013	16/02/2014	15/02/2015	360	\$ 10.666,67	\$ 3.840.000,00
2014	16/02/2015	15/02/2016	360	\$ 11.166,67	\$ 4.020.000,00
2015	16/02/2016	15/02/2017	360	\$ 11.666,67	\$ 4.200.000,00
2016	16/02/2017	13/12/2017	298	\$ 12.500,00	\$ 3.725.000,00
<b>Total Indemnización por no pago cesantías</b>					<b>\$ 47.189.000,00</b>

Periodo		No. Años Laborados	No. Días Sanción	Salario Diario	Sanción
Desde	Hasta				
3/05/2003	2/05/2004	1,00	30	\$ 13.333,33	\$ 400.000,00
3/05/2004	13/12/2017	13,61	20		\$ 3.630.370,37
<b>Total indemnización</b>					<b>\$ 4.030.370,37</b>

Fecha Inicial	Fecha Final	No. Días	Sanción Moratoria Diaria	Total Sanción
14/12/2017	13/12/2019	720	\$ 13.333,33	\$ 9.600.000,00
<b>Total Sanción Moratoria</b>				<b>\$ 9.600.000,00</b>



Rama Judicial del Poder Público  
Consejo Superior de la Judicatura  
Sala Laboral  
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial  
Bogotá – Cundinamarca

Tabla liquidación intereses Moratorios						
Fecha inicial	Fecha final	Número de días	Interés	Tasa de interés de mora diario	Capital	Subtotal
14/12/19	13/10/21	662	25,62%	0,0634%	\$ 2.184.418,13	\$ 916.510,73
<b>Total Intereses</b>						<b>\$ 916.510,73</b>

Tabla Liquidación Crédito	
Auxilio Cesantías	\$ 1.076.312,50
Intereses Sobre las Cesantías	\$ 31.793,13
Prima de Servicios	\$ 1.076.312,50
Vacaciones	\$ 538.156,25
Indemnización por no consignación Cesantías - Art. 99 Ley 50 de 1990	\$ 47.189.000,00
Indemnización por despido sin Justa Causa - Art. 64 C.S.T.	\$ 4.030.370,37
Sanción Moratoria - Art. 65 C.S.T.	\$ 9.600.000,00
Intereses Moratorios	\$ 916.510,73
Menos título judicial	-\$ 7.357.459,00
<b>Total Liquidación</b>	<b>\$ 57.100.996,48</b>

Fuente	INSTRUCCIONES DEL DESPACHO.
Observaciones	1. 2. La Presente liquidación se encuentra sujeta a modificaciones a solicitud del despacho

Fecha liquidación:           jueves, 14 de octubre de 2021