

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 32-2020-254-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MARÍA ISABEL ORJUELA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor Nicolás Eduardo Ramos, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de la demandada Porvenir S.A., en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los Treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 21 de enero de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante y entidades demandadas, estas últimas solicitan se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora MARÍA ISABEL ORJUELA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que por falta de los



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32202000254-01 Dte: MARÍA ISABEL ORJUÉLA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

requisitos previstos en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, se DECLARE la ineficacia de la afiliación suscrita con Porvenir S.A., declarando como válida, vigente y sin solución de continuidad su afiliación a Colpensiones y que Porvenir S.A., debe devolver a Colpensiones los aportes por ella realizados sin efectuar descuento alguno.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 14 de septiembre de 1961, que se afilió al ISS desde el 16 de febrero de 1986, Instituto en el que cotizó hasta marzo de 2008, 688 semanas, que el 26 de febrero de 2008 suscribió ante Porvenir formulario de afiliación, data para la cual, contaba con 46 años de edad y le faltaban 612 semanas para adquirir derecho pensional, que conforme a la edad señalada este sería el último traslado de régimen que podía hacer previo a quedar inmersa en la prohibición de que trata la Ley 797 de 2003, que dicho traslado tuvo lugar en las instalaciones de Impormulas Ltda., en las que asistieron los asesores de Porvenir S.A. y para promover su traslado le indicaron que sus hijos podrían heredar sus aportes si se trasladaba al RAIS y que podría pensionarse con el 100% del salario.

Indica que en dicha oportunidad, Porvenir S.A., no le suministró información adicional respecto de los requisitos para pensionarse en dicho régimen y cómo obtener una mesada pensionar superior, que no la ilustró sobre las consecuencias económicas de dicho traslado, por lo que no cumplió con su deber de buen consejo al no indicarle las desventajas que le podía acarrear dicho traslado con base en un estudio previo, individual y concreto de su situación pensional.

Afirma por último que ha cotizado al sistema pensional más de 1500 semanas y Porvenir S.A., le indicó en el año 2017 que su pensión sería del SMLV cuando alcanzara los 60 años de edad, cuando su IBL asciende a \$1.622.767, siendo este valor la mesada a reconocer de haber permanecido en el RPM, por lo que suscribió formulario de afiliación a Colpensiones en el 2018, la que fue negada por dicha administradora.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32202000254-01 Dte: MARÍA ISABEL ORJUÉLA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en No. 1, 6 y 16, negó los No. 4, 8 a 15 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 a 8, 20 y 21 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP en los casos de ineficacia de traslado de régimen pensional, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera del artículo 48 de la CP, buena fe, falta de causa para pedir, prescripción, legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió declarar probadas las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación e inexistencia del derecho reclamado formuladas por las demandadas y ABSOLVIÓ a Colpensiones y Porvenir de las pretensiones de la demanda, condenando en costas a la parte demandante.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando textualmente:

Conforme a la situación fáctica planteada corresponde al despacho resolver el presente caso si hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante en el mes de febrero de 2008 y en consecuencia tenerla como afiliada al RPM a cargo de Colpensiones, para resolver el presente caso debemos citar inicialmente lo dispuesto en la ley 100 de 1993 en la norma que en su artículo 12 en lo referente al sistema general de pensiones señala que estará compuesto por 2 regímenes solidarios y excluyentes entre sí el RPM que en su momento administro el ISS y el RAIS a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, a su vez el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establece como características del sistema general de pensiones, primero que más que la afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes, que la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en la ley es libre y voluntaria por parte del afiliado quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32202000254-01 Dte: MARÍA ISABEL ORJUELA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

de la vinculación o el traslado y a sí mismo conforme al literal E que los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieren y que nadie se efectúa la selección inicial podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial, de acuerdo con las pruebas allegadas al proceso se determina que en primer lugar la demandante nació efectivamente el 14/09/1961 de lo que da cuenta la hoja 19 del archivo 03 subsanación de la demanda bajo la hoja 17 archivo 01, demanda inicialmente radicada por la parte demandante .

Asimismo se tiene que la demandante se afilió al ISS el 16/02/1983 conforme la hoja 68 del archivo 03 subsanación de la demanda al igual el Folio 30 del archivo 06 y que cotizó un total de 692.29 semanas al ISS hoy Colpensiones es del caso señalar conforme al reporte de semanas cotizadas emitido por col pensiones que la demandante cotizó inicialmente el 16/02/1983 y hasta el 31/08/1995 posteriormente del primero de julio del año 2000 y hasta el mes de marzo del año 2008, también debe señalarse que de acuerdo a las pruebas allegadas al proceso en la hoja 30 del archivo 09 contestación de la demanda se allegó un formulario suscrito por la demandante el 29 de enero del año 1997 mediante el cual la demandante se trasladó del ISS a Porvenir S.A, momento para el cual se encontraba vinculada laboralmente con la empresa dos partes como auxiliar contable, se tiene igualmente que retornó al ISS el 11 de julio del 2000 y que posteriormente se volvió a afiliarse a Porvenir y consecuentemente trasladarse nuevamente de régimen el 26/02/2008 conforme la hoja 41 del archivo 03 de este da cuenta también que el expediente administrativo allegado por Colpensiones obra certificación emitida el 10 de agosto 2017 en la que da cuenta de los traslados efectuados de Porvenir a Colpensiones y de Colpensiones a Porvenir, así como también el reporte SIAPF allegado con la contestación de la demanda por parte de Porvenir S.A que obra en la hoja de Folio 26 de archivo 09 y también la certificación que emite Porvenir en el folio 28 de la contestación de la demanda, es del caso también señalar que se escuchó a el interrogatorio de parte a la señora María Isabel Sánchez y a la representante legal de Porvenir S.A y se escucharon los testimonios de los señores John Faber Riveros Gasca y Oscar Danilo Jiménez en lo que respecta al interrogatorio de parte de la representante legal de Porvenir se resalta que no cuenta con documentos adicionales diferentes a los formularios de afiliación de la demandante y que los asesores de Porvenir S.A están capacitados y deben dar la información pertinente a los potenciales afiliados, en lo que respecta al interrogatorio de parte la señora María Isabel Orjuela Sánchez manifestó que respecto a su traslado a Porvenir en el año 1997 que trabajaba en un almacén y que llegaron asesores de Porvenir, que le convenía el traslado que muchos beneficios que se iba acabar el ISS o las pensiones del Estado y que obtendría una pensión equivalente al 100% de lo que devengaba, acerca de porque se trasladó nuevamente al ISS en el año 2000 manifestó que no se acuerda bien pero que cree que le dijeron que era mentira que se acababa el Seguro Social y nuevamente se afilió a dicho Instituto, sobre su traslado en el año 2008 a Porvenir manifestó que los asesores insistían sobre que debía trasladarse, que le informaron que la edad que tuvieran los iban a pensionar, que estando su cónyuge y ella en el ISS pues que uno de los 2 perdería la pensión, que no valido dicha información que no recibió la doble asesoría que eso solo se hace en la actualidad, que en Porvenir obtendría una pensión del salario mínimo y en Colpensiones el promedio de los 10 últimos años, que no estaba bien informada que no solicitaba ninguna proyección, que trabaja en el área contable de la empresa y por ello ha escuchado de esta situaciones y ha escuchado como se liquidan las pensiones y como le ha ido a las personas que se pensionan en Porvenir S.A y que la reunión con el asesor duro de 10 a 15 minutos y que el señor John Faber Riveros estaba con ella en el mostrador del almacén en el que trabaja.

En lo que respecta al testimonio del señor John Faber Riveros manifiesto laborar en Impormulas hace 18 a 19 años que María Isabel es su jefe, que es auxiliar contable que más o menos en el año 2008 vino un asesor de Porvenir y les informó sobre el traslado y de los beneficios que tendría, que en el caso de él lo que más le llamo la atención es que se pensionaría a la edad que quisiera, que de igual manera les informaron que si el cónyuge estaba en el mismo fondo también se podría pensionar, que el asesor fue con mentiras y no les dieron información clara, que no les informaron que debían tener un mínimo ahorrado que más o menos duró media hora la reunión, que era un asesor hombre, que no les informaron sobre las diferencias y que obtendrían una pensión equivalente al 100% del salario. Por su parte el Señor Oscar Danilo Jiménez manifestó que también laboro en Impormulas del año 2012 al año 2018 en mensajería que la señora María Isabel



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32202000254-01 Dte: MARÍA ISABEL ORTUÉLA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

es la esposa del jefe donde él trabajaba en Impormulas el señor Juan Fonseca, que la demandante trabajaba como secretaria y auxiliar contable, que en el año 2007 al año 2008 el testigo se trasladó de régimen a Protección aprovechando que él estaba en vacaciones cuando los asesores llegaban al almacén pero que no estuvo presente cuando María Isabel firmó el formulario de vinculación a Porvenir y que les decían los asesores que se pensionaría a la edad que quisieran que si fallecían les quedaban a la esposa y los hijos, que les quedaba el 100% de la pensión, que la demandante es la encargada de las afiliaciones en la empresa y que iban asesores de Protección y Porvenir.

De acuerdo con las pruebas allegadas al proceso el despacho debe señalar que habrá de absolver a las demandadas a las pretensiones incoadas en su contra pues más allá de lo que se relata por parte de la demandante, por parte de los testigos en este proceso lo cierto es que hay una serie de circunstancias que hacen considerar al despacho que la demandante ejerció de manera libre y voluntaria el derecho que tiene a escoger el régimen de pensiones al cual quiere pertenecer; en primer lugar y como se ha señalado en las pruebas alegadas al proceso está claro que la demandante estuvo afiliada al ISS desde antes de la expedición de la ley 100 de 1993, que en el año 1997 la demandante ejerció su derecho a trasladarse de régimen, traslado del cual en la demanda no hace ninguna referencia ni expresa inconformidad y posterior a ello nuevamente se trasladó al RPM en el año 2000 para finalmente trasladarse en el año 2008 al RAIS, advirtiendo que según la demandante manifiesta que no recuerda las razones por las cuales se trasladó nuevamente al ISS en el año 2000 y que refiere que se trasladó el 26 de febrero de 2008 que suscribió el formulario a Porvenir y que no le dieron la suficiente información del testimonio del señor Oscar Danilo Jiménez se desprende que no fue una sola visita que recibió la señora María Isabel, sino que fueron varios asesores que les brindaba diferente información, adicionalmente debe señalarse que la demandante conforme a su interrogatorio de parte, demuestra el conocimiento sobre la forma en que se determina la pensión en el RPM y si bien refiere que no lo conocía para el momento en que se trasladó a Porvenir S.A y que ella lo vino a conocer después al despacho no encuentra credibilidad suficiente sobre los dichos de la demandante entre otras cosas porque todos fueron claros y expresos en manifestar que la demandante era la que manejaba las afiliaciones en la empresa en la que trabaja, empresa que por qué de mas es de su cónyuge y de igual manera se observa que la demandante manifestó conocer sobre las características de los sistemas pensionales es del caso señalar que inclusive llama la atención del despacho que en la historia laboral de la demandante que fue allegada tanto por esta como por la demandada a Colpensiones, se observa que desde antes de que la demandante suscribiera el formulario de afiliación a Porvenir S.A ya se encontraba efectuando aportes a dicho fondo de pensiones, obsérvese en la historia laboral que los aportes realizados en los meses de diciembre de 2007, enero de 2008, febrero de 2008 y marzo de 2008, se realizaron a través de un fondo de pensiones del RAIS en el reporte de semanas cotizadas allegado por col pensiones se señala valor devuelto del régimen de ahorro individual por pago al fondo es decir desde mucho antes la demandante ya tenía la clara intención de trasladarse al RAIS inclusive señala que todos los trabajadores de Impormulas se trasladaron a Porvenir S.A a lo que hace el despacho inferir que esta decisión de trasladarse a Porvenir S.A fue una decisión consciente y que inclusive la misma empresa pudo haber tenido alguna incidencia en el traslado de sus demás trabajadores, de igual manera debe resaltarse esta situación dado que la señora María Isabel conforme ella misma lo manifestó en su interrogatorio de parte, manifestaron los testigos es la encargada de las afiliaciones a los fondos de pensionados a los sistema de pensiones y es la encargada de efectuar los pagos de los aportes a la Seguridad Social por parte de su empleador, del cual reitero llama la atención que ella es la cónyuge del propietario esto se puede evidenciar en la hoja 32 de la contestación de la demanda archivo 06 de la contestación de Colpensiones, reporte de semanas cotizadas de allí que el despacho encuentra o reitera que lo que se observa aquí en este proceso es en ejercicio un derecho que tienen los ciudadanos colombianos a escoger de manera libre y voluntaria el régimen de pensiones a cual quieran pertenecen y que atendiendo a que a la fecha el día de hoy eventualmente no le es favorable por el monto de la pensión quiere hacer uso del proceso que hoy nos ocupa para obtener una nulidad o una ineficacia respecto de una decisión que ella ejerció de manera libre y voluntaria y que aparentemente a la fecha del día de hoy no le es favorable.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32202000254-01 Dte: MARÍA ISABEL ORJUÉLA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Debe señalarse respecto a los testimonios adicionalmente que en el caso del señor Oscar Danilo Jiménez Gómez si bien hace referencia alguna información que daban los asesores pues lo cierto es que el mismo no sería un testigo para el caso del traslado de régimen de María Isabel como quiera que él manifestó no haber estado presente en el momento en que María Isabel suscribió el formulario de afiliación a Porvenir S.A, y en el caso del señor John Faber Riveros si bien hace referencia a que el asesor fue con mentiras y que no les dio una información clara lo cierto es que considera el despacho tal y como se le preguntó a este testigo dijo que no habían hecho preguntas, que lo cierto es que se les brindó la información y que en el caso de los usuarios del sistema de pensiones lo que no hizo fue aclarar las dudas que le quedaban tanto así pues que se les manifiesta que se pensionaban a la edad que quisieran esto es efectivamente es una de las características del RAIS, pero se requiere cumplir unos requisitos, no es simplemente ir a decir quiero pensionarme ya con el solo hecho de haberse afiliado y esto tiene una lógica porque por la sola afiliación a un sistema pensional no se tiene derecho a la pensión sino reitero hay que cumplir con ciertos requisitos. Adicionalmente que para el caso del testigo esto fue lo que a él le llamo la atención, refieren que posteriormente cuando recibió la doble asesoría entendió que se debía tener un mínimo ahorrado para poder acceder a una pensión a una edad diferente a la establecida en la ley para el régimen de prima media con prestación definida por lo demás y respecto a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sala de casación laboral y si bien allí se establecen unos requisitos frente al deber de información, debe señalarse que también la jurisprudencia ha sido clara que se debe analizar cada caso en particular y no que se deba aplicar de manera indiscriminada una decisión de la Corte Suprema de Justicia sin confrontarla con el caso en particular.

En este caso en particular hay unas circunstancias que llevan al despacho a concluir que la demandante ejerció un derecho y que tenía conocimiento de las características del sistema general de pensiones y de las características de cada uno de los regímenes pensionales y que ella ejerció libremente su derecho al punto que dentro de la vigencia de la ley 100 de 1993 a efectuado traslados tanto al régimen de prima media como al régimen de ahorro individual y que a la fecha de hoy teniendo en cuenta la prohibición establecida en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 pues ya no puede ejercer nuevamente esa posibilidad de traslado y que como quiera que a este momento considera que no le es favorable la pensión pues pretende a través de una acción encaminada a declarar la nulidad o la ineficacia de trasladarse al RPM cuando lo cierto es que durante su vida laboral ejercicio ese derecho de traslado en varias oportunidades. Por las razones anteriormente expuestas el despacho habrá de absolver a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra declarando probadas las excepciones formuladas por las demandadas denominadas cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación formulada por Porvenir S.A, finalmente se condenará en costas a la demandante a favor de las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante**, indicó:

Se esbozó en el a quo que la señora María estuvo varias veces afiliada en el ISS y en Porvenir S.A, téngase en cuenta que estas afiliaciones fue en ocasión de la mala información que precisamente se otorgaba tan es así que la señora María indicó que cuando estaba en Porvenir y volvió al Seguro Social fue porque le indicaron que ya el Seguro Social no se iba a acabar es decir fue por mala información, ahora para el caso que nos atañe de Porvenir se ve claramente la información errada por parte de los funcionarios, el a quo indica que el testigo Danilo recibía visitas en dicha empresa de varios asesores y como lo manifestó el mismo testigo téngase en cuenta que la misma información errada la tenían todos los asesores tan es así que se alcanza a conocer que por cada afiliación que tenían se ganaba un porcentaje tal y como lo indicó uno de los testigos entonces eso no es óbice para determinar que todos tenían diferente información por supuesto todos trabajan para la misma entidad, todos daban la misma información desafortunadamente que era errada, ahora se indica también que el testigo no es idóneo para este caso pero téngase en cuenta honorables magistrados que el testigo Danilo se trajo a colación en razón a que sí conocía la información que daban los



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32202000254-01 Dte: MARÍA ISABEL ORTUÉLA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

asesores de Porvenir por ello es pertinente si bien no conocía o no fue testigo presencial de la firma del formulario si conocía la información que otorgaban los asesores porque a él mismo se la otorgaron, tenga en cuenta también que el trabajo de la señora de la señora María como secretaria y como auxiliar contable es decir que realizaba pagos, funciones de Secretaria y que realizaba funciones de afiliación a sus trabajadores y que sea la esposa del dueño de la empresa no quiere decir que ya tenga conocimiento de los requisitos y diferencias, consecuencias de un régimen y otro, adicional ella si manifestó que conocía y hablaba con propiedad como muy bien lo manifestaba el a quo de los sistemas pensionales pero eso es a hoy que ya tiene más conocimiento de los sistemas como se manejan entre uno y otro, sea por experiencia ajena personal pero lo que es a la fecha del año 2008 no tenía ese conocimiento, frente a la historia laboral que se replica acá en el a quo para el año diciembre de 2017, enero y febrero del año 2018 frente a esos pagos que se reflejan en la historia laboral téngase en cuenta que precisamente fue por la insistencia de los asesores en convencer a los trabajadores sin conseguir más adeptos para lograr la afiliación a Porvenir esto no significa que no tenga intención de trasladarse o sea utilizado en contra de la señora María precisamente para esas calendas ella recibía información por las continuas visitas que realizaban, que no eran pedidas por ella sino que voluntariamente los asesores comerciales asistían a dicha empresa entonces fue por la insistencia, pero eso no replica en contra de la señora para que tuviera conocimiento de un régimen u otro, ahora téngase en cuenta la sentencia 12136 de 2014 donde explica que la jurisprudencia del trabajo entendido como “la expresión libre y voluntaria de literal B en el artículo 13 de la ley 100 del 93 necesariamente presupone conocimiento lo cual sólo es posible alcanzar cuando se sabe a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole y como se pudo notar en el presente proceso aquí se adoleció de un consentimiento informado porque la carga aquí de la prueba la tiene la AFP Porvenir y esta misma no pudo mostrar que si realizó una información detallada y un estudio individualizado y concreto a la señora María, Porvenir nunca informó la modalidad de pensión a la cual estaría sujeta la señora María él nunca informó el monto de la pensión que obtendría, nunca informó el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorros y el capital que debía reunir en el mismo para obtener su pensión de vejez, nunca informo los requisitos que se requerían tanto para el régimen de ahorro individual como el régimen de prima media, de igual forma nunca lo relacionado o nunca la señora María comprendió las reales implicaciones que le conllevaría dejar el régimen de prima media y sus posibles consecuencias futuras, nunca conoció las consecuencias legales económicas ni las ventajas y desventajas, nunca se le pasó una propuesta por escrito sobre la diferencia de los Regímenes, nunca se le realizó una comparación, ni se le informo entre un régimen y otro, entonces así las cosas téngase en cuenta que también la señora María manifestó que las asesorías eran de 10 minutos, en 10 minutos uno no puede estar dando toda la información detallada que requiere un trabajador para tener un pleno conocimiento de ese cambio a esa afiliación de régimen y esa falta de asesoría afecta los derechos de autonomía y dignidad humana y hace presumir la mala fe trasladada a la AFP, entonces así las cosas ruego a los honorables magistrados tengan en cuenta la anterior exposición.

Que tenga en cuenta los requisitos que se reiteraron en la sentencia 1421 del año 2009 donde se indica “la insuficiencia de la información que afecta a los intereses del afiliado en procura de revindicar su derecho o el acceso al mismo, segundo no será suficiente la síntesis de acción del formulario la cual debe corresponder a la realidad y tercero en los términos del artículo 1604 del código civil corresponde a las administradoras de fondo de pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados los cuales de no ser ciertos tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de la ley 100 del 93 y en los que debe constar los objetivos negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional” Esto no ocurrió aquí, acá se está invirtiendo la carga de la prueba a la actora cuando la carga debe recaer sobre Porvenir quien no demostró como lo acabo de indicar en la sentencia SL 1421 del año 2009, no demostró los aspectos positivos ni negativos de la vinculación que se hicieron en el año 2008 es decir para ese momento y no se le puede indilgar que con ocasión de su trabajo debe tener aspectos de conocimiento tanto de un régimen como del otro porque la afiliación y el simple pago de los mismos y tener al día su empresa no significa que deba tener conocimiento de los mismos, tan es así que si ella tuviera conocimiento ella perfectamente hubiese podido permanecer afiliada en el ISS pero esto no sucedió porque precisamente por la mala información.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32202000254-01 Dte: MARÍA ISABEL ORJUELA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora MARÍA ISABEL ORJUELA, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con Porvenir S.A., el 26 de febrero de 2008, como se verifica de copia de formulario de afiliación, allegado junto con escrito de demanda en expediente digital.

En este orden, la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos como en el presente, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32202000254-01 Dte: MARÍA ISABEL ORJUELA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo señalado por las demandadas en sus alegaciones y por el juez de primer grado, ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora María Isabel Orjuela, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 2008; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., a la que se trasladó la demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32202000254-01 Dte: MARÍA ISABEL ORJUÉLA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado 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, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como en esta oportunidad se itera, no se observa el suministro de la información en los términos señalados a la demandante en el año 2008, por lo que su traslado, no se puede considerar como libre y voluntario como lo indica el juzgador de instancia, máxime cuando la demandante no conocía las incidencias del mismo, no siendo de recibo la afirmación según la cual por la labor desempeñada por la demandante conocía las consecuencias del



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32202000254-01 Dte: MARÍA ISABEL ORJUELA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

traslado de régimen ya que era deber constatar en el trámite procesal conforme a la inversión de la carga de la prueba que Porvenir S.A., le había indicado a la señora María Isabel todo lo relevante al traslado que se itera promovió en el año 2008, ya que dicho deber se debe suplir frente a **todos** los afiliados con independencia de su profesión u oficio y el hecho de que la demandante fuera quien se encargaba de las afiliaciones a pensión en la empresa en la que trabajaba, tampoco suple el deber de información bajo estudio, cuando en su caso particular, no le fue suministrado como bien lo indicó la misma representante de Porvenir S.A., en diligencia de interrogatorio de parte al referir que la única prueba con que contaba del suministro del deber de información en el caso de la actora, era el formulario de afiliación.

Es así como en esta oportunidad nada lleva a determinar que a la demandante se le pusieron de presente todos los pormenores que le traería su traslado de régimen pensional en el año 2008, **atendiendo a su situación particular**, pues Porvenir S.A. no allegó prueba de ello, por lo que resulta forzoso concluir que como lo indica la parte demandante en su recurso y alegaciones, no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **REVOCAR** la decisión proferida por el Juez de conocimiento, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por la señora María Isabel Orjuela a Porvenir S.A., ordenándole a esta, efectuar el traslado de los dineros depositados en la cuenta individual de la demandante a órdenes de Colpensiones, junto con rendimientos y dineros descontados de su cuenta de ahorro por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32202000254-01 Dte: MARÍA ISABEL ORJUELA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes la sentencia apelada, para en su lugar declarar la ineficacia de la afiliación que la demandante María Isabel Orjuela, efectuó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el 26 de febrero de 2008, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada PORVENIR S.A., a trasladar a órdenes COLPENSIONES y a esta última a recibir, todos los valores que hubiere cotizado la demandante María Isabel Orjuela, con motivo de la afiliación al régimen de ahorro individual junto con todos los rendimientos que se hubieren causado y gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32202000254-01 Dte: MARÍA ISABEL ORTUÉLA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO**

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 34 2019 245 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: CELIO VALERO CRUZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 30 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro laboral del Circuito de Bogotá, por la apelación presentada por las demandadas y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

Solicitó la parte actora se condene a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., a autorizar el regreso del demandante, al RPM que maneja COLPENSIONES. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a PROTECCIÓN S.A. a poner a disposición de COLPENSIONES, las sumas de dinero que corresponden a las semanas



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 245 01 Dte: CELIO VALERO CRUZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO

cotizadas a dicho fondo, y el bono pensional que haya emitido COLPENSIONES, teniendo en cuenta que al momento de trasladarse a dicho fondo ya tenía cotizadas más de 1000 semanas. Que se condene a la demandada COLPENSIONES, a autorizar el regreso del demandante al RPM y al reconocimiento de la pensión de vejez a la cual tiene derecho, junto con los intereses moratorios y el retroactivo correspondiente. Finalmente se solicita se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho. (fl.- 71)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando:

- 1°. El señor CELIO VALERO CRUZ nació el día 30 de diciembre de 1954.
- 2°. El señor CELIOVALERO CRUZ, había cotizado el 31 de octubre de 1998,909,57 semanas.
- 3°. Adicionalmente, había prestado servicio militar durante dos años.
- 4°. Debido a mala asesoría que le prestaron a mi poderdante ,se retiró del régimen de prima media con prestación definida.
- 5°. Sumando las semanas cotizadas y el tiempo de servicio militar, para el año 1998, mi poderdante acreditaba más de mil semanas cotizadas.
- 6°. Mi poderdante considera que PROTECCION S.A. no le ofrece una pensión justa.
- 7°. Mi poderdante solicitó a PROTECCION S.A. que autorizara su retiro del régimen de ahorro individual.
- 8°. Protección S.A. ha guardado silencio.
- 9°. Mi poderdante solicitó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES el regreso al régimen de prima media con prestación definida.
10. Colpensiones ha guardado silencio. (fl.- 3)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, manifestó que son ciertos los enlistados



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 245 01 Dte: CELIO VALERO CRUZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO

en los numerales 1, 2, 7 y 9, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, inexistencia del derecho a reconocimiento pensional, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia del cobro de los intereses moratorios, buena fe y prescripción. (fl. 97-114).

Por su parte la demandada **PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 2 y 7, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó validez de la afiliación a PROTECCIÓN, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y prescripción. (fl. 145-151).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en sentencia del 03 de noviembre de 2020, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado realizado por el demandante CELIO VALERO CRUZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado el 18 de agosto de 1998 a través de la afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones PROTECCIÓN S.A. a reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de CELIO VALERO CRUZ, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, a recibir todos los valores que reintegre la AFP PROTECCIÓN S.A. con motivo de la afiliación de CELIO VALERO CRUZ, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y, tenerlos como semanas efectivamente cotizadas.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 245 01 Dte: CELIO VALERO CRUZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas.

QUINTO: ABSOLVER a las demandas de las demás pretensiones propuestas en la demanda.

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada PORTECCIÓN S.A. Se fija como agencias en derecho, la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

SÉPTIMO: CONSULTAR la sentencia ante el Tribunal Superior de Bogotá, en caso de no ser objeto del recurso de apelación.”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que el problema jurídico dentro del presente asunto, corresponde solventar se remite a establecer si es nulo el traslado realizado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A., de ser positivo lo anterior, establecer si debe Colpensiones recibir nuevamente en el régimen de prima media con prestación definida al demandante y si tiene derecho al pago de la pensión de vejez que reclama.

Para resolver el problema jurídico planteado, el despacho se servirá de los siguientes argumentos: de la nulidad o ineficacia del traslado. Inicialmente ha de señalarse que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, otorgó la facultad a los afiliados de acogerse a un régimen siempre y cuando su decisión esté basada en la libertad de elección. De esa manera, dicho articulado preceptuó en el literal B lo siguiente: artículo 13. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características. B. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 245 01 Dte: CELIO VALERO CRUZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

En ese orden de ideas, las entidades encargadas de su administración y dirección deben garantizar que existió una decisión informada y que fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado. Además, tal información debe ser objetivamente verificable en el entendido de que aquel debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría. De otro modo, no puede explicarse el cambio de un régimen a otro. De esa manera y al solicitar la ineficacia o nulidad de un acto jurídico, implica la necesidad rotunda de probar que alguno de los elementos para obligarse como son la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita, están viciados.

Posteriormente hizo referencia a las pruebas allegadas por la demandada PROTECCIÓN, quien presentó únicamente como prueba documental conducente a verificar la información suministrada para el traslado de régimen a la demandante, la solicitud de vinculación suscrita por el demandante.

Señaló que de las pruebas allegadas al plenario que en su contenido se concluye la absoluta falta de ilustración respecto de las condiciones precisas por medio de las cuales el demandante entraría a ser parte del régimen de ahorro individual con solidaridad, pues de la información vertidas en el plenario solamente se contempla como fueron gestionados en el formulario de afiliación datos de índole personal y laboral que no representan el carácter serio y diáfano que debe comportar la decisión de traslado de régimen pensional, observándose así una falta directa al deber de información que las entidades administradoras de fondos de pensiones están llamadas a atender.

De otro lado, se observa con bastante vehemencia como se especificó en el cuadro donde reposa la voluntad de afiliación la manifestación libre, espontánea y sin presiones del afiliado, lo cual contrasta con la ya referida omisión de proveer los datos concretos. Sobre el particular, el despacho se remite a lo advertido por la Sala de Casación laboral de la corte suprema de justicia, en torno al deber que le asiste a las afp de suministrar información



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 245 01 Dte: CELIO VALERO CRUZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

en los siguientes términos: “ la doctrina viene elaborando un conjunto de obligaciones especiales con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como la de las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como la de la transparencia, vigilancia y el deber de información. La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la simetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad. Lo anterior fue advertido por la sala de casación laboral, dentro del proceso con radicación 3001989 del 9 de septiembre de 2008.”

El despacho subraya la referencia jurisprudencial, el término doctrina y la necesidad de que la información debe comprender todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. Pues el deber de información siempre ha existido aunque la ley 100 de 1993 y el decreto 656 de 1994, no lo señalaran expresamente, ya que se entiende que aquella obligación no se sujeta a los parámetros de un negocio jurídico común, dado que su relevancia es de mayor entidad, por cuanto define en cierta medida la efectividad y goce de un derecho de orden fundamental como lo es la seguridad social. Así lo asiente el órgano de cierre en la especialidad laboral dentro de la sentencia SL19447 del 2007, en la cual señaló: “lo anterior tiene un mayor significado en punto al debate aquí suscitado, en la medida en que siendo el objeto del sistema general de pensiones, la garantía a la población de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, mediante el reconocimiento de las prestaciones, así como la ampliación progresiva de su cobertura y estado enmarcado en que conforme al literal B del artículo 13 de la ley en cita, la elección de cualquiera de los dos regímenes debe ser libre y voluntaria, lo que se exige no es cualquier tipo de asesoría, sino aquella que permita el ejercicio de la libertad informada cuya infracción castiga la propia normativa en la medida en que indica que si el empleador o cualquier persona natural o jurídica la desconoce, se hace merecedor de las sanciones



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 245 01 Dte: CELIO VALERO CRUZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

previstas en el inciso 1 del artículo 271. Y es que el propio estatuto de seguridad social desde su origen reconoce que en el marco de los regímenes pensionales de prima media y el de ahorro individual con solidaridad, podían presentarse asimetrías en la información sobre todo con estas últimas administradoras de pensiones y contempló para el efecto unas consecuencias en las que fundamentalmente se da cuenta sobre lo trascendente de las afiliaciones a ellos para los asociados, Maxime la incidencia que frente al régimen de transición tenían y en ese sentido adopta las correcciones pertinentes también para los empleadores.

Así es que es la propia ley la que sanciona con severidad el incumplimiento integro de los deberes de información que les atañe, incluso para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones no es suficiente y de otro porque correspondía a dar cuenta que se actuó diligentemente, no solo con la imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del código civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo, y en ese específico caso ellas no se agotan, solo con traer a colación los documentos suscritos sino la evidencia de la asesoría brindada era suficiente para la persona, y eso no se satisface únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera a las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre en las voces del referido artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Igualmente, se sostuvo por la misma corporación en la sentencia con radicación 46292 del 2014 lo siguiente: una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente y menos del real consentimiento para adoptarla. Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute es eficaz cuando existe un consentimiento informado. En materia de seguridad social el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información en este caso, del traslado de régimen debe ser de transparencia máxima.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 245 01 Dte: CELIO VALERO CRUZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

Para este tipo de asuntos se repite tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos, prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad, sino además el monto de la pensión que cada uno de ellos se proyecte. A diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esta situación. Esas reglas básicas permiten, en caso de controversia, estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia y sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba siendo o no aplicable.”

Alegando en tal determinación que no se puede argüir que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que aquella puede tener frente a sus derechos prestacionales, que la misma no puede estimarse satisfecha con la simple expresión genérica de aceptación. De allí que en principio corresponda las administradoras de pensiones dar cuenta que documentaron clara y suficientemente al interesado de los efectos que acarrearía el cambio de régimen, so pena de tener que declararse la ineficacia de ese tránsito.

Inicialmente y del acervo documental se infiere la falta de información al afiliado acerca de aquellas consecuencias de abandonar el régimen de prima media y de las condiciones que afrontaría a futuro frente al cambio de régimen. De otro lado se advierte que la parte demandada no presenta prueba de haber cumplido con la obligación que le imponían los incisos 5 y 6 del artículo 15 del decreto 656 de 1994, cual es la de entregar al afiliado en el momento de su vinculación el texto del reglamento de funcionamiento de la entidad y el plan de pensión.

De lo anterior se advierte enorme convicción que el fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A., omitió el compromiso debido, por cuanto es allí en la entrega de su modelo pensional donde el afiliado puede verificar plenamente que aquella ilustración ofrecida de manera preliminar se torna suficiente. Se concluye así de la prueba aportada dentro del plenario que la sociedad administradora de fondos de pensión y cesantías PROTECCIÓN s.a., omitió



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 245 01 Dte: CELIO VALERO CRUZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO

suministrar la información suficiente para que el demandante, tomara una decisión de traslado de régimen de manera consciente respecto de las consecuencias jurídicas que ello implicaría. Asimismo, y sin ningún tipo de estudio pertinente ni proyección de la expectativa pensional, le fue indicado al demandante cuales serían las desventajas y ventajas de la afiliación al régimen de ahorro individual; lo que ahora conlleva a decir que no se demostró que su actuar hubiere sido diligente como merece la gestión de las administradoras de fondos de pensiones, resultando así engañoso y desprovisto de buena fe, adelantar una tarea en tan pronunciada responsabilidad en las condiciones verificadas en el acervo probatorio. Esa probidad recalcada no solo en el estadio de la norma que regula la seguridad social sino además en el estatuto financiero que consagra la ley 663 de 1993, en su régimen de información financiera y comercial en el cual se fijaron obligaciones de diligencia frente al suministro de datos o contenidos a los usuarios de las administradoras, reglamentado en el numeral 1 del artículo 97 de la norma en cita, y que señala que las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos escoger las mejores opciones del mercado. Lo anterior tal y como fue ratificado oportunamente por la sala de casación laboral dentro de la sentencia SL19447 de 2017. De esa manera y para el despacho es claro que la gestión de las administradoras de fondos de pensiones debe ser intachable, de tan alta diligencia y rectitud que revele en el derecho pensional de sus afiliados la garantía de haber tomado la mejor elección. De conformidad con lo anterior, declaró la nulidad del traslado solicitado.

En cuanto a la **pensión de vejez** señaló que para el despacho es preciso indicar que en virtud de la necesidad que le asiste a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES de estudiar y convalidar tanto los valores que se han recibido con ocasiona la cotización realizada por el demandante en la AFP PROTECCIÓN S A debe realizar el estudio y asimilación de los montos cotizados semanas de cotización, por lo que deberá posteriormente hacer el estudio para determinar la procedencia del reconocimiento y pago de la pensión de vejez que reclama el demandante, por



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 245 01 Dte: CELIO VALERO CRUZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO

lo que, en razón de lo cual para el despacho es improcedente el estudio del reconocimiento de la pensión reclamada por ser prematuro y en razón de ello absolvió a la demandada COLPENSIONES de esta pretensión.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte actora, indicó:

“ Voy a interponer recurso de apelación de manera parcial para que ante el tribunal de Bogotá sala laboral se revoque solamente el ítem que tiene que ver en lo concerniente al estudio y a la solicitud de la pensión, a cancelar la pensión a mi poderdante, toda vez que no es prematuro y está apoderada respeta el fallo que acaba de surtir donde la señora juez dice que es prematuro hacer la condena al reconocimiento y pago de la pensión, toda vez que esté evidencian claramente que el señor se Celio Valero Cruz, tiene en este momento y cumple con todos los requisitos. Que sería algo, en este momento el señor está alrededor de los 66 años, está por cumplir 67 años toda vez que nació el 30 de diciembre de 1954 hay que tener en cuenta que había cotizado al 31 de octubre, 1998 semanas, que adicionalmente presto servicio militar que como te dijo en esta audiencia debido a la mala asesoría se retiró del régimen de prima media con prestación definida, sumando todas las semanas cotizadas el tiempo de servicio para el año 1998, mi poderdante acreditaba más de 1000 semanas cotizadas, Entonces es algo, que, tener que nuevamente volver a hacer y a solicitar el estudio de la prestación, para que se le conceda la prestación cuando reúne todos los requisitos y más aún cuando, se ha manifestado que en los otros ítems que están condenatorios son favorables a mi poderdante. Entonces sí quiero para qué, en esa parte puntualmente se revise ese ítem y se verifique con todos los materiales probatorios que se allegaron en el expediente las semanas cotizadas que mi poderdante tiene derecho desde ya que se me reconozca y no hay que nuevamente que quitar y pasar toda la documentación que está aportada en este proceso, en el entonces, solicitó la señora juez de manera respetuosa se me concede al recurso de apelación y al TRIBUNAL DE BOGOTÁ SALA LABORAL que lo revise solamente en ese ítem señoría.”

Apoderado de la demandada COLPENSIONES:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 245 01 Dte: CELIO VALERO CRUZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO

“encontrándome dentro del término procesal pertinente me permito presentar recurso de apelación para que sea revisado por el H. Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, para que se revoque respecto a decretar la nulidad del traslado y recibir los aportes por parte de mí representaban en los siguientes términos: en primer lugar respecto a la falta de información al momento de efectuar el traslado delegado por parte del demandante se señala que dicho requisito fue creado por la ley 1478 del 2014 que modificó el artículo 9 de la ley 1328 de 2009, por tanto en el año 1998 fecha en el cual el demandante efecto al traslado no se les exigía a los fondos brindan información detallada al momento del traslado pues para que ella época solo se requería el consentimiento de la persona y que suscribieran el formato de afiliación, razón por la cual en el presente asunto no se puede alegar la falta de información por parte de los asesores. En segundo lugar virtual que el demandante no se le está negando el derecho de ceder una pensión de vejez para el cumplir los con los requisitos establecidos en la ley puede ser reconocido por el régimen de ahorro individual, sino que su inconformidad únicamente esa sobre el monto de la pensión que estaba adquirida, se debe considerar al momento de resolver el caso bajo estudio el impacto de este tipo de decisiones pues generan en la estabilidad financiera de la administradora colombiana de pensiones para el considere el traslado del demandante al régimen de prima media faltándole menos de 10 años para cumplir lada para la que le sea reconocida la pensión se descapitalizar fondo común del régimen solidario de prima media con prestación definida permitir que una persona próxima en la edad de pensionarse se beneficia y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás resulta contrario no sobre el concepto constitucional de equidad sino en el principio de eficiencia pensional cuyo propósito consiste en obtener la mayor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios A qué da lugar la seguridad social, también me gustaría que el tribunal la sala que le corresponde tenga en cuenta que el demandante no cumple con los requisitos del régimen de transición entonces no estamos frente a un derecho adquirido sino frente una mera expectativa, en este orden de ideas, de idea, dejo sentados mis alegatos, mis alegatos y mi recurso de apelación para que lo conozca el tribunal de Bogotá Gracias.”

CONSIDERACIONES



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 245 01 Dte: CELIO VALERO CRUZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en lo atinente a la negativa al reconocimiento de la pensión de vejez, y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES se tiene que lo pretendido por el señor CELIO VALERO CRUZ, se circunscribe a la resolución del contrato de administración de aportes, que se formalizara mediante formulario suscrito ante la demandada por PROTECCIÓN S.A. el 18 de agosto de 1998.

En este orden, si bien se peticiona la resolución del contrato de afiliación, lo cierto es que se alega como consecuencia de la falta de información en dicho acto, caso en el cual, lo pretendido se debe abordar bajo la óptica de la ineficacia, figura que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; oportunidades en que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 245 01 Dte: CELIO VALERO CRUZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO

estado en cabeza de las Administradoras del RAIS, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Es así como para estos casos, contrario a lo señalado por Colpensiones en su recurso y alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia, sin que intervengan aspectos relacionados con el régimen de transición, o que se tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohijar dicho deber de información.

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por PROTECCIÓN S.A., es el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año de 1998, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas en la suscripción del mismo como señal de aceptación de todas las condiciones.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 245 01 Dte: CELIO VALERO CRUZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en varios pronunciamientos, como el del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado 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, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”. (Negrilla fuera del texto original)

Conforme criterio jurisprudencial en cita, no resulta de recibo el argumento de la recurrente Colpensiones en alegaciones, según el cual, la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 245 01 Dte: CELIO VALERO CRUZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO

administradora no estaba en el deber de soportar la información brindada a la fecha del traslado del actor; cuando lo cierto es que como tantas veces lo ha señalado la línea jurisprudencial aplicable en estos casos, **desde su creación** las administradoras están obligadas a brindar dicha información y soportar la misma, pudiendo determinar las ventajas y perjuicios de los afiliados que pueda conllevar su traslado de régimen, atendiendo a sus condiciones pensionales particulares, por ello es de vital importancia la revisión de cada uno de tales aspectos, en cuanto a los afiliados individualmente considerados, como en efecto lo indica la recurrente ya que la decisión de primer grado efectuó el estudio de la situación particular del traslado del señor Celio, arribando a la conclusión que no se había cumplido con el deber de información bajo estudio, conclusión que comparte esta Sala ante la orfandad probatoria del cumplimiento del mismo, como lo pone de presente la parte demandante en sus alegaciones, lo que impone **confirmar** la decisión de primer grado.

Ahora bien, en el presente caso, no resulta procedente exigirle al demandante probar vicio en el consentimiento alguno a pesar de haberlo alegado, pues como se indicó al inicio de este pronunciamiento, lo pretendido no se estudia bajo la óptica de la nulidad y así en lo reiteró la Corporación en mención en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

De igual manera, contrario a lo afirmado por Colpensiones en alegaciones, el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no conlleva la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, los



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 245 01 Dte: CELIO VALERO CRUZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO

que una vez recibidos por esta, entrarán a hacer parte del fondo común propio de dicho régimen y así contribuirán a financiar las prestaciones de los demás afiliados del RPM.

De igual forma, no sale avante el argumento planteado en el recurso de apelación por parte de Porvenir S.A., respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados**, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. (Negrilla fuera del texto original)*

Lo anterior por cuanto en virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen no existió y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido y que fueron erogaciones realizadas a los aportes del afiliado; aspecto respecto del cual procede señalar a esta recurrente que el concepto a que alude también en sus alegaciones expedido por la SuperFinanciera, no es de obligatorio observancia por parte de esta jurisdicción, como quiera que tal índole sólo la ostentan los pronunciamientos del organismo de cierre de la misma, esto es, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, se considera que hay lugar a adicionar la sentencia en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 245 01 Dte: CELIO VALERO CRUZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO

deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

PENSIÓN DE VEJEZ

Es así como resultando acertada la decisión en cuanto a la ineficacia del traslado, procede referirse al recurso interpuesto por la parte actora relativo a la negativa dada al reconocimiento de la pensión de vejez; al respecto resulta pertinente señalar que no es dable condenar a esta administradora a efectuar reconocer pensión a favor de la aquí demandante como quiera que únicamente lo puede hacer una vez sean trasladados por parte de Porvenir los saldos depositados en la cuenta de ahorro individual junto con rendimientos y gastos de administración como consecuencia de la ineficacia que se confirmará en esta oportunidad, razón por la cual el reconocimiento pensional en este momento se torna improcedente para Colpensiones y deberá ser efectuado una vez cuente con los dineros objeto de traslado a dicho fondo, razón por la cual, se confirmará la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones señaladas en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 245 01 Dte: CELIO VALERO CRUZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO

obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO DE SANDRA MARINA CALDERON GARCÍA VS
ASEPSIS PRODUCTS DE COLOMBIA PROASEPSIS SAS**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación y conforme a los términos acordados; se procede a dictar la siguiente,

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra el auto proferido por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, el diez (10) de agosto de dos mil veintiuno (2021), en cuya virtud negó la solicitud de medida cautelar del artículo 85 A del C P del T y de la S S.

HECHOS

La señora SANDRA MARINA CALDERÓN GARCÍA actuando a través de apoderado, instauró demanda ordinaria laboral en contra de ASEPSIS PRODUCTS DE COLOMBIAS SAS, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 17 de abril de 2006 y hasta el 30 de mayo de 2012. Que se declare que el 1 de septiembre se firmó otro contrato, el cual terminó el 16 de septiembre de 2019, estando la demandante bajo protección de estabilidad laboral reforzada. En consecuencia, se declare el despido nulo y/o ineficaz, reintegro, indemnizaciones. (Expediente Digital).

El apoderado de la parte actora solicitó ordenar la medida de embargo y secuestro de la empresa, para cubrir, una futura condena y salvaguardar los derechos de la demandante. Solicita a su vez se inscriba la medida, todo ello ante el fallecimiento del propietario MANUEL ALBERTO SANCHEZ CHAVES (QEPD).

El a – quo, mediante la providencia que hoy revisa la Sala negó la medida afirmando en síntesis lo siguiente: “.. *Procedemos a efectuar un pronunciamiento de fondo sobre la medida cautelar que fue solicitada por la parte demandante de este proceso. Debemos aclarar respecto de la aplicación de esta medida cautelar en el proceso ordinario que el artículo 85ª del código de procedimiento del trabajo fue adicionado en el artículo 37ª de ley 7 de 2001 en donde se indica de manera textual, cuando el demandado en juicio ordinario efectuó a actos que el juez estime tendientes a insolentarse o a impedir la efectividad de la sentencia, o cuando el juez considere que el demandado se encuentre en graves y serias dificultades por el cumplimiento oportuno de sus obligaciones podrá imponerle caución para garantizar los resultados del proceso la cual oscilará de acuerdo con su prudente juicio entre el 30% y el 50% del valor de las pretensiones al momento de decretarse la medida cautelar, en la solicitud la cual se entenderá hecha bajo la gravedad del juramento se indicaran los motivos y hechos en que se fundan, recibida la solicitud se citará inmediatamente mediante auto adoptado por prueba de audiencia, audiencia especial del quinto día hábil siguiente oportunidad en las cuales las partes presentaran las pruebas acerca de la situación alegada y se decidirá en el acta, la decisión será apelable en el efecto devolutivo*”. Entonces teniendo en cuenta lo anterior debemos resolver el caso bajo la aplicación de esta norma que estamos mencionando, observamos que las pruebas que se allegaron por la parte demandante, que es el acta de defunción y la representación legal del fallecido como representante legal de la entidad demandada, de estos documentos no aparece que el demandado efectivamente este en los supuestos facticos previstos en la norma transcrita, es decir, no se avizora una insolvencia de tal magnitud que le impida cumplir con las obligaciones, así el apoderado de la parte demandada lo ha hecho notar y por esta razón no solicitó ningún tipo de prueba, pues conforme el certificado de existencia y representación legal aparece que en la notación 22 del 7 de diciembre de 2020 se certifica la persona jurídica no se encuentra disuelta y su duración es indefinida, adicionalmente y de acuerdo con la prueba que nos aportó, la propia parte actora en dicha certificación de existencia y representación legal aun que aún se registra como representante legal principal del señor Manuel Alberto Sánchez Chávez, **lo cierto es que la empresa demandada también cuenta con representante legal suplente que será en este caso según lo que aparece en el certificado Diego Marino Sánchez y una junta directiva conformada por 5 principales y 5 suplentes, finalmente no hay en el expediente ningún documento que demuestre que la demanda tiene dificultades económicas o que en caso de una condena pretenda evadirse el pago de lo que se reclama, por el contrario la demandada ha cumplido con sus obligaciones procesales** desde el momento de la notificación de la demanda, dada la naturaleza excepcional de la medida establecida en el artículo 85ª y los supuestos de esta norma requieren de una prueba contundente que induzca a este despacho a inferir una insolvencia o la difícil situación económica de los demandados que imposibilite la realización material de una eventual condena, entiende el despacho la preocupación de la parte demandante por el fallecimiento del representante y quizás uno de los dueños de la compañía pero jurídicamente el hecho como lo hizo notar el apoderado de la parte demandante una es la persona natural y otra es la persona jurídica, y las personas jurídicas están compuestas, eso es teoría de las sociedades, las personas jurídicas están compuestas en últimas por personas naturales, pero la diferencia esta fundamentalmente en que la responsabilidad no se encuentra en cabeza de las personas naturales si no

del ente jurídico cuyos representante como anote hace un instante en el propio certificado que nos aporta la parte demandante pues tiene otras personas que suplirán mientras la sociedad decide nombrar un representante principal, pero el desarrollo del objeto social y del ejercicio de su negocio no se ve interferido porque no se trata de una persona jurídica cuyo representante legal fuese una persona que en carácter de personalísimo impidiera la realización de la gestión empresarial como lo ha dicho el derecho laboral. **Así las cosas como las pruebas que se han allegado no pueden deducirse de las consecuencias que pretende el demandante, es decir, las que regula el artículo 85ª del código de procedimiento del trabajo adicionado por el artículo 87ª de la 7 de 2001 y porque evidentemente entonces cada vez que hubiese un fallecimiento del representante legal de una entidad se podría dar aplicación de esta norma, no es la situación de la persona jurídica y como quiera que se debe tener certeza sobre los actos que despliegan la demanda para insolentarse no hay razón para pensar inicialmente primero la situación económica no está demostrada y segundo que haya hecho actuaciones para insolventes e hasta el momento o que permitan inferir que en el futuro cualquiera de estos dos casos no podrá cumplir con sus obligaciones en virtud de lo cual hasta el presente como no se dan estos presupuestos se negara la petición de la medida cautelar solicitada por la parte demandante como quiera que se insiste no se dan los presupuestos establecidos en la norma para su aplicación, esta decisión se le notifica a las partes en estrados....”**

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte demandante, interpuso recurso así:”... Señoría tengo algo que decir y es interponer recurso de reposición y subsidio de apelación y haciendo una analogía empezando por lo que sucede en el derecho civil, en el derecho civil cuando una persona no le quiere pagar a otra simplemente pide una medida cautelar y la otra ni siquiera se entera, cuando ya llega el proceso es que ya está embargado, y ¿por qué toca tomar esta medida? ¿Por qué quiero hacer esta comparativa o esta analogía? Porque obviamente si esa persona no le quiere pagar lo que le debe pues toca demandar y toca ya por las malas como se dice popularmente hacer una medida cautelar o pedírsela al juez y ya cuando se entera que tiene el proceso es que esta embargado. En el caso aquí de mi poderdante nosotros ya tenemos el arsenal probatorio suficiente para tener pues a mi criterio jurídico vocación de ganar este proceso, ya llevamos 2 años esperando que la empresa se manifieste con la señora porque ha estado enferma, está, en estabilidad reforzada y no ha pasado nada, eso me parece que es muy delicado con una persona, con un usuario de la justicia y entonces yo veo que ahí ya el aparato judicial, sé que tiene muchas demandas y todo pero no le está garantizando o no está siendo eficaz con mi poderdante porque ya lleva mucho tiempo esperando, pedir esta medida es más que justo, porque yo estuve hablando con el abogado, me tome el trabajo de ir hasta la empresa y ellos están realizando la sucesión la están terminando aproximadamente hasta agosto y ¿Qué pasa si venden la empresa? Se la venden a otras personas y nosotros no hemos tenido ni siquiera la primera audiencia señoría, sé que ustedes tienen muchas audiencias y no nos pueden garantizar que esto salga este mismo año, en la rama judicial no se puede garantizar nada, entonces ellos pueden hacer tranquilamente la sucesión, pasar a los legítimos dueños que la sucesión por ahí tiene las legítimas y lo que se maneja en el derecho civil, ellos deciden venderla a otra persona y ya el litigio no sería contra las personas que en realidad ahorita nos interesan que son los que están como representantes

legales. Sería un desgaste porque ya tendríamos que involucrar un tercero y ese señor Diego Marino según me dice mi poderdante ya no está, entonces si no se aprueba esta medida cautelar nosotros tras de que ya llevamos 2 años esperando con mi cliente que se solucione si se vincula un tercero, porque tocaría vincular un tercero en caso de que se venda la empresa, ya sería machismo más desgastante para nosotros y de verdad injusto para con mi cliente que tengamos que vincular a otra persona porque como la sucesión quedo ya en manos de las personas que eran herederos del señor que falleció que era el único dueño entonces ya nos toca ir a armar litigio contra otra persona, inclusive se han dado casos de que siguen con la misma actividad pero se crea otra empresa, o cosas como esa que se han dado casos en el litigio entre empresas y así pueden suceder muchas cosas por lo que a mi si me parece muy necesaria esta medida cautelaría en este momento, no es que diga que las personas son de mala fe pero se pueden dar muchas cosas y yo tengo que salvaguardar los derechos de mi cliente. Entonces ya se aportó el registro de defunción inclusive me comenta aquí mi poderdante que los hermanos son de avanzada edad, son personas que de pronto ya no van a querer ser empresarios ni meterle ganas al cuento como se dice, a ser empresarios emprendedores porque ya no tienen la misma energía que tiene una persona joven y todo esto me da pie a mí a pensar que esta medida cautelar es supremamente necesaria como lo dice el artículo 85ª en concordancia con el 590 del código general del proceso que dice en el literal c si no estoy mal, cuando el juez considere que la medida es necesaria y esto abarca todas las jurisdicciones porque es el código general del proceso. Entonces se aportó esta mañana la liquidación, está el registro de defunción y lo que se habló, con la empresa, nosotros ya con la empresa hablamos y nos dicen que la sucesión está, terminando en agosto, por eso el afán y yo por eso pedí varios impulsos procesales, tenemos el afán de que nos den esta medida cautelar. Eso es lo que tengo que sustentar en mi recurso de reposición y subsidio de apelación su señoría”

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 66 A del C P del T y de la S S, la Sala resolverá el recurso, cuyo argumento en verdad básicamente indica una medida apoyada en la urgencia, en términos del recurrente en el “afán”, dado que el proceso laboral está demorado y en tanto se decide cree el recurrente, pueden vender la empresa o terminar la sucesión y otras suposiciones o mención de hechos futuros e inciertos. Otro aspecto que se resolverá es si procede en laboral este tipo de medidas de la misma manera que en civil, mencionado el recurrente el C G del P artículo 590, que dice, se aplica a todo litigio.

Desde ya la Sala advierte que la decisión del Juez de primera instancia será CONFIRMADA, pues evidentemente para que una medida cautelar en proceso ordinario proceda, se requiere que se den los requisitos que la norma contempla; que no pueden ser suposiciones, sino hechos acreditados que

indiquen actos de la parte, tendientes a la insolvencia para evadir el pago de una posible condena.

La medida en el proceso laboral se encuentra contemplada en el artículo 85 A del C P del T y S S y se equivoca el recurrente cuando indica que basta, para que se decrete, en este caso, que se acredite la muerte de una persona natural que hace parte de la jurídica y una cadena de hechos que el cree sucederán en el futuro para que proceda.

Se equivoca también cuando afirma, que un proceso laboral es igual a uno civil o que se aplica el CGP en todas sus normas, para cualquier evento, admitir este argumento es borrar de tajo el C P del T y de la S S, específicamente en su artículo 145, norma que solo permite acudir a otras normas procesales cuando no existen en este, las que regulen el caso.

Ahora bien, la medida cautelar, aunque prevista en el proceso ordinario laboral en el art 85 A; como caución únicamente fue objeto de demanda ante la H Corte Constitucional, corporación que definió cuales además de esta; tomadas del C G P, pueden tener cabida en el proceso laboral y en que condiciones.

Ya esta Sala se refirió al tema en sentencia de junio 30 de 2021 proceso Rad 21-2019-421-01, en caso de similares circunstancias en las que se solicitaba aplicar el literal c del art 590 del C G P y que es bueno traer a colación. Se dijo allí:

“(…)

Hasta antes de la tantas veces mencionada sentencia C 043 de 2021, se había sostenido que en materia laboral la única medida cautelar posible en proceso ordinario era la contemplada en el artículo 85 A del C P del T y de la S S; siendo imposible recurrir para otras al CGP, ya que no lo permitía el artículo 145 de nuestro ordenamiento procesal, por tener el tema absolutamente regulado en este código. Sin embargo, la sentencia C043, proferida el 25 de febrero del año en curso, al estudiar una demanda de inexequibilidad del artículo 85 A ya citado y como bien señaló la Juez abrió la puerta para la aplicación de

*las denominadas medidas cautelares innominadas, solo que solo y siempre y cuando se den los requisitos para que así sea, lo que desde ya advierte la Sala no se cumple en este caso, toda vez que la Corte declara exequible de forma condicionada el artículo 37A de la Ley 712 de 2001, por el cargo de igualdad que analizó, pero en el entendido que en la jurisdicción ordinaria laboral **pueden invocarse las medidas cautelares innominadas previstas en el literal “c”, numeral 1, del artículo 590 del Código General del Proceso; lo cual no implica que su decreto sea automático con la simple solicitud de las mismas, como parece entender el recurrente.** Nótese que, en la misma sentencia, en el numeral segundo de la parte resolutive, la Corte exhorta al Congreso de la República, **para que defina un régimen de medidas cautelares que atienda las características propias de las pretensiones que se tramitan ante los jueces laborales, lo que implica que al decretarlas desde luego no solo debe el Juez analizar los requisitos, sino atender esas características propias del derecho laboral.***

La Corte sostuvo además que el objetivo de las medidas cautelares, dada la jurisprudencia al respecto es “proteger provisionalmente, mientras dura el proceso, la integridad de un derecho discutido dentro del mismo. Además de garantizar que la decisión adoptada logre ser materialmente ejecutada”; aclarando además como también expresó la Juez de primera instancia que para su decreto y en palabras de la Corte: “...deben darse dos presupuestos esenciales para decretar una medida cautelar, a efectos de asegurar su proporcionalidad y congruencia. El periculum in mora (o peligro en la demora), “tiene que ver con el riesgo de que al no adoptarse la medida cautelar sobrevenga un perjuicio o daño mayor del que se expone en la demanda, que de no precaverse, transforme en tardío el fallo definitivo. Tiene igualmente que ver con un temor fundado de que el derecho se frustre o sufra menoscabo durante la sustanciación del proceso”¹. Y el fumus boni iuris (o apariencia de buen derecho), que “aduce a un principio de veracidad en cuanto a la

afectación del derecho invocado como fundamento de la pretensión principal”.

Ninguno de estos dos requisitos aparece plenamente acreditado en este caso; es decir no hay evidencia de un perjuicio o daño mayor si no se ordena la medida, ni tampoco del fumus boni iuris o apariencia de buen derecho que por las características propias del derecho laboral, no puede surgir desde la presentación de la demanda y son la sola afirmación de la parte actora como acá se pretende.

La corte no pudo ser más clara al respecto y en la sentencia analizado señaló:

“(…)

De allí que, para evitar un abuso en la imposición de una medida cautelar, su procedencia no sea automática tras la solicitud, sino que está sujeta a la decisión del juez, quien ejerce un rol que es esencial para que bajo criterios de proporcionalidad y razonabilidad defina sobre su viabilidad y término de duración. Por tanto, esta Corporación ha indicado que “[l]as medidas cautelares no pueden, en ningún caso, ser arbitrarias. Los jueces, en ejercicio de su función, las deben decretar en cada proceso, de tal manera que aún en la hipótesis en que su atribución para decidir sea amplia, la discrecionalidad jamás pueda constituir arbitrariedad”2.

Ahora bien, el recurrente insiste en la aplicación del artículo 590 de CGP; tema que ya tiene una respuesta positiva dada la sentencia analizada; recordemos entonces el artículo, pues en el no solo se consagran cuales son las medidas sino las reglas o requisitos para su procedencia.

“ARTÍCULO 590. MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS DECLARATIVOS. *En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares:*

1. Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

a) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro y el secuestro de los demás cuando la demanda verse sobre dominio u otro derecho real principal, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes.

Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el secuestro de los bienes objeto del proceso.

b) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro que sean de propiedad del demandado, cuando en el proceso se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el embargo y secuestro de los bienes afectados con la inscripción de la demanda, y de los que se denuncien como de propiedad del demandado, en cantidad suficiente para el cumplimiento de aquella.

El demandado podrá impedir la práctica de las medidas cautelares a que se refiere este literal o solicitar que se levanten, si presta caución por el valor de las pretensiones para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. También podrá solicitar que se sustituyan por otras cautelas que ofrezcan suficiente seguridad.

c) Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.

Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo.

2. Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida. No será necesario prestar caución para la práctica de embargos y secuestros después de la sentencia favorable de primera instancia.

PARÁGRAFO PRIMERO. *En todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir*

directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Las medidas cautelares previstas en los literales b) y c) del numeral 1 de este artículo se levantarán si el demandante no promueve ejecución dentro del término a que se refiere el artículo [306](#).”

Es entonces en el literal c que se consagran las medidas innominadas, es decir cualquier medida que el Juez encuentre razonable; que, aunque en este caso y como también señaló la Juez no fue muy clara, pues no se sabe si pide embargo, prelación de remate etc; solo son procedentes si se dan los requisitos, siempre bajo principios de razonabilidad y proporcionalidad y dadas las pretensiones perseguidas; esto es: i) la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho y ii) la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida permitiéndole además, si lo estimare procedente, decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada.

Ninguno de ellos encontró acreditado la Juez porque en verdad no lo están, pues no basta que el recurrente afirme que la demandada solo tiene un bien que va a ser rematado, para que se consideren cumplidos, ni menos aún que se encuentre en liquidación pues justamente en este proceso existen mecanismos a los que se puede acudir para la garantía de los derechos.

Finalmente, la Sala destaca y cita la sentencia de la Corte Constitucional, a la que nos hemos venido refiriendo, esto es la C043 de 2021: pues en ella se ofrece respuesta a las medidas cautelares posibles en un proceso ordinario laboral, que de manera alguna pueden ser todas a las que permite acudir el artículo 590 del CGP. Señaló la Corte:

“(…)

La Sala evidencia entonces que el régimen cautelar contemplado para el procedimiento civil, específicamente el previsto para los procesos declarativos (art. 590, CGP), es más ventajoso para sus justiciables, si se compara con el disponible en el proceso laboral para los justiciables de esta especialidad. Efectivamente, el primero goza de un estándar de protección más alto puesto que su régimen cautelar permite adoptar medidas con diferente alcance para proteger preventivamente el derecho reclamado, mientras que el segundo cuenta únicamente con la caución como herramienta para garantizar provisionalmente los derechos que allí se exigen, sin más alternativas.

Sin duda, lo expuesto refleja un déficit de protección cautelar para los justiciables del proceso laboral. Lo cual lleva a concluir que, bajo el razonamiento judicial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la norma acusada vulnera el principio de igualdad.

No obstante, para solucionar el trato desigual señalado, la Sala descarta declarar la inexecutable de la norma acusada, dado que ello pondría en una situación más gravosa a los justiciables en el proceso laboral, al pasar de un estatus de protección cautelar deficiente a la ausencia absoluta de este. Además, como se indicó líneas atrás, la norma en sí misma persigue una finalidad constitucionalmente importante y en virtud del principio de conservación del derecho es preciso acudir a una interpretación que

garantice para el proceso laboral un estándar de protección en materia de medidas cautelares semejante al de los justiciables del proceso civil³.

En tal sentido, la Sala considera que existe otra interpretación posible de la norma acusada que permite garantizar el derecho a la igualdad de los justiciables del proceso laboral y también superar el déficit de protección evidenciado. Consiste en sostener que el art. 37A de la Ley 712 de 2001 sí admite ser complementado por remisión normativa a las normas del CGP, dado que el primero no contempla una disposición especial que proteja preventivamente los derechos reclamados en aquellos eventos donde la caución es inidónea e ineficaz. Aplicación analógica que procede únicamente respecto del artículo 590, numeral 1º, literal “c” del estatuto procesal general, es decir, de las medidas cautelares innominadas, por las siguientes razones.

El CGP es un cuerpo legal que complementa los demás procedimientos judiciales en lo no contemplado en ellos. Así lo dispone su artículo 1º cuando sostiene que “se aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén expresamente regulados en otras leyes”. A su turno, como se ha indicado en párrafos anteriores, el CPT permite aplicar analógicamente disposiciones especiales no contempladas en este. Tal es el caso de las medidas cautelares innominadas, no previstas en el CPT, pero sí en el CGP.

La posibilidad de aplicar analógicamente las medidas cautelares innominadas del proceso civil en el laboral se debe a que con ellas el legislador responde “a la variedad de circunstancias que se pueden presentar”⁴ en el proceso, por lo que resultan idóneas y eficaces para prevenir daños y garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos de los trabajadores en sus distintas dimensiones.

En efecto, la medida cautelar innominada consagrada en el literal “c”, numeral 1º, del artículo 590 del CGP, es una prerrogativa procesal que por su lenguaje no explícito puede ser aplicada ante cualquier tipo de pretensión en un proceso declarativo, dado que no condiciona su procedencia a una situación concreta definida por el legislador. Es a través de este tipo de medidas que el juez laboral puede, con fundamento en los principios de razonabilidad y proporcionalidad, determinar si procede su adopción de acuerdo con el tipo de pretensión que se persiga. A través de ellas el juez podrá adoptar la medida que “encuentre razonable para la protección del derecho objeto de litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión”.

Por el contrario, las demás medidas previstas en el art. 590 del CGP responden a solicitudes específicas del proceso civil. Si se admitieran en el proceso laboral todas las medidas cautelares de la referida norma procesal general, implicaría que en él pudiera solicitarse la inscripción

³ Sentencia C-499 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), reiterada en las sentencias C-038 de 2006 y C-054 de 2016). De acuerdo con estas decisiones, en virtud del principio de conservación del derecho, la Corte Constitucional “no puede excluir una norma legal del ordenamiento jurídico, por vía de la declaración de inexecutable, cuando existe, por lo menos, una interpretación de la misma que se aviene al texto constitucional. De ser así, el juez de la carta se encuentra en la obligación de declarar la executable de la norma legal condicionada a que ésta sea entendida de acuerdo con la interpretación que se concilie con el estatuto superior. Con esto, se persigue, esencialmente, salvaguardar, al menos, algunos de los posibles efectos jurídicos de la disposición demandada, de manera que se conserve al máximo la voluntad del legislador”.

⁴ C-835 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

de la demanda o el embargo y secuestro de un bien, pasando por alto que el legislador habilitó estas medidas para casos particulares en lo civil, esto es, cuando se persigue el reconocimiento del derecho de dominio o el pago de una indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual o extracontractual.

Así, la referida interpretación judicial del artículo acusado aumenta significativamente la garantía del derecho de acceso a la justicia y de la tutela judicial efectiva de los justiciables del proceso laboral, pues para decretar la medida cautelar innominada el juez seguirá los parámetros establecidos por el art. 590 del CGP. Con esto se superan las desventajas que los demandantes señalaban respecto del art. 37A de la Ley 712 de 2001, referidas (i) al listado de medidas disponibles, (ii) su efectividad, (iii) el estándar para decretarlas y (iv) el plazo para resolverlas. Sumado a ello, este entendimiento de la norma es conforme con los principios de la primacía del derecho sustancial sobre las formas, el de contar con un recurso judicial efectivo y con el trato especial que la Constitución Política otorga a los derechos al trabajo y a la seguridad social, tanto en su dimensión sustancial como procedimental.

Finalmente, es importante recordar que, según lo visto en el acápite de consideraciones, las medidas cautelares innominadas ya estaban presentes en otros procedimientos judiciales especiales antes de ser introducidas por el legislador en el CGP (Ley 1564 de 2012). Esto último significó sin duda que, a partir de ese momento, tal herramienta jurídica dejaba de ser una prerrogativa exclusiva de algunos procesos particulares para empezar a regir en la generalidad de los procesos declarativos, a excepción del proceso laboral. Por tanto, con la presente decisión se supera ese trato desigual del que era objeto el proceso laboral en relación con las medidas innominadas.

Conforme lo expuesto, la Sala concluye que la disposición acusada admite dos interpretaciones posibles. (i) Una primera conforme a la cual es una norma especial que impide la aplicación, por remisión normativa, del régimen de medidas cautelares dispuesto en el CGP, posición esta adoptada por la Corte Suprema de Justicia, que lleva a concluir que la disposición vulnera el principio de igualdad. **Pero también (ii) otra interpretación que reconoce que la norma no impide esta posibilidad de aplicación, por remisión normativa, concretamente del literal c) del numeral 1º del artículo 590 del CGP, referente a la facultad del juez de decretar medidas cautelares innominadas.**

De estas dos interpretaciones posibles, en concepto de la Sala Plena, debe preferirse la segunda, porque hace efectivos los principios constitucionales de protección especial al derecho al trabajo, ínsitos en las reclamaciones de orden laboral, y no genera un déficit de protección del derecho a la tutela judicial efectiva.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte declarará exequible de forma condicionada el artículo 37A de la Ley 712 de 2001, en el entendido según el cual en la jurisdicción ordinaria laboral pueden invocarse medidas cautelares innominadas, previstas en el literal "c" del numeral 1º del artículo 590 del CGP.

Dicho literal establece, principalmente, que se puede aplicar cualquier otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto de litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión. Para decretar la medida cautelar el juez apreciará, entre otras situaciones, la legitimación o interés para actuar de las partes y la

existencia de la amenaza o la vulneración del derecho. (Destaca y subraya la Sala).

De manera que es la misma Corte la que indica que medidas como la solicitada, eso si entiende que se persigue el embargo del bien; no son posibles en un proceso laboral, porque son específicas y propias de los procesos civiles, por tanto, solo las del literal c se itera; las innominadas son procedentes y bajo el examen ya también mencionado, bajo principios de razonabilidad y proporcionalidad, que en este caso fueron juiciosamente estudiados por la Juez de primera instancia; luego esta decisión será confirmada.....”

Entonces claro resulta que no son procedentes en laboral, medidas de embargo y secuestro, estas son propias del derecho civil; medidas que solicitó el demandante para luego hablar de las medidas, del numeral c del artículo 590 del C G P, que a partir de la sentencia posibles no son de aplicación inmediata y solo surgen si el Juez las encuentra razonables y si se dan los requisitos; esto es como señaló la Corte se itera: “..si se dan los requisitos, siempre bajo principios de razonabilidad y proporcionalidad y dadas las pretensiones perseguidas; esto es: i) la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho y ii) la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida permitiéndole además, si lo estimare procedente, decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada...”

Ninguna de estos requisitos se encuentra cumplido, tal y como señaló el Juez, se itera, no basta que el proceso se demoré o no y que en ese lapso en criterio del recurrente puedan suceder eventos como ventas etc, todas esas afirmaciones carecen de prueba y menos aún puede afirmarse que la muerte de una persona natural, que hace parte de una jurídica como su representante legal y/o propietario sea un hecho que indique acto evasivo de cumplir con una presunta condena.

Por lo expuesto se CONFIRMA la decisión de negar la medida cautelar solicitada.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto objeto de la apelación, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: COSTAS. No se causan en la alzada.

Las partes se notifican en estrados de conformidad con los artículos 40 y 41 CPTSS.

Los Magistrados



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ESPECIAL DE ACOSO LABORAL

No 36-2018-0650-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: ANGELA MARÍA VEGA GAMBOA

DEMANDADOS: WERNER DE SAN JOSE ZITZMAN JIMENEZ Y
ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE MEDIOS DE INFORMACIÓN -
AMI

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandado WERNER DE SAN JOSE ZITZMAN JIMENEZ, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 30 de julio de 2020.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior las partes presentaron escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el recurso de apelación interpuesto.

ANTECEDENTES

La señora Angela María Vega por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la ineficacia de la terminación del contrato por renuncia o despido indirecto, por causa imputable al empleador, ocurrido dentro de los seis meses siguientes a la formulación de la queja del día 13 de abril de 2018, y el contrato de trabajo terminó el 7 de mayo de 2018; que para ese momento se encontraba gozando de la protección y garantía conforme el artículo 11 de la ley 1010 de 2006; que, como consecuencia de lo anterior, retornen las condiciones laborales al estado anterior, lo que se traduce el reintegro, junto con el pago de salarios dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta la fecha del reintegro, a su cargo inicial de Directora de Proyectos o a uno igual o de mejores condiciones de salario o de responsabilidades.

Se declare responsable a la sociedad demandada por tolerancia; y al señor Werner Zitzmann responsable por: maltrato, persecución, entorpecimiento, inequidad y desprotección laboral, costas y agencias en derecho.



HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar, en síntesis que, inició a laborar al servicio de la sociedad demandada a partir del 1 de diciembre de 2017 por medio de un contrato de trabajo a termino indefinido, para ejercer el cargo de directora de proyectos, salario integral en la suma de \$12.000.000; que el jefe inmediato era el señor Werner Zitzmann, como Director Ejecutivo de la Asociación Colombiana de Medios de Información AMI, quien es señalado en este proceso de ser el sujeto activo acosador; que por parte de este, le fueron asignadas funciones financieras; que para el año 2018 el jefe inmediato le asignó la responsabilidad en la instalación del sistema de alarmas en la entidad; que le requería realizar actividades en contra de su voluntad; que la ridiculizaba en presencia de contratistas; que en oportunidades desaprobaba su trabajo y pedía a otros empleados revisarlo; que recibía llamadas en las noches por parte de este; que la maltrataba descalificándola como profesional y como persona; que los reclamos se los hacia de manera grosera, airada e irrespetuosa; que la señora María Clemencia Castaño fue testigo en varias ocasiones de los hechos constitutivos de maltrato; que por instrucción del jefe de la actora, el subalterno debía auditar su trabajo; que desconfiaba de su trabajo; que en ocasiones debió laborar en condiciones de insalubridad por orden de su jefe; que en ocasiones era excluida de las reuniones; que usaba palabras descalificantes sobre su trabajo; que en ocasiones las conductas descalificantes se presentaban en público; que hacia comentarios discriminatorios sobre su género, educación y procedencia familiar; que a causa de los maltratos tenia malestares emocionales; que la utilizaba para prescindir de otros empleados de la empresa; que el 13 de abril de 2018 presenta queja de acoso laboral en contra del demandado ante el comité de



convivencia de la empresa; que para esa ocasión solicitó que fueran llamados como testigos María Clemencia Castaño, Benjamín Uribe, Milena Soler, Ligia Martín, nubia moreno y Alejandro Silva.

Que, por lo anterior, días posteriores recibió malos tratos del demandado; que fue citada para el 16 de abril de 2018 por los hechos narrados en la queja de acoso laboral; que Benjamín Uribe le informa que no puede ser testigo ya que ese mismo día lo nombraron miembro del Comité de Convivencia y que debía declararse impedido; que la señora María Clemencia Castaño fue despedida por el demandado por apoyar a la actora; que el 18 de abril de 2018 enfermó por gastroenteritis, y también fue remitida a psiquiatría; que le diagnosticaron cuadro de síntomas ansioso depresivos reactivos a estresores en clima laboral y le formularon clonazepam; que le dieron 7 días de incapacidad; que radicaba incapacidades médicas y asistía a controles de psiquiatría; que recibía a deshoras llamadas de la empresa de vigilancia; que el 7 de mayo de 2018 renunció al considerar que era lo más apropiado para su salud mental; que el 7 de mayo presenta renuncia por despido indirecto debido al acoso laboral, siendo tolerante la empresa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad demandada contestó la demanda con oposición a las pretensiones, y en cuanto a los hechos los acepto parcialmente. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de la obligación y ausencia de causa; inexistencia de acoso laboral; incumplimiento de la carga probatoria de acreditar las conductas constitutivas de acoso laboral; pago y compensación; y buena fe.



El señor Werner Zitzmann contestó la demanda con oposición a las pretensiones, y en cuanto a los hechos los acepto parcialmente. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de la obligación y ausencia de causa; inexistencia de acoso laboral; incumplimiento de la carga probatoria de acreditar las conductas constitutivas de acoso laboral; y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR que el señor WERNER DE SAN JOSE ZITZMANN JIMENEZ incurrió en conductas de acoso laboral respecto de la señora ANGELA MARIA VEGA GAMBOA.

SEGUNDO: CONDENAR al señor WERNER DE SAN JOSE ZITZMANN JIMENEZ a reconocer y pagar a la accionante la suma de \$8.000.000 que correspondería a la indemnización por despido sin justa causa.

TERCERO: ABSOLVER al señor WERNER DE SAN JOSE ZITZMANN JIMENEZ de las demás pretensiones incoadas y a la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE MEDIOS DE INFORMACIÓN de todas ellas.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS al ZITZMANN JIMENEZ. Líquidese como agencias en derecho la suma de \$600.000. Condenar en costas a la demandante en favor de la Asociación Colombiana de Medios de Información – AMI – en la suma de \$150.000 como agencias en derecho.

Notificados en ESTRADOS

(...)



**Proceso Especial de Acoso Laboral 36 – 2018 – 0650 – 01 DTE: ANGELA MARIA VEGA
GAMBOA DDO: WERNER DE SAN JOSE ZITZMANN JIMENEZ Y OTRO**

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, al señalar, en síntesis, lo siguiente:

“Inicia diciendo el juzgado que no fue objeto de discusión la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 1 de dic de 2017 al 8 de mayo de 2018 entre la actora y la sociedad demandada en el cargo de directora de proyectos, con una asignación salarial de 12 millones como salario integral y que el contrato renunció por renuncia presentada por la trabajadora, copia del contrato folios 19 a 20, carta de renuncia 41 a 42, aceptación de la renuncia del folio 43, liquidación de prestaciones sociales a folio 44,; que se aceptó que el señor Werner era el jefe directo de la accionante.

Que sobre la existencia de conductas de acoso laboral; que el artículo 2 de la ley 1010 de 2006, numeral 1, maltrato laboral; art 4 agravantes; art 7; sentencia SL17063 del 5 de julio de 2017 rad 45992, en la que se precisó cual es la diferencia entre las ordenes que se dan en el marco de la relación y aquellas que acarrear persecución al trabajador.

Pruebas documentales. Contrato de trabajo, correo electrónico del 30 de enero de 2018, del 6 de febrero de 2018, queja de acoso laboral del 13 de abril de 2018; sobre las impresiones de correo se tiene que no fueron reconocidos por los demandados, y no pueden ser tenidos en cuenta conforme la ley 527 de 1999; de todas maneras de allí no se pueden evidenciar situaciones de acoso laboral; aceptación de carta de renuncia; que de la prueba documental no se considera que se pueda extraer alguna conducta de acoso laboral.

Interrogatorios de parte. No encuentra confesión de las partes. Que de los testimonios concluye que la dte si fue objeto de maltratos y de tratos denigrantes y de malas palabras, de burlas, manifestaciones, respecto de sus condiciones personales, por parte de su jefe inmediato, especialmente por la declaración de la señora María Clemencia Castaño, que la testigo si bien fue tachado por sospecha por tener un proceso en contra de la asociación por acoso laboral, que es una declaración que es espontanea, que su dicho fue conciso, coherente, directa de los hechos, que se trata de una asociación muy pequeña, de hecho el testigo Juan Amaya indicó que para la época de los hechos trabajaban 5 o 7 personas; que la señora Castaño compartió el espacio físico no solo con la dte sino con el demandado y que por las obras de adecuación; informó que la dte presentó queja un día viernes, cuando su jefe directo no estaba en la oficina, y que la recibió la secretaria, que para el lunes, le manifestaron que no debían presentarse ya que había que pintar una puerta de ingreso, pero que la testigo se comunicó con otros trabajadores pero se dio cuenta que a los únicos que les manifestaron que no comparecieran era a ellas, que la dte era la única que se había atrevido a denunciarlas, que mencionó que estaba de acuerdo, y que en ese momento el demandado se molestó, y que una vez culminada la reunión le entregó la carta de terminación de contrato, que en algunas ocasiones a ella y a la dte les hacían comentarios, que cuando ellas compartían el puesto de trabajo más o menos 4 meses y que faltando 2 meses para terminar el contrato se les habilitó otro espacio, dijo que el demandado tenía un carácter contundente y que con transparencia decía lo que pensaba; que cuando la dte pidió al jefe inmediato que revisaran las cifras este le manifestó que el no revisaba cifras pequeñas, que le manifestó a la dte que era una incompetente y que ni siquiera las cifras le quedaban bien, que el demandado la siguió



**Proceso Especial de Acoso Laboral 36 – 2018 – 0650 – 01 DTE: ANGELA MARIA VEGA
GAMBOA DDO: WERNER DE SAN JOSE ZITZMANN JIMENEZ Y OTRO**

molestando, que la actora empezó a llorar y que por eso no le gustaba contratar mujeres, que le decía que ella no podía liderar equipos, que la descalificaba, que le decía a benjamín que revisara las cifras; que por lo anterior se evidencia violencia moral, expresiones verbales injuriosas o ultrajantes, algunas descalificativas por temas familiares o de género de la actora, que esos comentarios de descalificación no solo profesional, sino personal, se dieron en presencia de al menos una compañera de trabajo y fueron reiterativas o sistemáticas, que no se habla de una sola oportunidad. Que también compareció la testigo María Lucía Sánchez de quien mencionó le consta conductas de maltrato a la dte por parte del demandado; compareció el testigo Juan Amaya; Ligia Martín.

Que para el juzgado el señor Werner incurrió en conductas de acoso laboral, con expresiones injuriosas verbales, ultrajantes que lesionaron la moral y el buen nombre de la accionante, pues se verificó un comportamiento tendiente a menoscabar su autoestima y dignidad. Ante la existencia de estas conductas, la norma no solamente sanciona al autor sino al empleador que tolera estas conductas, para el juzgado no existe evidencia que la asociación AMI conociera o permitiera la ejecución de esas conductas por parte del Werner, que la sociedad lo conoció con la presentación de la queja de acoso laboral radicada por la dte el 13 de abril de 2018, y que la sociedad citó ante el comité de convivencia a la dte para que asistiera a rendir esa declaración, que luego a la dte le fue concedida una incapacidad médica para los días 18 y 19 de abril, que entre el momento en que se presenta la queja y la renuncia nunca fue a prestar el servicio a las instalaciones de la demandada; que ante la situación que la sociedad no se probó que haya tolerado conductas, no será objeto de condena alguna.

Sobre las sanciones, los art 10 y 11 de la ley 1010 de 2006, no se establece la posibilidad del reintegro derivada de una ineficacia de la terminación del contrato cuando se da una renuncia del empleado o como en este caso un despido indirecto ya que parte de una decisión del trabajador, que según el art 10 de esa ley cita...que el reintegro del trabajador del trabajador procede cuando es el empleador el que realiza el despido luego de que aquel presenta la queja o denuncia de acoso laboral, artículo 10 numerales 2 y 5.

Que en el caso en concreto la actora no solicitó el reconocimiento y pago de la referida indemnización por despido sin justa causa, en las pretensiones de la demanda en el numeral 5 se habla de una pretensión subsidiaria de indemnización moratoria no por despido, y después del auto inadmisorio donde no se hace relación indemnizaciones o moratorias, y el despacho nada refirió al respecto en la fijación del litigio, que no obstante, como logró probarse las conductas de acoso laboral y con ello no se vulnera el derecho de defensa del demandado, se dará aplicación a las facultades extra y ultra petita, por ser discutidos y probados los hechos en el proceso, se condenará al demandado a pagar la indemnización por terminación del contrato de que trata el literal b) del artículo 64 del CST, teniendo en cuenta el salario devengado por la dte que era superior a los 10 smmlmv es decir 20 días por tener un tiempo de servicio no mayor a un año, que el salario está probado en 12 millones el valor a cancelar es de 8 millones de pesos.



APELACIÓN

PARTE DEMANDADA WERNER DE SAN JOSE ZITZMANN JIMENEZ

“Interpone recurso de apelación haciendo alusión a las pruebas y el alcance de la sentencia y la parte resolutive.

Manifestó el recurrente que conforme la ley 1010 de 2006 manifiesta la manera de surtir ese proceso, para que todo sea rápido para que la inmediatez de la prueba pueda ser percibida por el juez; que en este caso hubo dilatación en las audiencias, lo que no permitió que la juez evidenciara que la María Clemencia Castaño fue incoherente en el testimonio, llamaba la atención que la juez llegó a la conclusión de una conducta reiterada, sistemática con base en ese testimonio el cual advirtió ser contundente pero olvidó la juez que la testigo María Clemencia Castaño y Angela vega no permanecieron trabajadas juntas por más de dos semanas por lo que llama la atención que se haya tenido como contundente y único para dictar sentencia, porque se le hicieron varias preguntas en audiencia a la señora Castaño respecto de sus extremos temporales y la relación laboral que tuvo con la asociación ambas señoras no prestaron servicios por más de un año, se esta condenando a una persona respecto de unas supuestas conductas de acoso laboral de las trabajadoras que no permanecieron mucho tiempo vinculadas a la asociación, que no tuvieron mayor relación con el demandado porque las instalaciones de la empresa estuvo en obra.

Que se tuvieron cinco testigos que han permanecido trabajando con la asociación y con el demandado por más de 10 años y que no tienen la primera queja de este, que entonces llama la atención que se llegue a la conclusión que hubo conductas sistemáticas, repetidas, publicas, para llegar a la conclusión que en el presente caso hubo acoso laboral.

Que un proceso que debió haberse tramitado en una sola audiencia se hizo en casi 5 audiencias, donde hubo mala manipulación de folios por parte del apoderado de la dte, testigos que fueron contradictorios en el sentido que no lograron demostrar que hubiesen trabajadas juntas por más de un mes, esto le permitió al despacho llegar a esa conclusión, pues se tiene la oportunidad procesal para controvertirlo ante el superior porque lo que se demostró con las pruebas practicadas, adicionales a los correos electrónicos que no dicen nada, son instrucciones, los testigos si permitieron demostrar y llevar a la verdad en el sentido que el señor Werner es un jefe común y corriente que da unas direcciones, pero se llegó a la conclusión por la juez que hubo malos tratos y expresiones soeces, supuestos insultos, solo con base en un testimonio que además fue tachado en audiencia, que contradictorio en su versión porque no permitió corroborar cuanto tiempo estuvo trabajando al mismo con la señora que fue supuestamente victima de acoso laboral, que en lo que tiene que ver con las pruebas y su análisis y conclusión del juzgado está en desacuerdo.

Que no sobra decir que el abogado de la parte actora no tacho los testigos del demandado lo que quiere decir que para efectos de validez tienen mucho más peso los testigos que nosotros practicamos, porque los que el presentó fueron tachados, que esta la discusión de la carga probatoria, pero para efectos de llevar a la juez a la verdad los testimonios que fueron practicados a favor de las demandadas permitieron demostrar, que tanto el señor que en sus años como profesional ha sido una persona intachable porque ha trabajado con personas por más de 20 años de manera continua, y porque la sociedad no permitiría que hubiese una conducta de acoso laboral.



**Proceso Especial de Acoso Laboral 36 – 2018 – 0650 – 01 DTE: ANGELA MARIA VEGA
GAMBOA DDO: WERNER DE SAN JOSE ZITZMANN JIMENEZ Y OTRO**

Que si se creyera en la versión de la dte no se puede tomar lo dicho por la señora María Clemencia Vega por lo dicho, no permanecieron trabajando de manera conjuntan o en un mismo sitio por más de un mes, una entró y al otra salió, y adicional a ello eran las obras de las instalaciones que no permitieron que nadie trabajase en un mismo sitio de trabajo, y que por ello no se puede hablar de conductas reiteradas, etc, lo que no es posible por el espacio de tiempo, y porque no había un sitio donde ejercer esas conductas de acoso, eso en lo que tiene que ver con el análisis probatorio en la condena impuesta al demandado.

En cuanto al alcance de la sentencia, se condena al demandado al pago de la indemnización con base en las facultades ultra y extra petita, advirtiendo que la parte actora no solicitó la indemnización, el solicitó la reinstalación, entonces claramente hay una vulneración del derecho de defensa del demandado, porque no se defendió de la reinstalación porque no es el empleador, y la condena de que trata el artículo 11 , 12 y 10 de son exclusivas para el empleador no para el acosador entiéndase persona natural, porque la indemnización del art 64 es exclusiva del empleador no de una de las parte del contrato de trabajo y que por tanto hay una doble vulneración del derecho de defensa del señor Werner porque tiene que asumir una carga que no le compete a él con base en la norma del CST; como quiera que en este proceso no se determinó que la asociación fuese la victimaria o que hubiese permitido la conducta de acoso laboral a la asociación tampoco le corresponde pagar dicha suma, y que aunque la parte dte no interpuso recurso pues también será un hecho analizado por el superior, pero si queremos que el Tribunal verifique que el fallo está vulnerando los derechos de defensa en lo que tiene que ver con el alcance de la condena, si se quiere imponer alguna condena, y no es para que se entienda como confesión, pero la norma trae una forma de imponer una condena al que fue victimario y es una multa, no la indemnización del art 64, entonces lo que hizo el despacho fue exceder sus competencias como juez de instancia.

Que respecto de la asociación fue absuelta, por ende no se presentará recurso de apelación en lo que tiene que ver con la parte resolutive porque esta conforme con la decisión, pero si en lo que tiene que ver con las costas del proceso, porque no tienen relación con la condena que acaba de ser impuestas a la misma parte demandada el señor Werner que fue condenado en costas, y adicional a eso se acreditó dentro del proceso los costos que le causaron a la asociación innecesariamente por todo el desgaste de representación en este proceso teniendo pleno conocimiento la señora vega que no había lugar a incluir en este proceso a la asociación en la medida que presentó renuncia y en la medida que la asociación agotó todo el proceso interno que le corresponde y en derecho para determinar si efectivamente había una conducta de acoso y para determinar cuáles eran los pasos a seguir, que en ese orden de ideas considero que la condena en costas no es suficiente y no es semejante a la que fue impuesta al señor Werner, dado tal que sea condenado el señor Werner en la segunda instancia.

El juzgado advierte que sobre este último tema lo será en el momento procesal pertinente.”



CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandado Werner Zitzmann de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta los puntos de inconformidad, que, en síntesis, obedece a: la valoración probatoria sobre los testimonios; el alcance de la condena por indemnización por despido sin justa causa a cargo del demandado; y, las costas del proceso.

En primer lugar, discrepa el recurrente en el valor probatorio que otorgó la juez de instancia a los testimonios recaudados en el debate probatorio, y que le sirvieron para dar por probadas las diferentes manifestaciones y actitudes constitutivas de acoso laboral por parte del señor Zitzmann respecto de la demandante, en calidad de subordinada de este.

Para tal efecto, especifica el testimonio rendido por la señora María Clemencia Castaño a favor de la demandante; argumenta que entre la promotora y la deponente no transcurrió el tiempo suficiente como compañeras de trabajo, que le haya permitido al juzgado dar valor probatorio a ese testimonio.

Al respecto, valga precisar, que conforme el artículo 61 del CPT y de la SS, norma que refiere sobre la libre formación del convencimiento, dispone que, el juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas, y que podrá acudir a los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal por las partes.



Así mismo, la Sala de Casación Laboral, en desarrollo de la anterior facultad en materia de pruebas, ha considerado que, el funcionario al encontrarse en presencia de varios elementos probatorios que conducen a conclusiones disímiles, está facultado para formar libremente su convencimiento dando mayor credibilidad a unos medios probatorios que a otros (SL4323-2021), sin olvidar que, la valoración probatoria de los jueces de instancia es inmodificable siempre y cuando, su convencimiento no le conlleven reñir con los hechos en los hechos en la forma como fueron probados.

Luego, en el presente caso es evidente que, los medios probatorios documentales son escasos, puesto que, por ejemplo, en el caso de los correos electrónicos en la forma como fueron aportados al proceso, no fueron aceptados por la parte demandada, además que la juez consideró no estar conforme la Ley 527 de 1999, por consiguiente, para arribar al convencimiento de su decisión acudió a las pruebas practicadas en primera instancia encontrando mérito en el testimonio rendido por la señora María Clemencia Castaño, sin que ello, se pueda someter a una tarifa legal de pruebas como ya se indicó.

Además, en gracia de discusión aunque con el recurso se intenta sustraer mérito probatorio a los medios de convencimiento tenidos en cuenta en la sentencia de primera instancia, lo cierto es que, tampoco se pone de presente otros que conlleven a desvirtuar lo así probado, y menos puede servir de argumento, que, comoquiera que los testimonios del demandado no fueron objeto de tacha, entonces estos priman sobre los demás, lo cual, además de ser desacertado, no encuentra sustento legal ni jurisprudencial.



Por otro lado, en cuanto al alcance de la condena por concepto de indemnización por despido sin justa causa conforme el artículo 64 del CST, si bien la misma se encuentra a cargo del empleador, ello es así en contextos distintos al de los artículos 10 y 11 de la Ley 1010 de 2006.

Luego, en el presente caso, se logró acreditar que la terminación del vínculo laboral lo fue sin justa causa por la renuncia motivada de la demandante, al ser víctima de conductas constitutivas de acoso laboral, por consiguiente, el legislador previó el tratamiento sancionatorio al acoso laboral, al tiempo que dispuso de garantías contra actitudes retaliatorias, circunstancias que se encuentran reguladas en los numerales 2 y 5 del artículo 10 de la Ley 1010 de 2006, y numeral 1 del artículo 11 *ibidem*, esto es, cuando el acoso laboral se encuentre debidamente acreditado, como acontece el presente asunto, y una de las opciones para sancionar tales conductas, es precisamente en la forma del artículo 64 del CST, indemnización que se impone a la persona que lo realice, y no precisamente desde su calidad de empleador, pues adviértase que, esta manera que diseñó el legislador, corresponde a eventos en los que, como en el caso de la demandante, las conductas de acoso laboral conllevan al trabajador a renunciar o al abandono del trabajo.

Por consiguiente, respecto del demandado Werner Zitzmann se declaró que este incurrió en conductas de acoso laboral respecto de la señora Angela Vega, quien, dentro de los 6 meses posteriores a la presentación de la queja renunció, decisión que se tuvo sin justa causa, y por tanto, conforme la Ley 1010 de 2006, la forma para sancionar esas conductas en estos eventos, es en uso de la indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del CST.



Por último, en cuanto a la manifestación sobre la cuantía del valor de las agencias en derecho, debe indicarse que, este no es el momento procesal oportuno para su discusión, conforme el artículo 366 del CGP.

Así las cosas, se confirmará la decisión de primera instancia por lo así considerado.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



**Proceso Especial de Acoso Laboral 36 - 2018 - 0650 - 01 DTE: ANGELA MARIA VEGA
GAMBOA DDO: WERNER DE SAN JOSE ZITZMANN JIMENEZ Y OTRO**

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 36-2019-323-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARÍA DEL PILAR ROMERO
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los Treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesto por la parte demandante y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada, revisa la Corporación el fallo proferido el 3 de marzo de 2021, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de ambas partes.

ANTECEDENTES

La señora MARÍA DEL PILAR ROMERO, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral a fin de que se DECLARE que el señor Guillermo Contreras Rojas dejó causado el derecho de pensión de sobreviviente con las cotizaciones que efectuara al ISS hoy Colpensiones, que es beneficiaria de dicha prestación a partir del 11 de diciembre del 2000, fecha del deceso del señor Guillermo; como consecuencia de tal declaración peticona se condene a

la demanda a reconocer a su favor la pensión a partir de la data en mención, junto con intereses moratorios.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que el señor Guillermo Contreras falleció el 11 de diciembre del 2000, data para la cual se encontraba cotizando para los riesgos de IVM al ISS hoy Colpensiones, entidad a la que había cotizado 300 semanas a 1 de abril de 1994, indica que convivió con el señor Guillermo en calidad de cónyuge de este desde la fecha de su matrimonio celebrado el 23 de diciembre de 1974 y hasta la fecha del deceso de este último.

Indica que solicitó el pago de la prestación reclamada ante la demandada, la que fue respondida de manera negativa en el año 2001, para lo cual la entidad le señaló que el causante no cumplía los requisitos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993; no obstante dicho acto administrativo reconoció su calidad de beneficiaria de dicha prestación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Administradora Colombiana de Colpensiones, se opuso a las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en No. 1 a 4 y 7 a 11 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó no cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales para la procedencia de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho y la obligación, buena fe y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento dispuso:

PRIMERO: DECLARAR *parcialmente probada la excepción de prescripción.*

SEGUNDO: CONDENAR *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – a reconocer y pagar a la señora MARÍA DEL PILAR ROMERO SARMIENTO, la pensión de sobrevivientes de su cónyuge, el señor GUILLERMO CONTRERAS ROJAS, a partir del 9 de abril del año 2016, por efectos de la prescripción, en cuantía equivalente al Salario Mínimo Mensual Legal Vigente, con 2 mesadas adicionales por año. Las sumas deberán ser indexadas al momento del pago.*

TERCERO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para que descuenta, de manera indexada, lo pagado a la señora *MARÍA DEL PILAR ROMERO SARMIENTO* por concepto de indemnización sustitutiva, mediante la Resolución 027963 del 26 de noviembre de 2001.

CUARTO: ABSOLVER a la encartada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a COLPENSIONES. Inclúyase en su liquidación la suma de \$1.000.000 por concepto de agencias en derecho.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando textualmente:

Para efectos de resolver debemos traer a colación que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene determinado que por regla general la fecha del fallecimiento del afiliado o pensionado es la que determina la norma que regula la sustitución pensional y con ello también el derecho a la pensión de sobrevivientes al efecto por ejemplo se puede consultar la sentencia SL 359 del 3 de febrero de 2021 radicación 86405 por ende en principio y conforme a la data en que falleció el causante en este caso 11 de diciembre del año 2000 según el registro civil de defunción de folio 11 del expediente en el archivo de PDF es claro que la norma aplicable es la ley 100 de 1993 y en tal caso el despacho llegaría a la misma conclusión a la que arribó Colpensiones por cuanto el señor Contreras Rojas no era cotizante activo para ese momento y tampoco cumplió con las 26 semanas aportadas en el año anterior al deceso; sin embargo y contrario a lo dicho por Colpensiones el despacho considera que en el caso de autos sí se puede acudir al principio de la condición más beneficiosa y además aplicar la norma inmediatamente anterior al deceso que sería la Ley 100 de 1993, pues debemos en este punto tener presente que la causante no falleció ya en vigencia de la ley 797 del año 2003 ni la accionante está pidiendo la aplicación de una norma no la inmediatamente anterior sino otra pretérita cualquiera que pudiera resultar favorable. Así en el sentir del despacho se dan los elementos para ello conforme por ejemplo se expuso por la corte en la sentencia del 2 de marzo de 2010 de radicación 36.608 en la cual expuso lo siguiente; el tribunal sobre un caso de muy similares características al presente “ el tribunal dio por establecido que el causante quien falleció el 25 de diciembre de 2000 por causa de origen común y no era cotizante activo no sufrago al instituto 26 semanas en el año inmediatamente anterior al fallecimiento pero si 352 antes del primero de abril de 1994 fecha de entrada en vigencia el sistema general de pensiones consagrado en la ley 100 de 1993, consideraciones fácticas que se admiten dada la orientación en jurídica del cargo ante esta situación de hecho el Tribunal con apoyo en jurisprudencia de la sala donde Se acude al principio de la condición más beneficiosa confirmo la decisión Del juzgado que concedió la prestación de sobrevivientes deprecado a favor de la cónyuge del causante con base en el régimen anterior a la ley 100 de 1993 porque el afiliado si bien no cotizo 26 semanas en el último año anterior a la muerte si aportó más de la 300 semanas exigidas por el acuerdo 049 de 1990 antes de la vigencia del sistema general de pensiones de la ley 100 de 1993 con fundamento en los anteriores supuestos no puede hablarse yerro jurídico alguno cometido por el tribunal, pues del estudio que ha tenido oportunidad de hacer esta corporación en asuntos semejantes en relación con el punto de derecho que se discute ha dejado Claro que cuando el afiliado fallece en vigencia del artículo 46 original de la ley 100 de 1993 esto es antes de la reforma introducida por la ley 797 de 2003 cómo es aquí el caso y no cumplen las exigencias de esa normatividad son aplicables por virtud del principio de la condición más beneficiosa las disposiciones contenidas en el acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año si para el momento de entrar en vigencia la citada ley 100 se daba el supuesto del número de semanas cotizadas para que sus beneficiarios pudiesen acceder a la pensión de sobrevivientes”, estos argumentos también aparecen reiterados en la sentencia SL 6470 del 22 de abril de 2015 radicación 45.406 en la que la corporación en cita señaló lo siguiente “ no obstante en aplicación del principio de la condición más beneficiosa se da una excepción a la regla general expuesta en precedencia la cual consiste en que en caso de tránsito normativo cuando el legislador no haya previsto un régimen de transición como ocurrió frente a la pensión de sobrevivientes al expedirse la ley 100 de 1993 si se cumplen las exigencias de la normativa anterior el número mínimo de cotizaciones, aunque el riesgo se estructure bajo la reglamentación posterior puede el juez acudir en aras de ella para proteger una expectativa legítima que es así que esta sala en múltiples oportunidades ha dado aplicación a la condición más beneficiosa en los eventos en que el afiliado cumple con las exigencias del número mínimo de semanas de cotización en la legislación anterior y bajo el supuesto lógico de que dicha legislación haya cobijado al causante durante el tiempo que tuvo vigencia”.

Conforme lo anterior, hay lugar a analizar las reclamaciones de la señora María del Pilar Romero Sarmiento y de acuerdo con esas exigencias del acuerdo 049 del año 1990 en aplicación reitero de principio de la condición más beneficiosa tenemos que en los artículos 6 y 25 se determinaba que tendrían derecho a esa prestación las personas que hubieran cotizado 300 semanas en cualquier época de la norma el artículo texto hablado de la pensión de invalidez pero sabemos que en el 25 los mismos requisitos se aplican para la pensión de sobreviviente y en el caso en concreto conforme a la resolución 027 963 del 26 de noviembre de 2001 que ya mencione obra a folio 10 además la liquidación de la indemnización sustitutiva de la prestación realizada por el entonces ISS a folios 113 a 117 en el archivo de PDF folios 15 a 19 y también conforme a la historias laborales que obra en autos la primera aportada por el extremo accionante de folios 18 a 20 vuelto en el archivo de PDF folios 20 a 25 y la historia laboral que se incorporó el día de hoy al plenario carpeta 07 aportada el día de ayer por parte de Colpensiones se tiene entonces sin lugar a dudas que el Señor Guillermo Contreras Rojas antes del 1 de abril de 1994 había cotizado muchas más de las 300 semanas exigidas en total se avizora 859.85 en circunstancia le permite entonces a la actora ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes reclamada, por lo que el despacho accederá a ese reconocimiento verificando también por un lado que la señora María del Pilar Romero Sarmiento aportó el registro civil de matrimonio con el causante folio 12 del expediente 14 en el archivo de PDF que no contienen notas marginales o anotaciones algunas respecto al divorcio o similares y además puesto que su condición de beneficiaria justamente como cónyuge supérstite la admitió en la entidad desde esa resolución del 26 de noviembre de 2001 en la cual le otorgó la indemnización sustitutiva.

Ahora en cuanto a la cuantía o monto de la prestación el despacho acude a la misma Norma con la cual se está reconociendo el derecho es decir al acuerdo 049 del año 1990 aprobado por el Decreto 758 de ese año que en su artículo 20 determina una cuantía básica igual al 45% del salario mensual de base y aumento del 3% de salario por cada 50 semanas de cotización que el asegurado acreditara con posterioridad a las primeras 500 semanas con un porcentaje máximo del 90% del salario mensual de base y una restricción también de no poder ser inferior la prestación al salario mínimo legal mensual ni superior a 15 veces ese salario.

En torno al monto de la prestación entonces estaba mencionando como quiera que el causante cotizo más de 50 semanas le corresponde entonces el 66% respecto del salario base mensual y este aplicando nuevamente el acuerdo 049 del año 1990 conforme lo determina el artículo 20 de esta norma en su párrafo primero, corresponde este salario base a los salarios de las últimas 100 semanas cotizadas divididos entre 100 y multiplicados por el Factor 4.33, en ese orden de ideas efectuadas por el despacho las operaciones aritméticas correspondientes y que se pueden verificar en el archivo que se va a incluir como anexo a la presente sentencia se obtiene entonces como valor de la pensión uno inferior al salario mínimo legal vigente del año 2000 y por ello el despacho ordenará que la prestación se reconozca en cuantía de ese salario legal adicionalmente Colpensiones deberá pagar al actora 2 mesadas adicionales por año es decir un total de 14 mesadas anuales por cuanto la prestación se causó al momento del deceso del causante es decir mucho antes de la entrada en vigencia del AL 1 de 2005 y también la encartada deberá efectuar los aumentos legales correspondientes a partir del reconocimiento, sin embargo también el despacho debe analizar en este momento la excepción de prescripción que fue propuesta por Colpensiones al contestar la demanda como ya vimos el derecho exigible del 11 de diciembre del año 2000 fecha del fallecimiento del causante la reclamación se elevó el 22 de agosto del año 2001 como se indicó en la resolución que negó esa prestación de folio 10 y la notificación del acto administrativo aparece efectuada el 22 de febrero del año 2002 en el folio 10 vuelto 11 en el archivo de PDF por ello como la demanda se radico para su reparto hasta el 9 de abril del año 2019 conforme al acta de folio 27 o 31 del archivo de PDF es claro que se sobre pasó ampliamente el término de tres años que determina el artículo 151 del CPTSS y por ende tenemos entonces para interrumpida la prescripción con la presentación de la demanda y quedan cobijadas por el fenómeno extintivo las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 9 de abril del año 2016.

Como a la accionante le fue reconocida y pagada por col pensiones la indemnización sustitutiva dispuesta en la resolución 027963 del 26 de noviembre del año 2001 y es claro pues que ella no puede tener derecho a esas dos prestaciones, se autorizará a col pensiones para que descuenta del retroactivo pensional a cancelar lo pagado por esa indemnización sustitutiva que debe hacerse en valor indexado al momento del reconocimiento y pago de las mesadas pensionales. En cuanto a la solicitud de intereses moratorios que eleva la accionante o de manera subsidiaria la indexación del pago de esas

mesadas pensionales debemos recordar que la sala de casación laboral desde la sentencia del 6 de noviembre del año 2013 radicación 43.602 que vemos reiterada entre otras en la SL 8644 del 3 de septiembre de 2014 tiene establecido que no siempre procede los intereses moratorios cuando se dé una falta de reconocimiento y pago de prestaciones periódicas en cuanto a mesadas pensionales que por ende el despacho debe verificar esas situaciones en que las administradoras de pensiones públicas o privadas hayan tenido una justificación o bien sea porque se hayan amparado en la norma o en una norma vigente o porque no le hayan dado el alcance que es reservado para los jueces en esa función de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social después en casos justamente como el presente ha dispuesto que no procede el reconocimiento de esos intereses moratorios así por ejemplo también en la sentencia SL 16390 del 20 de octubre de 2015 radicación 40.868 en la que se estudió una prestación pensional en aplicación del principio de la condición más beneficiosa la corte concluyó lo siguiente "en el asunto bajo examen no procedía la condena por los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 puesto que la pensión de invalidez la concedió el ad quem en obediencia respecto a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa y además su improcedencia también tiene su Génesis en el convencimiento de la entidad de que el actor no reunía los requisitos que exigía la norma vigente para la fecha de estructuración de la invalidez es decir actuó bajo el amparo de una norma vigente", por ende en el caso de autos cabe advertirse que Colpensiones negó la pensión de sobrevivientes en aplicación de lo dispuesto por la ley 100 de 1993 y vigente para el momento del descenso del causante se le absolverá del reconocimiento y pago de los precitados intereses moratorios.

Por lo anterior, se accederá entonces únicamente a la indexación figura pues que no corresponde a un pago de más de lo debido sino simplemente a reconocer las sumas teniendo en cuenta la devaluación del peso colombiano es decir la pérdida del Poder adquisitivo y para ello entonces deberá en el momento de realizar esta actualización la fórmula valor actualizado es igual índice final sobre índice inicial; por ultimo también el despacho recordara que Colpensiones puede descontar de ese retroactivo por mesadas pensionales no solamente el valor de la indemnización sustitutiva indexada sino también los aportes con destino al sistema de seguridad social en Salud pues tal retención constituye una condición esencial necesaria e ineludible con ese reconocimiento de la pensión y opera por virtud de la ley conforme al artículo 143 de la ley 100 de 1993, descuido que además se relaciona directamente con los principios que irradian al sistema de seguridad social en este caso en salud como por ejemplo el de la solidaridad sin embargo también en este tópico la sala de casación laboral ha señalado que si bien la cotización o más bien que como la cotización procede en todos los casos por virtud de la ley tampoco es necesario que los jueces la dispongan de manera expresa en la parte resolutive de la sentencia por ello simplemente pues se deja la aclaración en este aparte de la decisión con todo lo expuesto el despacho considera entonces que ya se dan por analizadas las excepciones propuestas por la encartada y la condenará en costas adicionalmente por haber resultado vencida en juicio.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión **la parte demandante** recurrió señalando:

En primera medida en cuanto al numeral segundo de la parte resolutive en la que se reconoce una pensión de sobrevivientes a favor de la señora María del Pilar Romero en cuantía de un SMLV; en este sentido considera esta apoderada que de conformidad con las semanas de cotización que había realizado el causante, la aquí demandante es beneficiaria de una pensión por un monto superior al SMLV en esos términos solicito al honorable tribunal que se acceda a la pensión con el número total de semanas que se reflejan en la resolución 27963 del 2001 por cuanto a criterio de la Corte Suprema de Justicia cuando para acceder a una pensión se desconoce el número de semanas reconocidos en la resolución que negó la prestación se va en contra el principio de confianza legítima según el cual las autoridades administrativas deben adecuar sus manifestaciones a los imperativos de confianza, honestidad, de cobro y credibilidad que emanan de la carta política de manera que los particulares puedan confiar en que la administración no va a alterar súbitamente las condiciones que rigen sus relaciones con los particulares y en que no va a proferir decisiones que contravenga la línea que soportan los vínculos que mantenga con los individuos, así las cosas debe acogerse lo indicado en la

resolución en virtud de principio de confianza legítima por tratarse de un acto administrativo que de acuerdo con las categorías de la norma evidentemente está por encima del reporte de semanas cotizadas en pensiones como se determina en la historia laboral, porque goza de presunción de ley, porque no ha sido revocado y modificado por la propia autoridad administrativa que lo expidió ni ha sido anulado por autoridad jurisdiccional alguna y no fue tachado de falso por la demandada y la entidad que lo profirió ni siquiera se alegado por ejemplo que se haya tratado de un error de digitación por lo cual debe revisarse y reconocerse una mesada superior al salario mínimo legal mensual vigente conforme a estas 904 semanas que se reflejan en la resolución y que pues concluyen que también la tasa de reemplazo que se debe aplicar conforme al acuerdo 049 del 90 pues va hacer superior y arrojaría una mesada por encima de ese salario mínimo.

En lo que tiene que ver con la absolución por concepto de los intereses moratorios en ese sentido solicito al honorable tribunal superior del distrito que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios en favor de la aquí demandante desde el reconocimiento de cada una de las mesadas pensionales según lo dispuesto en el artículo 141 de la ley 100 que establece que en caso de mora el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley la entidad correspondiente reconocerá y pagara al pensionado además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el mismo, adicionalmente teniendo en cuenta la sentencia SL 1681 del año 2020 en la que se indicó que no existe razón para negar el derecho a los pensionados de régimen de transición entre otras a obtener los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, pues estas prestaciones hacen parte del sistema general de pensiones, finalmente la sala concluye que el artículo 141 tuvo el propósito de superar las viejas discusiones doctrinales y jurisprudenciales frente a la manera de resarcir los prejuicios ocasionados por la mora en el pago de las pensiones y por consiguiente se está frente a una regulación unificadora aplicable a todo tipo de pensiones, en virtud igualmente de los pronunciamientos emitidos por el tribunal en sentencia del 30 de octubre de 2020 radicado 2019-463 en la que la demandante la señora Ana Isabel Vega de Tijaro y el magistrado oponente el doctor Manuel Eduardo Serrano en la que se reconoció y se condenó a Colpensiones al reconocimiento y pago de sus intereses moratorios desde el reconocimiento de cada una de las mesadas al igual que en la sentencia proferida por el tribunal superior del distrito en radicado 2019-096 sentencia del 19 de octubre del año 2020, razón por la cual a la aquí demandante pues le asiste ese derecho a los intereses moratorios.

El tercer aspecto es la excepción decretada de oficio por la juez de compensación toda vez que en la contestación de la demanda Colpensiones no hizo referencia ni alego la contestación de la demanda la excepción de compensación y por lo tanto en virtud del artículo 282 del CGP, razón por la cual la juez no está autorizada para decretarla de oficio sin que la Colpensiones la haya alegado en la contestación de la demanda cosa pues que en este caso no operó, de igual forma este aspecto de manera subsidiaria se solicita al honorable tribunal superior del distrito que en caso a su criterio proceda esta compensación no se descuenten los valores reconocidos en la resolución al señor Fernando toda vez que en este caso existe identidad parcial frente a las personas que recibieron la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes por parte del ISS a través de la resolución 27963 del 2001 y las que en el presente asunto se les ha reconocido la pensión de sobrevivientes, en este caso al señor Fernando no se le está reconociendo la pensión de sobrevivientes toda vez que no cumple con los requisitos para acceder a la misma y únicamente aquí se está debatiendo y se reconoce una pensión a favor de la señora María del Pilar Romero por lo cual no puede descontársele el valor reconocido a su hijo Fernando y no se puede descontar pues este valor por concepto de indemnización respecto a las mesadas pensionales que va a recibir aquí la demandante, se trata de diferentes identidades entre quienes recibieron una indemnización y quienes reciben ahora un derecho pensional así las cosas honorable tribunal del distrito que en el evento de considerar viable se descuenta la indemnización, se abstenga de autorizar el descuento de la suma otorgada al señor Fernando y de igual manera se abstenga de autorizar descontar este valor de la indemnización sustitutiva de manera indexada toda vez que aquí la demandante se está afectando con la aplicación de la prescripción por lo que solamente recibirá las mesadas a partir del 9 de abril del año 2016 y no debe estar este detrimento patrimonial en si contra y en cuanto al monto de las agencias en derecho considero que se trata de un valor muy ínfimo teniendo en cuenta el trabajo realizado por el apoderado.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de apelación formulado por la parte demandante, la sala determinará en **apelación como en consulta** si hay lugar a condenar a Colpensiones al reconocimiento y pago de la prestación pensional reclamada.

No fue objeto de reproche la fecha de defunción del señor Guillermo Contreras, que como quedó determinado en instancia, corresponde al 11 de diciembre del 2000 (fl. 11 exp. digital), como tampoco que la señora María Romero, ostentó la calidad de cónyuge del causante hasta la fecha de su fallecimiento, conforme se observa de registro civil de matrimonio visible a folio 12 del plenario y como quiera que no se probó que dicho vínculo haya sido disuelto, aunado a lo cual, mediante acto administrativo resolución 27463 de 2001, expedida por el entonces ISS, este reconoció la calidad de beneficiaria de la demandante respecto de las prestaciones causadas por el señor Guillermo Contreras, ya que ordenó el pago a su favor de indemnización sustitutiva por valor de \$5.140.745; de igual forma, tal condición se acreditó en el plenario con la declaración extra procesal rendida por los señores Betsabe García y Miguel Barros, quien indicaron en dicha diligencia que conocían hacia más de 20 años a la aquí demandante y en virtud de dicho conocimiento les constaba que ella y su esposo habían hecho comunidad de vida desde la fecha de su matrimonio en el año 1974 y hasta la fecha de deceso del señor Guillermo.

Como es bien sabido, la normatividad aplicable a efectos de reconocimiento pensional de sobreviviente, es la vigente a la fecha de fallecimiento del causante, que para el caso bajo estudio corresponde al texto original de la Ley 100 de 1993, normatividad que exigía en su artículo 13, un tiempo de convivencia de la cónyuge o compañera permanente de 2 años previo al fallecimiento del causante, señalaba la norma en cita:

ARTÍCULO 47. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

*<Aparte tachado INEXEQUIBLE> En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante **por lo menos desde el momento en que este cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez**, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido;*

La **finalidad de la pensión de sobrevivientes** es beneficiar a las personas más cercanas que realmente compartían con el causante su vida, pues esta pensión sustitutiva busca impedir que quien haya convivido de manera permanente, responsable y efectiva y haya prestado apoyo a su pareja al momento de morir, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas materiales y morales que supone su deceso; de este modo, **se trata de amparar una comunidad de vida estable, permanente y definitiva con una persona, en la cual la ayuda mutua y la solidaridad como pareja sean la base de la relación y permitan que se consolide un hogar, excluyendo así una relación fugaz y pasajera.**

Conforme lo señalado en precedencia, se observa que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, no ofreció reparo la calidad de beneficiaria de la demandante respecto del señor Guillermo, la que igualmente quedó acreditada como se indicó en el trámite procesal, calidad que determina.

Sentando lo anterior y en cuanto al requisito de cotización, se tiene que el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su artículo original prevé:

ARTÍCULO 46. *Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

- 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y*
- 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:*
 - a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;*
 - b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.*

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente Ley.

Al respecto, se encuentra que tampoco ofreció reproche que el asegurado Guillermo Contreras no alcanzó las 26 semanas de cotización en los lapsos temporales de que trata la normatividad antes citada por lo que la juez de primer grado dio aplicación al principio de la condición más beneficiosa, que en efecto procede para las pensiones de invalidez y sobrevivencia como es el

caso bajo estudio, por lo que para el caso del actor, debe verificarse si acreditó en vida la densidad de cotizaciones exigida por la normatividad **inmediatamente anterior** a la Ley 100 de 1993, como lo era el artículo 6 del Acuerdo 049 de 1990 que indica que para acceder a derecho pensional, es menester acreditar una densidad de cotizaciones de 150 semanas en los 6 años anteriores a la fecha del deceso o 300 en cualquier época.

Sobre el particular, de historia laboral tradicional allegada por la parte demandante y de la allegada por la demandada Colpensiones actualizada a 1 de marzo de 2021, se observa que la última cotización efectuada por el señor Guillermo Contreras al entonces ISS data del 31 de diciembre de 1995, de lo que se determina con claridad que no cotizó 150 semanas en los 6 años previos a su deceso que tuvo lugar como se indicó en diciembre del año 2000; no obstante ello, tales historias dan cuenta que cotizó más de 899 semanas, densidad que supera con creces las 300 semanas de que trata la normatividad aplicable a su caso en cualquier tiempo para concluir que contrario a lo señalado por la demanda en sus alegaciones, el señor Guillermo, previo a su deceso dejó causada la prestación reclamada por la demandante.

Ahora bien, en cuanto a la cuantía de dicha prestación, aspecto que fue objeto de reproche por la parte demandante, se tiene que la forma de liquidar la prestación a que tiene derecho la demandante en su calidad de beneficiaria del causante, es la prevista en el parágrafo 1 del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, que señala:

PARÁGRAFO 1o. *El salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas.*

El factor 4.33 resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses.

Conforme lo anterior, se tiene que para el caso del causante, la suma de los salarios semanales de las últimas 100 semanas ascendió a \$3.527.622, como se verifica en la tabla resumen:

PERIODO	SEMANAS	SALARIO	SALARIO SEMANAL
Nov 18 a dic 31 de 1989	5,92	\$79.290	\$117.349
Enero 1 a mayo 31 de 1990	21,57	\$79.290	\$427.571
Junio 1 a julio 30 de 1990	6,14	\$54.630	\$83.857

Agosto 3 a sept 2 de 1990	4,42	\$99.630	\$110.091
Feb 1 1991 a marzo 15 de 1991	6,14	\$136.290	\$209.205
Mayo 6 a Agosto 1 de 1994	12,57	\$200.000	\$628.500
Octubre 3 a dic 31 de 1994	12,85	\$120.000	\$385.500
Enero 1995	4,42	\$472.000	\$521.560
Febrero 1995	4	\$130.000	\$130.000
Marzo 1995	4,42	\$344.980	\$381.203
Julio 1995	4,42	\$118.934	\$131.422
Septiembre 1995	4,42	\$127.081	\$140.425
Nov 1 a dic 1 de 1995	8,71	\$119.834	\$260.939
TOTAL	100	\$2.081.959	\$3.527.622

Ahora bien, la centésima parte de \$3.527.622, corresponde a 35.276, suma que multiplicada por el factor 4,33, arroja un valor de **\$152.746**, siendo este el salario mensual base obtenido al aplicar la fórmula prevista en el parágrafo 1 del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 antes transcrito, siéndole aplicable una tasa de reemplazo del 69%, como quiera que de historia laboral tradicional expedida por el ISS, se indica que el señor Guillermo, cotizó en total 904 semanas en su vida laboral, por lo que la primera mesada del derecho pensional que dejó causada el actor para diciembre de 1995, asciende a **\$105.395**, la que como bien indicó la juzgadora de primer grado, se encuentra por debajo del SMLV de la época que se encontraba fijado en la suma de \$118.934, siendo claro que en efecto la prestación que se reconoce, deberá ascender al SMLV para cada anualidad, ya que contrario a lo manifestado por la parte recurrente también en sus alegaciones, como se vio, bajo la normatividad aplicable, la mesada pensional no es superior a dicha asignación básica, no habiendo lugar a modificar la decisión de primer grado, ya que se concluye que no se están desconociendo los salarios base cotizados por el causante, como tampoco la densidad de semanas, aspectos que como se vio, se tuvieron en cuenta para liquidar la prestación arrojando una inferior al SMLV.

Intereses moratorios

Sobre este punto y como quiera que la prestación se reconoce en aplicación del principio de condición más beneficiosa ha señalado la jurisprudencia que los intereses de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 no resultan procedentes en aplicación de dicho principio y así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL3784 del 2019, M.P. Clara Dueñas Quevedo:

*En cuanto a los intereses moratorios, de conformidad con el criterio jurisprudencial predominante de la Sala, **en el sub lite no es procedente la condena a ellos, según lo previsto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, toda vez que la pensión de sobrevivientes se concede con fundamento en el principio de la condición más beneficiosa.** (negrilla fuera del texto original)*

Por lo señalado en precedencia, tampoco le asiste razón al recurrente sobre este aspecto ya que no hay lugar a reconocer los intereses moratorios bajo estudio, debiéndose indexar las mesadas pensionales objeto de condena como lo indicara la decisión de primer grado a fin de compensar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

De otra parte, en cuanto a la autorización emitida por la Juez de primer grado en cuanto a la indemnización sustitutiva reconocida a la aquí demandante en el año 2001, se observa que contrario a lo manifestado por esta parte en su recurso y alegaciones, no se ordenó descontar suma distinta a la ella pagada por el entonces ISS, aunado a ello, tampoco se declaró probada de manera oficiosa la excepción de compensación; no resultando procedente que la parte demandante se beneficie de dos prestaciones como producto de las mismas cotizaciones, ya que de no disponer dicha autorización de descuento, se estaría incurriendo en un enriquecimiento sin causa.

Prescripción

Como bien lo señaló la decisión de instancia, resulta claro que atendiendo a la fecha de fallecimiento del señor Guillermo, 11 de diciembre del 2000, el fenómeno prescriptivo, transcurrió en el presente atendiendo a que la demandante, presentó reclamación para el reconocimiento y pago de esta prestación el 22 de agosto de 2001, como da cuenta la resolución 27963 del 2001 expedida por el ISS y siendo radicada la presente acción judicial el 9 de abril de 2019, es claro que las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 9 de abril de 2016 se encuentran prescritas.

Por los anteriores razonamientos, al no haber lugar a modificar la decisión de primer grado, se **confirmará** esta en su totalidad.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

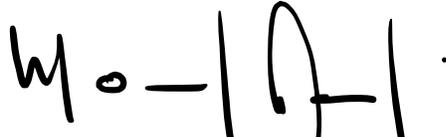
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

Salvo voto



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 37-2019-0003-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: ZULIMA ORTIZ BAYONA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES; AFP PORVENIR S.A.; Y AFP
COLFONDOS S.A.

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. NICOLAS EDUARDO RAMOS RAMOS identificado con C.C. 1.018.469.231 y T.P. 365.094 del C.S. de la J., en calidad de apoderado sustituto de la demandada Porvenir S.A, en los términos y para los efectos del poder conferido y allegado junto con el escrito de alegatos de conclusión.

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:



SENTENCIA

Al conocer los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 18 de marzo de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior las partes, presentaron alegaciones, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver los recursos interpuestos.

ANTECEDENTES

La señora Zulima Ortiz Bayona por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizada en virtud de la afiliación a la AFP Colfondos S.A, y que una vez anulado, la actora retornará al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones; que se ordena a Colfondos S.A. el traslado de la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas entregadas por la demandante, así mismo, a pagar cualquier diferencia económica para financiar la pensión, agencias y costas en derecho.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, nació el 2 de noviembre de 1959, y que para el momento en que radicó la demanda contaba con 58 años de edad; que estuvo vinculada al Instituto de Seguros Sociales ISS hoy



Colpensiones entre el 27 de octubre de 1988 hasta el 1 de octubre de 1998; al régimen de ahorro individual con solidaridad por intermedio de Porvenir S.A. desde el 1 de diciembre de 1998 hasta el 9 de febrero de 2014; y por medio de Colfondos S.A., desde el 10 de febrero de 2014 hasta la actualidad; que a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 empezó a recibir información de los fondos privados de pensiones; que le decían que era mejor estar en un sistema de pensiones en el que podía definir la fecha de pensión sin necesidad de acumular semanas ni cumplir edad; que, como argumento de venta le indicaron que el régimen de prima media estaba en liquidación, que no responderían si el usuario fallecía, no habría derecho a heredar, y que los hijos después de los 25 años no tendrían derecho a que se les transfiriera la pensión; que las finanzas de Colpensiones eran débiles; que con los fondos privados podría pensionarse en cualquier momento de la vida, siempre y cuando hubiese ahorrado para completar el 110% del salario mínimo con el cual los empleados podrían pensionarse inmediatamente; que no le dieron a conocer proyecciones, que no le mencionaron que debía ahorrar por lo menos un 20% del salario mensual; que la demandante solicitó a Colfondos información sobre su realidad pensional el 5 de diciembre de 2017, y que se encuentra agotado el trámite de reclamación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 3, 4, 18 y 20. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia del derecho y la obligación; excepción de error de derecho no vicia el consentimiento; buena fe; prescripción; e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas.



Colfondos S.A., contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 14 a 16, y 19. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de la obligación; falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; ausencia de vicios del consentimiento; validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.; prescripción de la acción para solicitar la nulidad traslado; compensación y pago.

Porvenir S.A. contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos no aceptó ninguno. Como excepción previa formuló la de falta de integración de litisconsorcio necesario; y de mérito las que denominó prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que efectuó la demandante la señora ZULIMA ORTIZ BAYONA del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., que tuvo como fecha de suscripción el 28 de octubre de 1998, por las razones expuestas en la parte motiva, y en consecuencia, establecer que la afiliación válida de la demandante corresponde al régimen de prima media con prestación definida.



**Proceso Ordinario Laboral 37 – 2019 – 0003 – 01 DTE: ZULIMA ORTIZ BAYONA DDO:
COLPENSIONES Y OTROS**

SEGUNDO: CONDENAR a la **AFP COLFONDOS S.A.** a transferir a COLPENSIONES todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con bonos pensionales, rendimientos financieros, e igualmente costos por administración, de conformidad con la parte motiva de la decisión.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional de la señora ZULIMA ORTIZ BAYONA y **ACEPTAR** los valores que remita la sociedad COLFONDOS S.A. en los términos anteriormente expuestos en el numeral segundo de la decisión.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas

QUINTO: CONDENAR a la demandada PORVENIR en costas a favor del demandante, por secretaria tásense, para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a 1 smlmv.

SEXTO: Se ordena remitir el presente proceso al Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

NOTIFICADOS EN ESTRADOS

(...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

En síntesis, manifestó que, en el caso de la demandante conforme las pruebas allegadas, no se cumplió con el deber de información que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 las administradoras debieron cumplir con el mismo. Frente a la vinculación con Colfondos S.A., que, aunque señaló que le brindaron información, que no podía retornar al régimen de prima media ya que para ese momento contaba con 54 años de edad, no se encontraba en la posibilidad de trasladarse, pues para esa fecha se exigía como edad para acceder a la pensión de vejez los 57 años de edad, para ese momento ya se encontraba en la prohibición legal. Que el juzgado no encontró acreditado el



requisito de la existencia del acto jurídico, el deber de información en el caso concreto, que tampoco obran elementos de juicio suficientes que den los actos de relacionamiento para superar el deber de información y poder ratificar la voluntad de la demandante. No acredita cumplimiento del deber de información, por lo que declarará probado el problema jurídico principal de manera favorable, que si se hubiere solicitado de manera expresa la nulidad del acto jurídico, no significa que pueda ignorar los hechos y las pruebas alegados en el presente proceso y hacer uso de las facultades ultra y extra petita, incluso acogiendo el principio de igualdad en aplicación del criterio jurisprudencial y que resulta de obligatorio cumplimiento, frente a cada caso concreto que aquí resulta aplicable.

Que el requisito legal que se echa de menos, que hay lugar a que no sea tenida en cuenta la prohibición legal del traslado de la demandante en el caso particular, no se trata de darle efectos retroactivos a la decisión sino que es una decisión declarativa que analiza un hecho ocurrido con anterioridad a la vigencia de la prohibición legal y en consecuencia, se accederá de manera favorable al problema jurídico, y en ese orden de ideas se declarará la ineficacia del acto jurídico de traslado entre regímenes pensionales que realizó la demandante, con un fecha inicial de 28 de octubre de 1998 con Porvenir S.A., se establecerá válida la afiliación de la actora.

Se dispondrá que la administradora a la cual se encuentre válidamente afiliada hasta la presente decisión Colfondos S.A., y en caso de quedar ejecutoriada a retornar todos los valores que se encuentren contenidos en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros que se hubieren causado, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.



APELACIÓN

COLPENSIONES

“Interpone recurso de apelación para indicar que de tenerse afiliada a la demandante en el régimen de prima media se afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema que se funda en la previsión legal del traslado en la que se encuentra inmersa la demandante, provisión que goza de control de constitucionalidad y fue declarada exequible para proteger los principios de igualdad y equidad de los afiliados del régimen de prima media que si aportaron al sistema sin que pueda alegarse el desconocimiento de la ley como excusa rector de derecho y los principios a diferentes de las leyes son inmutables y deben aplicarse porque busca proteger el cumplimiento de otros principios como el del interés general que prima sobre el particular, que el recurso de apelación se dirige a la indebida adecuación del derecho, y por el análisis probatorio de la prueba, porque desconoce la información de los asesores del fondo privado que le permitieron a la demandante un consentimiento informado, que se le explicó en un lenguaje claro y sencillo, las características, ventajas, y desventajas de uno y otro régimen, además debe evaluarse su calidad de afiliada lego, art 112 de la ley 100 de 1993; que se configura un error en derecho que no tiene la capacidad de viciar el consentimiento, la demandante funda su inconformidad en que no le elaboraron proyecciones pensionales y que no le dijeron exactamente cuánto capital debía acumular, que solo le manifestaron que debía tener el 110% del capital acumulado por lo que en virtud de la comunidad de la prueba debe tenerse que la demanda, que asegura no recordar la asesoría recíproca, no puede vulnerar el debido proceso y el derecho a la defensa, por afirmaciones indefinidas evidenciando la inexistencia de una lesión injustificada de los derechos pensionales, que de confirmarse se solicita que los fondos privados devuelvan a Colpensiones los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades conforme las sentencias SL3382 y 3187 de 2020 entre otras; solicita a los magistrados contrastar las pruebas para que se absuelva a la demandada de las pretensiones.”

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado por la apoderada de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Zulima Ortiz Bayona, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con la AFP Porvenir S.A., el día 28 de octubre de 1998, como se verifica de copia de formulario de afiliación, así como respecto del traslado posterior efectuado dentro de dicho régimen, por medio de la AFP Colfondos



a la cual se encuentra actualmente afiliada.

En este orden y si bien se peticiona la declaratoria de nulidad de traslado, lo cierto es que se alega por falta al deber de información escenario que se estudia a través de la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, la cual ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos como en el presente **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**, por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas



entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad el deseo de éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por la apoderada recurrente, ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Ortiz Bayona, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** inicial al RAIS en el año 1998; por lo que se debe dar por demostrado que tanto Porvenir S.A., como posteriormente los demás fondos privados demandados, faltaron al deber de información, pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

El deber de información en los términos anteriores fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho



**Proceso Ordinario Laboral 37 – 2019 – 0003 – 01 DTE: ZULIMA ORTIZ BAYONA DDO:
COLPENSIONES Y OTROS**

con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado 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, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como, contrario a lo afirmado por la apoderada en el recurso, la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a la AFP



Porvenir S.A. y Colfondos S.A., probar el suministro de dicha información a la demandante.

Es así como en estos casos, en gracia de discusión, no es de resorte de la demandante probar vicio del consentimiento alguno, pues si bien se invocó la acción bajo la figura de la nulidad, lo cierto es que también alegó la omisión en el deber de información por parte de la administradora a la cual se afilió inicialmente (Porvenir S.A.), razón por la cual, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Ahora, y en gracia de discusión, el hecho que un afiliado no sea beneficiario del régimen de transición o que no contaba al momento de su afiliación al RAIS con expectativa pensional legítima, ello no es óbice para que ésta acuda a la jurisdicción a efectos de solicitar la ineficacia del traslado de régimen, dado que aceptar tal circunstancia, contravendría el derecho a la igualdad de los afiliados, pues el deber de información bajo estudio, no sólo se predica de grupos de afiliados que cumplan algún requisito, sean beneficiarios del régimen de transición o tengan expectativa pensional alguna, sino de todos los afiliados al sistema pensional; como a su vez lo indicó la Sala Laboral de



la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

“(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.

De tal manera y contrario a lo afirmado por la apoderada de Colpensiones, el estudio de si el traslado de los afiliados al RAIS estuvo precedido del deber de información, en los términos antes señalados, procede para todos los afiliados siendo improcedente estudiar el cumplimiento de requisitos pensionales al momento de su traslado, quedando probado en el presente caso que dicho deber de información no se cumplió.

Ahora, debe advertirse que, el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no necesariamente implica la descapitalización del RPM administrado por Colpensiones, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones de la actora a órdenes de Colpensiones, junto con sus rendimientos y sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración como igualmente lo ha dejado sentado la alta corporación de cierre de esta jurisdicción entre otras en sentencias entre otras en



sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Por otro lado, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1998**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, dispuesta en primera instancia.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el



**Proceso Ordinario Laboral 37 – 2019 – 0003 – 01 DTE: ZULIMA ORTIZ BAYONA DDO:
COLPENSIONES Y OTROS**

valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 38-2016-0689-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: JULLY KATTERINE LEAL VANEGAS, ZULENA
MAVETH LAVERDE BARROS Y CARLOS ANDRES TEQUIA
SOLORZANO

DEMANDADOS: FONDO NACIONAL DEL AHORRO Y
OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.

LLAMADO EN GARANTIA: LIBERTY SEGUROS S.A.

LITISCONSORCIO NECESARIO: COMPAÑÍA ASEGURADORA
DE FIANZAS S.A. – CONFIANZA

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. JENNIFER PAMELA NARANJO PINEDA identificada con C.C. 1.094.891.483 y T.P. 208.263 del C.S. de la J., en calidad de apoderada sustituta de la entidad llamada en garantías, en los términos y para los efectos del poder conferido a ella.

ACEPTAR la renuncia al poder por parte de la Dra. ANGIE NATALY FLOREZ GUZMAN, quien venia representando judicialmente en este proceso a la demandada FONDO NACIONAL DEL AHORRO, al estar conforme con el artículo 76 del CGP.



En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por las partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 9 de abril de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior las partes y llamados en garantía presentaron escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

ANTECEDENTES

La demandante Jully Leal por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo con Optimizar S.A. entre el 1 de diciembre de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2015, que no le fueron canceladas prestaciones sociales y vacaciones, que el Fondo Nacional del Ahorro es solidariamente responsable del pago de lo debido, y en consecuencia, solicita se condene a las demandadas de manera solidaria al pago de prestaciones sociales, vacaciones e indemnización moratoria del artículo 65 del CST, indexación y costas del proceso. Subsidiariamente solicita se declare que el verdadero empleador lo



fue el Fondo Nacional del Ahorro, y en consecuencias sea condenado a las pretensiones reclamadas, previa declaración de simple intermediario de Optimizar Servicios Temporales S.A.

Por su parte, Carlos Tequia y la señora Zulena Laverde solicitan las anteriores condenas, no obstante, el primero pide que soliciten la declaración de existencia del contrato lo sea a partir del 15 de mayo de 2015, y la segunda a partir del 6 de abril de 2015.

HECHOS

Fundamentan las pretensiones, al manifestar July Leal que entre el Fondo Nacional del Ahorro y Optimizar Servicios Temporales se suscribió el contrato de prestación de servicios 275 de 2014 y 147 de 2015, para cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del FNA, y que en virtud de lo anterior fue contratada por Optimizar por medio de un contrato de trabajo por obra o labor contratada, vinculación que perduró entre el 1 de diciembre de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2015, que la empresa temporal terminó el contrato con la actora, que el cargo contratado correspondía al de Administrativo II, teniendo como último salario la suma de \$1.500.000, que las funciones correspondían al giro normal de los negocios del FNA, que la expansión es una labor definida en el tiempo, que el cargo existía dentro de la planta de personal del FNA, que laboró jornadas diarias de ocho horas entre las 7 de la mañana y las 5 de la tarde, en las instalaciones de la demandada, que la empresa temporal no le canceló prestaciones sociales y vacaciones a la terminación del contrato de trabajo, que la empresa fue sometida a un proceso de reorganización por parte de la Superintendencia de Sociedades, entidad que reconoció como uno de los pasivos la liquidación de la demandante, que



no le han ofrecido acuerdo de pago, que el informe de interventoría de los contratos 147 y 275, suscrito por la coordinación del grupo de interventoría de la corporación interuniversitaria de servicios concluyó que Optimizar estaba en inminente riesgo en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Por su parte, los demandantes Carlos Tequia y la señora Zulena Laverde, con similares supuestos fácticos, manifestaron, el primero, que su contrato de trabajo inició el 15 de mayo de 2015, para ejercer el cargo de Comercial I, con un salario inicial de \$5.200.000, y la segunda que, inició labores a partir del 6 de abril de 2015 en el cargo de Comercial III, con un salario inicial de \$1.750.000.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida mediante auto del 9 de noviembre de 2016. La demandada Optimizar Servicios Temporales S.A. en Liquidación Judicial con oposición a todas las pretensiones principales y parcialmente frente a las subsidiarias de cada uno de los demandados; en cuanto a los hechos, aceptó los hechos 1, 2, 4 a 7, 9 y 10, 24 y 25 de cada uno de los demandantes y manifestó no aceptar o no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó: existencia de procedimiento concursal en curso para el pago de las prestaciones sociales pretendidas por los demandantes; y existencia de afectación de póliza para pago de prestaciones sociales objeto de la demanda.

Por su parte, el demandado Fondo Nacional del Ahorro contestó la demanda, se opuso a todas las pretensiones formuladas por los demandantes. En cuanto



a los hechos los enlistados aceptó lo relacionado con la suscripción del contrato comercial con Optimizar Servicios Temporales S.A. Como excepción previa formuló falta de integración del litisconsorcio, y de mérito las denominadas: inexistencia de las obligaciones reclamadas al Fondo Nacional del Ahorro como empleador de los demandantes; Buena fe; compensación; improcedencia doble reconocimiento de las obligaciones; y, prescripción.

Por su parte, la aseguradora Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Confianza S.A., contestó la demanda al manifestar oponerse a las pretensiones de los demandantes, y respecto a los hechos manifestó no constarle ninguno de los formulados por los demandantes. Como excepciones de mérito formuló las que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva de aseguradora de fianzas S.A. Confianza para ser parte como litisconsorte necesario de la parte pasiva; en caso de proceder indemnización moratoria, esta quedará limitada a la fecha en que fue admitido el empleador al proceso de reorganización contemplado en la ley 1116 de 2006; y, los demandantes han sido reconocidos dentro del proceso de reorganización y hoy liquidación judicial de la sociedad Optimizar Servicios Temporales.

Liberty Seguros S.A., contestó la demanda manifestando oponerse a las pretensiones tanto de la demanda como del llamamiento en garantía, y respecto de los hechos manifestó no constarle ninguno de ellos. Como excepción previa formuló: caducidad del llamamiento en garantía, y de mérito las que denominó: caducidad del llamamiento en garantía; prioridad en la afectación en las pólizas N°DL006347 – DL007987 Y DL8460, expedidas por la compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – CONFIANZA S-A., aplicación preferente de pago; afectación de las pólizas DL007987 Y DL8460; expedidas por la compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – CONFIANZA S-A; Confianza



S.A. recibió por parte de la liquidadora de Optimizar Servicios Temporales el listado de los trabajadores en misión que deben beneficiarse de las pólizas de disposición legal; cobro de lo no debido (restricción de la póliza); límite del valor asegurado; ausencia de responsabilidad solidaria; ausencia de cobertura por agravación del estado de riesgo por parte del asegurado; buena fe; prescripción laboral; extinción de la acción generada por el contrato de seguro y prescripción del mismo; y, compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR entre los demandantes CARLOS ANDRES TEQUIA SOLORZANO Y ZULENA MAVETH LAVERDE BARROS y la sociedad OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. existieron respectivamente contratos de trabajo cuya duración estuvo determinada por la duración de la obra o labor contratada vigentes respectivamente desde el 15 de mayo de 2015 y el 6 de abril de 2015 hasta el 30 de septiembre de 2015, en la forma señalada en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. en Liquidación, a pagarle a los demandantes las sumas de dinero que a continuación se indican por los siguientes conceptos:

- a. A favor de CARLOS ANDRES TEQUIA SOLORZANO la suma de \$23.400.000 por concepto de indemnización por falta de pago en la forma señalada en la parte motiva de esta sentencia.
- b. A favor de ZULENA MAVETH LAVERDE BARROS la suma de \$7.875.000 por concepto de indemnización por falta de pago en la forma señalada en la parte motiva de la presente sentencia.



TERCERO: ABSOLVER a las demandadas de las demás suplicas de la demanda por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

CUARTO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el despacho declara no probadas las propuestas por OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. respecto de las condenas infligidas, y se considera relevado de las propuestas respecto de las absoluciones que proceden.

QUINTO: ABSTENERSE de imponer en el informativo alguna carga respecto del Fondo Nacional del Ahorro, Liberty Seguros S.A., y aseguradora de Fianzas Confianza, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEXTO: COSTAS Lo serán a cargo de la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. en Liquidación, por secretaria practíquese la liquidación de costas incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.500.000 a favor de cada uno de los demandantes.

SEPTIMO: Dadas las resultas del proceso el despacho se considera relevado de las suplicas subsidiarias.

Las partes quedan legalmente notificadas en ESTRADOS

(...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“En lo que interesa al recurso de apelación el juez de instancia fundamentó que la dte Zulena Laverde se acreditó que estuvo vinculada con optimizar desde el 6 de abril hasta el 30 de sept de 2015 por 175 días, en el marco de un contrato cuya duración estaba determinada por su duración estaba determinada por la duración de la obra o labor en el cargo de comercial III y con un salario de \$1.750.000, como se aceptó en la demandada y se observa de los demás documentos.

Sobre las prestaciones y vacaciones solicitadas, analizadas las pruebas se encuentra acreditado que a la terminación de la relación laboral a los dte no les pagaron los conceptos reclamados a los que tenían derecho; que los demandantes en interrogatorio aceptaron que les pagaron tardíamente prestaciones sociales y vacaciones, en donde la dte Zulena Laverde recibió por concepto de liquidación aun cuando señala en su versión que lo había recibido dos años después de la terminación del vinculo contractual, que ese escenario conviene precisar por parte del despacho que por vía de confección se acredita que la dte Zulena recibieron el pago de la liquidación con ocasión a la terminación del contrato de trabajo por parte de la aseguradora de fianzas



Proceso Ordinario Laboral 38 – 2016 – 0689 – 02 DTE: JULY KATTERINE LEAL VANEGAS Y OTROS DDO: FONDO NACIONAL DEL AHORRO Y OTRO

confianza y por ello no es dable acceder a las suplicas de la demanda, además que en la demanda no se reclamó la reliquidación de los valores correspondientes, que tampoco se cuenta con los elementos de juicio necesarios para deducir cuanto fue lo que recibieron los accionantes por concepto de liquidación para confrontarlos con un valor hipotético de lo que les correspondiera para deducir la existencia de alguna diferencia susceptible de ser reconocida.

Sobre la indemnización del art 65 del CST, manifestó que los contratos de trabajo terminaron el 30 de sept de 2015 con ocasión de la terminación de la obra o labor para la cual fueron contratados específicamente al haberse extinguido el contrato de suministro de trabajadores en misión que sostuvieron optimizar y el FNA para el año 2015 por lo que no se acredita que para el 30 de sept de 2015 a los accionantes se les haya pagado la liquidación de prestaciones sociales a la terminación del vínculo contractual, que no se acredita justificación que ubique al empleador en la órbita de la buena fe eximente de sanción por lo que procede la imposición de la indemnización a optimizar, que la sanción solamente aplica hasta el día 15 de febrero del año 2016 pues en dicha data la superintendencia de sociedades conforme el numeral 11 del artículo 19 de la ley 1116 de 2006 en cumplimiento del auto N°400002370 del 15 de febrero de 2016 admitió a optimizar servicios temporales al proceso de reorganización, auto que en el numeral 5 establece que de conformidad lo establecido en el numeral 11 del art 19 de la ley 1116 de 2006 los deudores sin autorización del concurso no podrán realizar enajenaciones que no estén comprendidas en el giro ordinario de sus negocios, ni constituir cauciones sobre bienes del deudor ni hacer pagos, ni arreglos relacionados con sus obligaciones, no podrán adoptar reformas estatutarias, tratándose de personas jurídicas y en general deberán dar cumplimiento al art 17 de la citada ley que dentro de ese escenario se accede a la sanción deprecada en razón de un día de salario en favor de cada uno de los trabajadores demandantes contados desde la finalización del vínculo y hasta el 15 de febrero del año 2016 fecha en la cual se reitera fue admitido optimizar servicios temporales al proceso de reorganización, la condena procede por la suma de \$23.400.000 a favor de Carlos Tequia, y por \$7.875.000 en favor de la señora Zulena Laverde, teniendo en cuenta que entre la fecha de terminación del contrato de trabajo y la fecha al proceso de reorganización teniendo en cuenta que entre la terminación del contrato y la fecha de entrada proceso de reorganización transcurrieron 135 días y teniendo en cuenta los salarios acreditados.

Que el despacho se considera relevado del estudio de las pretensiones subsidiarias. Sobre la responsabilidad solidaria entre las demandadas conforme el art 34 del CST, y la sentencia SL178 de 2020 de 66976, la que reiteró que las prestaciones a las que haya lugar son carga exclusiva de los empleadores donde no hay lugar a responsabilidad solidaria susceptible de ser radicada en cabeza del usuario quien para esos efectos se entiende que es un representante del empleador y ejerce el poder subordinante por delegación de la empresa de servicios temporales y por esa vía no puede deducirse la responsabilidad solidaria que se depreca en el libelo introductorio en la medida en que el FNA era un usuario de servicios temporales, situación que no se puede equiparar al de un beneficiario de la obra en los términos del art 34 dentro de CST al destacar que en el ordenamiento legal no hay contemplada una responsabilidad solidaria específicamente respecto de los usuarios de est salvo cuando se evidencie la presencia de conductas irregulares en el escenario de la prestación de estos servicios particularmente cuando se oculta la condición de verdadero empleador de quien utiliza a estas empresas de servicios temporales de manera fraudulenta, porque las pretensiones sobre esto se plantaron de manera subsidiaria y prosperaron las que de manera principal fueron planteadas no hay lugar a condena por



responsabilidad solidario. Sin condenas a cargo de las llamadas en garantía y litisconsorte necesario. Excepciones las declara no probadas. Costas a cargo de optimizar. \$1.500.000 a favor de cada uno de los demandantes.

APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE ZULENA MAVETH LAVERDE BARROS

“Interpone recurso de apelación, solicitando se revoque parcialmente en cuanto que, absolvió al FNA de la responsabilidad solidaria que viene solicitadas en las pretensiones de la demanda y para que sea modificada la condena por concepto de indemnización moratoria y la misma se imponga hasta la fecha en que se produjo el pago efectivo de las prestaciones sociales a la señora Laverde por un lapso de dos años más los intereses moratorios que se llegaren a causar.

En cuanto a la indemnización moratoria el juez la limitó hasta de 15 de febrero del año 2016 basado en el argumento de que optimizar había entrado en un proceso de reorganización de la Superintendencia, lo cual no comparte, primero, porque conforme el artículo 29 del CST ningún trabajador puede asumir los riesgos o pérdidas de la empresa, carga que se le impone a la dte al condenar hasta esa fecha, incumpléndose la disposición que acabo de mencionar.

Adicionalmente, según la Corte la crisis económica del empleador no es una razón para justificar la mora, si en este caso optimizar entró en reorganización por parte de la superintendencia, lo accesorio sigue la suerte de lo principal, si la crisis económica ni el proceso de reorganización son razones para que se extienda hasta la fecha en que se produjo el pago efectivo, solicita al Tribunal se modifique en ese sentido.

Que las disposiciones del CST prevalecen sobre las disposiciones del Código de Comercio, salvo lo que no contemple el primero, reitera la aplicación del art 29 del CST el trabajador no puede participar de las pérdidas del empleador.

Que cuando optimizar incumplió las obligaciones, esta ya se encontraba insolvente para responder por las prestaciones sociales; que el proceso de reorganización no le facilitaba a la empresa el poder cumplir con sus obligaciones, que el resultado hubiese sido el mismo, indistintamente si optimizar hubiera entrado o no en un proceso de reorganización sería el mismo resultado, por lo tanto, el incumplimiento en el pago de prestaciones se iba a producir, tanto es así que la que termina pagando las prestaciones es la aseguradora ni siquiera las pagó optimizar, entonces así solicito se modifique el pago de la indemnización moratoria para que e extienda hasta cuando se produjo el pago efectivo de las prestaciones sociales.

Sobre la condena solidaria conforme la sentencia 83692 SL4330 del 21 de octubre de 2020 en un caso similar, habla de la necesidad contratada y su duración, dos elementos que se deben tener en cuenta; que la necesidad del servicio implica que el FNA requiera ese trabajo para poder desarrollar su objeto social porque hace parte del giro ordinario de sus negocios, y si la labor del trabajador corresponde a esto, significa que el trabajador en realidad esta prestando un servicio que no es temporal sino que es necesario para la empresa y sería un trabajador directo de la empresa usuaria que sería el FNA.

Que el otro elemento es la duración, que es cobre lo cual declararon los testigos, que el decreto 4369 establece que un trabajador en misión puede prestar los servicios a una empresa usuaria por 6 meses prorrogables por otros 6 meses, máximo un año, lo



**Proceso Ordinario Laboral 38 – 2016 – 0689 – 02 DTE: JULLY KATTERINE LEAL VANEGAS Y
OTROS DDO: FONDO NACIONAL DEL AHORRO Y OTRO**

cual implica que si año no se supera en este caso la empresa usuaria estaría dentro de los límites que establece la ley, pero cuando ese año de servicios se supera, lo que debe considerarse que el trabajador es directo del FNA.

Que la sentencia no es clara a pesar que en los alegatos se solicitó; que en el caso de la necesidad del servicio el testigo Jorge Luis Uriel manifestó que las actividades realizadas por la señora Zulena era de afiliación de cesantías, apertura de cuentas, servicio al cliente, portafolio de la entidad, administración de cesantías y colocación de créditos hipotecarios; que la señora patricia manifestó que la actora se dedicaba a la colocación de créditos hipotecarios, traslados, retiros, y créditos educativos, actividades que tienen que tienen que ver con el giro ordinario de los negocios del FNA de acuerdo con el decreto 3118 de 1968 que el que crea el FNA y establece las funciones de esta entidad, la cual se dedica a la atención al público, trámite de crédito hipotecario, manejo de cesantías, que es prácticamente una entidad financiera, que la actora tenía como cargo la de comercial III y que sus actividades están relacionadas con la función que cumple el FNA, sin la misma no es posible que el FNA se extendiera tal como lo dice el contrato entre optimizar y el fondo nacional del ahorro, hasta la ciudad de Riohacha, porque ese servicio era esencial para el que el FNA pudiera expandir sus servicios. Las labores que realizaba la dte no eran ocasionales o temporales son actividades perdurables en el tiempo.

Que por ejemplo la rama para descongestionar no contrato con servicios temporales; que sobre la duración tampoco hubo pronunciamiento consiste en el hecho que los testigos manifestaron de manera clara que la dte continua a la fecha prestando sus servicios para el FNA, que hay una confusión porque la solidaridad no esta circunscrita a los extremos temporales de la relación laboral, es una figura jurídica para cuya probanza se pueden esgrimir varios elementos probatorios, no necesariamente debe limitarse a los extremos temporales , los que solo sirven para efectos liquidatorios, para precisar cuál fue el marco de la relación laboral, que la solidaridad puedo demostrarla por cualquier medio que sea que este establecido en la ley y aquí se probó a través de prueba testimonial que la dte después del contrato suscrito con optimizar continuó trabajando a través de diferentes empresas de servicios temporales, y en esa medida bien podría el señor juez liquidar el contrato por el tiempo fijados en los extremos temporales y por los 5 meses que trabajó la dte, e imponer por lo que corresponda a esos cinco meses, pero que podía haber extendido la solidaridad al FNA y solamente cargarle la obligación solidaria por el marco temporal del cual se desprende la liquidación de prestaciones sociales.

Que no hay ninguna norma que diga que la solidaridad se debe demostrar únicamente partiendo de los extremos temporales de la relación laboral, es una figura jurídica sobre la cual existe libertad probatoria, que es la liquidación que se haga por ese extremos temporal, y el dinero que de ese periodo y otra cosa es la solidaridad porque bien puede ese dinero que corresponde a prestaciones sociales o indemnizaciones solamente por ese marco temporal imponérselo solidariamente en este caso a la empresa usuaria por haber excedido el termino de un año que establece el decreto 4369 de 2006. Que por tanto el principio realidad se sustentaba sobre la necesidad del servicio, y sobre la necesidad o temporalidad del contrato de la dte como trabajadora en misión para el FNA el cual superó el año de servicios.

Que Liberty no debería estar en esta audiencia por las mismas razones que ellos aducen porque la póliza no tiene cobertura para indemnizaciones y esta con posterioridad a la fecha en que inició la relación laboral, que aquí no se esta tergiversando o modificando la demanda porque los jueces también facultades ultra y extra petita en el evento en que se deba reconocer derechos adicionales, por lo que la temporalidad implicaría derechos para la dte.



CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante ZULENA MAVETH LAVERDE BARROS, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta las inconformidades expuestas, que, en síntesis, obedecen para que la indemnización moratoria no se liquide hasta la fecha en que la demandada Optimizar Servicios Temporales S.A. entró en liquidación, sino hasta que se hizo el pago de la misma a la demandante, y por otro lado, para que se accede a la declaración de responsabilidad solidaria entre las convocadas Optimizar Servicios Temporales S.A. y el Fondo Nacional del Ahorro.

En primer lugar, sobre la responsabilidad solidaria entre el Fondo Nacional del Ahorro y la empresa de servicios temporales Optimizar Servicios Temporales S.A., respecto de las condenas proferidas a cargo de la empresa de servicios temporales convocada, desde ya la Sala advierte, que la decisión de absolver a la entidad en tal sentido se confirmará por las razones que a continuación se indicarán:

La jurisprudencia laboral ha expresado que, en los eventos en los que se desborde lo señalado en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 en el marco de la contratación de personal a través de empresas de servicios temporales, procede declarar la existencia de la relación laboral con la empresa usuaria, criterio que se puede consultar en la sentencia con radicado No. 69399 del 15 de agosto de 2018, de igual manera en sentencia SL 3697 de 2020, indicó que la solidaridad en el pago de las acreencias adeudadas como consecuencia de una indebida contratación, opera de conformidad con lo previsto en numeral 3 del artículo 35 del CST, el primer pronunciamiento en mención, señaló en su parte pertinente:



(...)

Por estas razones, las empresas usuarias no pueden acudir fraudulentamente a esta contratación para suplir requerimientos permanentes. De allí que el artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006, les prohíba «prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales», cuando al finalizar el plazo de 6 meses, prorrogable por otros 6, aún subsistan incrementos en la producción o en los servicios.

Al respecto, esta Sala en sentencia CSJ SL17025-2016 adujo que las empresas usuarias no pueden «encubrir una necesidad indefinida en el desarrollo de sus actividades bajo la apariencia de una necesidad temporal, con el objeto de aprovecharse ilimitadamente de los servicios personales» de los trabajadores en misión, tal como ocurriría cuando la contratación no encuadra en ninguna de las causales del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 o cuando exceden el término máximo previsto en el numeral 3.º del precepto citado.

(...)

En concordancia de lo anterior, y teniendo en cuenta que no fue objeto de apelación la calidad de empleadora de las demandantes, la empresa Optimizar Servicios Temporales S.A., conforme los contratos de prestación de servicios N°275 de 2014 y 147 de 2015 entre ésta última y el Fondo Nacional del Ahorro, de los que se aprecia que su objeto social se dirigió a: *“prestación del servicio de una empresa de servicios temporales, que suministre personal en misión, que permita cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del Fondo Nacional del Ahorro”, y, “prestación de servicios de suministro y administración de personal para satisfacer las necesidades de crecimiento y expansión del Fondo Nacional del Ahorro en armonía con el plan nacional de desarrollo y la planeación estratégica 2015-2019”.*

Lo anterior significa que, se encontraba justificado el suministro de personal en misión, por lo menos, para la vigencia de los precitados contratos respecto de los cuales fue posible la contratación de la demandante, puesto que se encontraba dirigido a cubrir aumentos de la producción, en



cumplimiento del objetivo de crecimiento y expansión, para aumentar la cobertura de los servicios por prestados por el FNA, así como incluir nuevos; razón por la cual, la contratación que efectuara OPTIMIZAR de la demandante Zulena Laverde Barros como trabajadora en misión para el FNA, se enmarca dentro de las actividades autorizadas para contratar personal en misión, previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, de lo que se establece que la contratación efectuada por parte de Optimizar de la promotora para que prestara sus servicios como empleada en misión a favor del Fondo Nacional del Ahorro, no transgredió las previsiones de la normatividad legal en mención, toda vez que, la vinculación de la trabajadora, no excedió el término 6 meses, prorrogables por otros 6, autorizados para contratar personal en misión, circunstancia que quedó plenamente determinada en el plenario, además que de una lectura rápida de la demanda puede inferirse igual situación.

Por consiguiente, la contratación de suministro de personal entre Optimizar y el FNA, no vulneró prohibición alguna de las contenidas para las empresas de servicios temporales y usuarias, previstas en la Ley 50 de 1990, por cuanto el objetivo para el cual fue contratada la demandante Laverde Barros, fue para aumentar la producción del FNA, en aras de lograr su objetivo de crecimiento y expansión, sin que se excediera el término máximo de contratación, razón por la cual, no le corresponde al FNA, asumir responsabilidad alguna frente al pago de la indemnización moratoria objeto de condena en este asunto, ya que dicho sea de paso, tampoco fungió como verdadero empleador de la demandante.

Por otro lado, en cuanto a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, de la que el recurrente adolece en el recurso sobre su liquidación hasta la fecha en que la señora Zulena Laverde Barrios recibió el pago de



liquidación de prestaciones sociales, importa recordar que tal sanción en caso de estar demostrado el actuar de mala fe del empleador, debe estudiarse conforme el hecho notorio de que la convocada fue objeto de liquidación judicial por parte de la Superintendencia de Sociedades resaltando sobre el particular que, la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones No. 24107 y 45523, señaló que la limitación a la libre movilidad de recursos de empresas intervenidas constituía una justificación para aplazar los pagos insolutos.

Así las cosas, no habiendo sido objeto de reparo que la relación laboral que unió a la demandante con la demandada Optimizar Servicios Temporales S.A, culminó el 30 de septiembre de 2015, es a partir de esta data y hasta el 22 de noviembre de 2016, que estaría obligada la demandada al pago de la mentada indemnización, es decir, no hasta fecha de inicio del trámite concursal de reorganización, sino hasta la fecha de apertura de la liquidación de la sociedad Optimizar Servicios Temporales S.A.

Por lo anterior, en principio no le asiste razón al recurrente en la solicitud para que la indemnización moratoria se reconozca hasta el momento en que la aseguradora Confianza hizo el pago de la liquidación de prestaciones sociales a la demandante, no obstante, como se indicó antes, el recurso si prospera en cuanto a la tasación de la misma hasta la apertura de la liquidación de Optimizar Servicios Temporales S.A., esto es, el 22 de noviembre de 2016, y no como lo consideró el a quo, hasta el 15 de febrero de igual año, data en la que ocurrió el inicio del proceso de reorganización.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el 15 de febrero de 2016 corresponde al acto de admisión del proceso de reorganización de la referida sociedad



mediante auto 400-002370 por parte de la Superintendencia de Sociedades, es por lo que, cabe indicar que, conforme el capítulo IV de la Ley 1116 de 2006 sobre los efectos del proceso de reorganización, esta etapa no restringe ni impide, se reitera, aplazar los pagos insolutos, y menos a los trabajadores, diferente a los efectos del acto de apertura de la liquidación judicial.

Luego, ante la prosperidad del recurso en tal sentido, se MODIFICARÁ parcialmente el numeral SEGUNDO, literal b) de la sentencia de primera instancia, en el sentido de CONDENAR a la sociedad Optimizar Servicios Temporales S.A. en Liquidación a pagar a favor de la demandante ZULENA MAVETH LAVERDE BARROS la suma de \$24.033.333 por concepto de indemnización por falta de pago, de que trata el artículo 65 del CST.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR parcialmente el numeral **SEGUNDO, literal b)** de la sentencia en el sentido de **CONDENAR** a la sociedad Optimizar Servicios Temporales S.A. en Liquidación a pagar a favor de la demandante **ZULENA MAVETH LAVERDE BARROS** la suma de **\$24.033.333** por concepto de indemnización por falta de pago, de que trata el artículo 65 del CST. conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.



SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 38-2018-0349-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: ELIZABETH ORTEGÓN BOCANEGRA

DEMANDADOS: FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE
COLOMBIA

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por las partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 19 de febrero de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior las partes presentaron escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver los recursos de apelación interpuestos por estas.



ANTECEDENTES

La demandante por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada entre el día 15 de septiembre de 2003 y el 14 de septiembre de 2017; que el mismo fue de manera unilateral y sin justa causa por la demandada; como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la convocada a liquidar y pagar el valor de la indemnización por despido sin justa causa conforme el artículo 4 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1984 y artículo 3 del instrumento de 1983, en la suma de \$35.875.136 y la correspondiente indexación; así mismo, que se liquide y pague el valor de las primas semestrales extralegales de servicios y vacaciones de orden convencional para los años 2013 a 2017; aportes al Sistema de Seguridad Social Integral; que se reliquide el valor de la cesantía definitiva con la inclusión de los conceptos salariales como son las primas extralegales de junio y diciembre y primas de vacaciones, de igual manera, la reliquidación de intereses sobre la cesantía definitiva; reclama el pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, daños morales subjetivos en 100 smlmv, diferencias de los aportes ocasionadas por el pago de primas de vacaciones y primas legales y extralegales, costas y agencias en derecho.

HECHOS

Fundamentó las pretensiones, al manifestar que existió un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada entre el 15 de septiembre de 2003 hasta el 14 de septiembre de 2017, que el mismo fue por escrito, que el



contrato a término fijo fue renovado en varias ocasiones mediante otro si al contrato inicial; que la duración del contrato mutó a indefinido en virtud de lo dispuesto en el parágrafo de la cláusula octava de la Convención Colectiva de Trabajo de 1976 suscrita entre la demandada y SINTRAFEC.

Que dicha cláusula indica sobre la estabilidad laboral y contratos de trabajo que, todo trabajador de contrato a término fijo que cumpliera o hubiere cumplido un (1) año de servicio continuo a las empresas, será vinculado como trabajador permanente con contrato de tiempo indefinido. Que el cargo desempeñado por la actora correspondió al de auxiliar administrativo, en el Comité Departamental de Cafeteros del Tolima, que es una dependencia de la demandada en la ciudad de Ibagué; que el lugar de trabajo fue la ciudad de Chaparral Tolima; que el último salario devengado obedeció a la suma de \$1.391.162; que la Convención Colectiva de Trabajo de 1974, artículo 29 establece el pago de una prima semestral de servicios en el mes de junio de cada año, equivalente a dos salarios mensuales devengados en el mes de mayo, quedado así dos salarios en junio y dos en diciembre.

Que la Convención Colectiva de Trabajo del año 1996 estableció que la prima de vacaciones tiene carácter salarial para la liquidación de prestaciones sociales; que no se le han cancelado las primas de servicios de junio y diciembre y primas de vacaciones de los últimos tres años; que durante los últimos tres años la demandada no liquidó la cesantía anual a 31 de diciembre, incluyendo el salario promedio con las mentadas primas de servicios y vacaciones; que durante los últimos tres años de servicio la demandada no consignó en el fondo de cesantías dichos conceptos; que la actora es beneficiaria de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre la demanda y SINTRAFEC desde 1974 hasta 1998, el laudo arbitral de



1986 conforme a las cláusulas de aplicación y continuidad de prestaciones y derechos.

Que por contar con más de 8 años de servicios al 28 de febrero de 2017, fecha en que ocurrió el retiro del servicio, y ser beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo, tiene derecho al reintegro a su cargo y el pago de la indemnización solicitada en las pretensiones de la demanda, la cual, hasta el momento de la presentación de la demanda no ha sido pagada; que la terminación unilateral y sin justa causa fue comunicada el 8 de agosto de 2017 por parte del Director Ejecutivo del Comité Departamental de Cafeteros del Tolima, que la actora se encontraba afiliada al Sindicato de Trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia – SINTRAFEC, desde el mes de agosto de 2016.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida mediante auto del 30 de julio de 2018 (fl.430 pdf). La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 7 y 8 no aceptó los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó: inexistencia de la obligación; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; prescripción; pago; buena fe; y, compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:



(...)

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR que entre la señora ELIZABETH ORTEGON BOCANEGRA y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia existió un contrato de trabajo vigente entre el 15 de septiembre de 2013 hasta el 14 de septiembre de 2017, que con ocasión de preceptivas de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la entidad empleadora y su organización sindical, mutó al año, de un contrato de trabajo a término fijo a término indefinido, el cual fue terminado de manera unilateral desprovista de justificación por parte del empleador.

SEGUNDO: CONDENAR a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia a pagarle a la demandante ELIZABETH ORTEGÓN BOCANEGRA, las siguientes sumas, por los conceptos que a continuación se indican:

- a. \$43.102835 por concepto de indemnización por terminación de contrato desprovista de justificación.
- b. \$1.946.780 por concepto de reajuste de cesantía
- c. \$467.227 por intereses a las cesantías incluyendo la sanción por el no pago de los mismos.
- d. \$3.772.868 por reajuste de primas extralegales de servicios
- e. \$2.549.802 por reajuste de prima extralegal de vacaciones

Los valores reseñados deberán ser indexados tomando para el efecto el IPC que certifique el DANE, de acuerdo con la fórmula índice final sobre índice inicial por valor histórico, que corresponde al valor de cada condena, igual a valor indexado; que como índice inicial deberá tomarse el correspondiente al mes del mes de septiembre de 2017 y como índice final el del mes en que se verifique el pago por parte de la accionada. Todo lo anterior, conforme lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia a efectuar el pago de la liquidación y pago del reajuste de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones correspondientes a la señora ELIZABETH ORTEGON BOCANEGRA tomando para tal efecto, la sexta parte de la prima extralegal de servicios que corresponde a cada mensualidad y la doceava parte de la prima extralegal de vacaciones, que corresponde a cada mensualidad en



las que efectivamente se causaron. Lo anterior, a entera satisfacción de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, en donde se encuentra la demandante.

CUARTO: ABSOLVER a la accionada de las demás pretensiones incoadas en su contra, particularmente en los que atañe a la indemnización por falta de pago e indemnización de perjuicios morales en particular, conforme lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

Igualmente, esa absolución incluye los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud y al Sistema de Riesgos Laborales.

QUINTO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio el despacho declara la excepción de prescripción, respecto de acreencias laborales causadas en vigencia del contrato en la forma reseñada en la parte motiva de la presente sentencia. Se declaran no probadas las propuestas respecto de las condenas infligidas, y frente a las absoluciones producidas, el Despacho se considera relevado del estudio de las planteadas.

SEXTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandada. En firme la presente providencia, por secretaria practíquese la liquidación incluyendo como agencias en derecho la suma de \$3.500.000 a favor de la demandante.

NOTIFICADOS EN ESTRADOS

El Despacho, por ser procedente, complementa la sentencia en el sentido de precisar con claridad que los reajustes de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones aplican sin el fenómeno de la prescripción, a partir del primer día del segundo año, que es a partir del momento en que se torna indefinido el vínculo contractual laboral de la demandante y hasta la terminación de su relación.

(...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“Sobre la relación laboral y extremos del contrato, señaló que no es objeto de controversia la existencia de una vinculación contractual laboral entre las partes, estableciendo que desarrolló actividades entre el 15 de septiembre de 2013 y el 14 de septiembre de 2017 desempeñándose como auxiliar 1 de oficina percibiendo al



**Proceso Ordinario Laboral 38 – 2018 – 0349 – 01 DTE: ELIZABETH ORTEGON BOCANEGRA
DDO: FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**

momento de su desvinculación de \$1.391.162; que conforme los artículos 16 y 17 de la Convención Colectiva se indicó que la misma será aplicada a todos los trabajadores de la demandada y a todos los almacenes de depósito de café, art 17 continuidad de prestaciones y derechos, que los mismos continuaran en vigencia siempre y cuando no sean modificados por la convención, advierte el juzgado que si bien por regla general las disposiciones convencionales son extensivas a la totalidad de trabajadores de la empresa así no se encuentren afiliados a la organización sindical opera únicamente cuando se pactan en acuerdos colectivos que tiene una mayoría cualificada en la empresa, dentro de ese contexto las organizaciones sindicales minoritarias no tienen la prerrogativa en principio de que los acuerdos que suscriba se extiendan a trabajadores no sindicalizados. Lo anterior no implica que si las partes en el acuerdo colectivo consignan un efecto de esa naturaleza comoquiera que a través de los mecanismos convencionales se pueden mejorar las condiciones legales pues sea admisible que al existir un pacto expreso entre el empleador y el sindicato minoritario los acuerdos convencionales pueden serle extensivos a terceros trabajadores de la empresa, no se aplicaría la extensión legal de esos beneficios sino de la extensión convencional; que la organización sindical que posteriormente se tornó en minoritaria expresamente dispuso la aplicación de beneficios a trabajadores no sindicalizados con unas consecuencias en punto a que quienes de beneficien de la prestaciones o de los beneficios tendrían que pagar una contraprestación a la organización sindical, siendo pertinente destacar que dentro de este contexto a pesar que la accionada señala en su replica que la dte no pagó cuota sindical y que por ello no sería beneficiaria, no hay que pasar por alto que en todo caso el hecho que se beneficiara o que existieran derechos convencionales habilita al empleador para que sin necesidad de autorización del trabajador en forma automática pues proceda a los descuentos correspondientes cabe anotar que el CST es claro al indicar cuales son los descuentos autorizados y cuales son aquellos que no requieren de autorización entre ellos los que no requieren son precisamente los descuentos propios de cuotas sindicales o sanciones disciplinarias de multas o aportes al sistema de seguridad social, y aun en el escenario que la dte no hubiera pagado las cuotas sindicales ello no sería óbice para aplicar beneficios convencionales pactados expresamente extensivos a trabajadores no sindicalizados, y la dte a pesar de no estar afiliada al sindicato era beneficiaria de las convenciones colectivas aunado a que tales prerrogativas no fueron derogadas o modificadas expresamente en acuerdos extralegales o convencionales posteriores, llega a la conclusión que a pesar que la convención se hubiera pactado con una organización minoritaria, al expresamente disponerse su extensión a terceros no afiliados, trabajadores de la empresa era viable aplicar los beneficios convencionales respectivos. Esclarecido lo anterior, sobre la declaración de existencia de un contrato de trabajo que mutó por disposiciones convencionales en un contrato de duración indefinida cambiando la naturaleza del nexo que inicialmente era a término fijo que es lo que está acreditado en el proceso; que la cláusula octava de la convención colectiva de trabajo de 1976 suscrita entre la demandada y sintrafec, que luego un año de servicio pues mutaría el contrato de trabajo y se sometería a las reglas de los contratos de duración indefinida, que el art 40 de la convención colectiva de 1974 establece en el párrafo primero que, todo trabajador de contrato a término fijo que hubiere cumplido un año de servicio continuo al empleador, será vinculado como trabajador permanente con contrato de trabajo a término indefinido y en el párrafo segundo, se precisa que ese artículo regula íntegramente las materias sobre indemnización por despido sin justa causa y por lo tanto deroga lo dispuesto en convenciones o laudos anteriores, norma que si bien sufrió modificaciones con posterioridad advierte el despacho que en la cláusula octava de la convención de 1976 se suprimió el párrafo segundo quedando



**Proceso Ordinario Laboral 38 – 2018 – 0349 – 01 DTE: ELIZABETH ORTEGON BOCANEGRA
DDO: FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**

un parágrafo único que es precisamente el que todo trabajador de contrato a término fijo que hubiere cumplido un año de servicios continuos a la empresa será vinculado como trabajador permanente con contrato de término indefinido y en las convenciones posteriores, la de 1980, 1982, 1984 simplemente se hace una modificación parcial a la reglamentación correspondiente sin consignar expresamente que esas disposiciones derogaban expresamente normas o beneficios convencionales anteriores, en este escenario no se puede deducir que haya operado una derogatoria tácita cuando al principio de su vinculación pues las partes expresamente señalaban qué disposiciones quedaban derogadas o no, excluyendo por esa vía las derogatorias tácitas de beneficios convencionales, en este contexto se encuentra acreditado que: la dte era beneficiaria de las convenciones colectivas de trabajo por extensión a pesar de lo sostenido por la accionada frente a que se trataba de una organización sindical minoritaria, que adicionalmente por esta vía le era aplicable lo previsto sobre la vinculación a término fijo sería solo por un año y que a partir de ese año mutaría en un contrato a término indefinido y por lo mismo, debe llegarse a la conclusión de que la vinculación laboral de la dte queda sometida a las reglas de duración indefinida; que conforme con la sentencia de la Corte del 22 de julio de 2008 radicación 35135 en la que se hace el estudio de un caso similar para llegar a la misma conclusión a la que arriba el juzgado, y en consecuencia al tratarse de un contrato a término indefinido o era dable para la accionada, así fuera con la antelación debida darle el tratamiento para efectos de finalizar el contrato como uno a término fijo, y entiende el despacho que operó una terminación del vínculo contractual laboral de manera unilateral por parte del empleador sin una justificación lo que amerita el reconocimiento de la indemnización por terminación del contrato sin justa causa en los términos de las indemnizaciones convencionales.

Que frente a la incidencia salarial o no las eventuales primas de servicios extralegales y la prima de vacaciones extralegal que se reclaman en el libelo introductorio pues evidentemente es sí a la conclusión a la que se arriba que estos valores inciden en el ingreso base de liquidación de salarios, prestaciones e indemnizaciones pues ello implica que deba tomarse un valor distinto al de la liquidación de acreencias laborales de la accionante, en este contexto previamente a resolver sobre las primas convencionales y la prima extralegal de vacaciones, la demandada propuso la excepción de prescripción.

Con relación a la prescripción no obra prueba que la parte actora presentara reclamación extrajudicial en relación con el reconocimiento de acreencias laborales con el fin de interrumpir extrajudicialmente el fenómeno prescriptivo, por lo que se entiende que será con la presentación de la demanda que opera la misma, lo que ocurrió el 26 de junio de 2018 como se advierte del acta individual de reparto a folio 426, por lo que las acreencias laborales causadas con anterioridad a al 26 de junio de 2015 se encuentran prescritas con excepción de las cesantías sobre las cuales el término cuenta a partir de la finalización del contrato de trabajo; y en relación con las prestaciones económicas respecto de las cuales se cuentan con un año adicional por que el trabajador tiene un año para reclamarlas.

Primas de servicios extralegales, no se evidencia que a la dte le hayan sido canceladas primas de servicios salvo para el año 2017, valor que fue incluido en la liquidación de prestaciones sociales a folio 44, generada con ocasión a la terminación del contrato en donde se evidencian pagos por concepto de primas de servicios legal y extralegal de \$857.833 y de \$285.961 respectivamente, en igual sentido en las nominas que obran en el plenario que esos pagos fueron realizados.

El artículo 29 de la convención colectiva de 1969 establece que el empleador pagará por concepto de primas de servicios que incluye la legal y la extralegal un sueldo los



**Proceso Ordinario Laboral 38 – 2018 – 0349 – 01 DTE: ELIZABETH ORTEGON BOCANEGRA
DDO: FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**

primeros quince días junio y dos sueldos antes del 15 de diciembre a todos los trabajadores que hayan laborado todo el semestre anterior y proporcionalmente al tiempo servido, el salario base para liquidar en forma global es la asignación mensual del trabajador en el mes de mayo o en el mes de noviembre de cada año, tienen derecho a esta prestación los trabajadores con contrato de tiempo indefinido, los trabajadores con contrato por obra determinada y los trabajadores con contrato a término fijo gozaran de esta prestación siempre y cuando hayan laborado el semestre completo; que sobre esta prestación en la convención de 1974 se precisó que adicionalmente las empresas pagaran a todos los trabajadores por concepto de prima de servicio 20 días más de salario en la prima semestral de junio quedando en consecuencia dos meses de salario básico, prima de antigüedad y recargos nocturnos en junio, y dos meses de salario en diciembre, que dichos pagos se harán de acuerdo con las normas vigentes de las empresas para esta prestación social, tendrá vigencia a partir del 1 de septiembre de 1974.

Que se tiene que los trabajadores de la accionada tienen derecho a estas primas semestrales extralegales en la forma prevista en la convención colectiva de trabajo y particularmente en la forma de la convención de 1974 y pues la dte tiene derecho a esta prerrogativa pues era beneficiaria de la convención colectiva de trabajo, su contrato se predica a término indefinido, y en todo caso los beneficios convencionales le fueron extendidos por acuerdo expreso entre la empresa y la organización sindical. Que conforme lo anterior las primas extralegales de servicios de 2014 y anterior se encuentran prescritas, que las del año 2017 se encuentran debidamente sufragadas quedando entonces pendientes de pago las causadas en los años 2015 y 2016 y verificadas las operaciones aritméticas de rigor por el 2015 corresponde por prima extralegal de servicios la suma de \$1.822.641 y por el año 2016 \$1.950.227 para un total de \$3.772.868.

Sobre las primas de vacaciones en la convención colectiva de 1965 en el art 30 se regula el reconocimiento de esta prestación señalándose que el empleador pagará a sus trabajadores con contrato a término indefinido una prima al momento de disfrutar las vacaciones en la forma allí prevista, 20% del salario mensual para el primer periodo, 30% para el segundo, 45% para el tercero, 60% para el cuarto, 75% para el quinto, y de allí en adelante el 90% de un salario mensual del sexto periodo en adelante, en este contexto pues encuentra que efectivamente la dte tiene derecho a la prima de vacaciones, atendiendo el cambio de la naturaleza jurídica de su contrato de trabajo y que evidentemente se causaba con ocasión de la causación misma de los periodos de vacaciones, luego teniendo en cuenta los periodos correspondientes, no se encuentran afectados por el fenómeno prescriptivo, se tiene que la prima de vacaciones equivalente al 90% del salario para el año 2014 corresponde a \$1.051.220,70, año 2015 \$1.093.584,60, 2016 \$1.170.135,90, para el año 2017 \$1.252.045,80, para un total de \$4.566.987, como quiera que en la liquidación definitiva por este concepto se paga la suma de \$2.017.185, procede la condena por la diferencia por la suma de \$2.549.802.

Conforme lo anterior, se solicita el reajuste de cesantías e intereses de cesantías, teniendo en cuenta para el efecto la incidencia salarial de las primas extralegales de servicios y de las primas extralegales de vacaciones; para lo cual indica el juzgado que no se advierte que respecto de estos conceptos de naturaleza extralegal se haya pactado expresamente por el empleador y la organización sindical que no tuvieran connotación salarial o que se les hubiera restado la incidencia salarial en los términos que establece el CST, por lo que concluye que las primas extralegales de servicios y la prima extralegal de vacaciones, tienen incidencia en la liquidación de acreencias prestacionales, como cesantías.



**Proceso Ordinario Laboral 38 – 2018 – 0349 – 01 DTE: ELIZABETH ORTEGON BOCANEGRA
DDO: FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**

Precisa que la incidencia de estas primas tiene estricta relación con los periodos de causación, entonces las primas extralegales de servicios tienen causación cada 6 meses y en consecuencia su incidencia salarial corresponde a una sexta parte del valor que se sufraga, y las primas de vacaciones tienen incidencia salarial equivalente a una doceava parte del valor de la prima correspondiente, que hechas las operaciones para cada anualidad, procede el reajuste de las cesantías y el de los intereses y así se advierten diferencias adeudadas por concepto de cesantías, intereses de cesantías por valor de \$1.946.780, en relación con las cesantías causadas los últimos tres años y en relación con los intereses a las cesantías \$233.614 que en la medida que no fueron sufragados implican el pago de una sanción equivalente al 100% del valor, que en suma por intereses de cesantías, incluida la sanción por no pago corresponde a la suma de \$467.227.

Que respecto a la terminación del contrato por desvinculación unilateral del empleador desprovista de justificación, tomando en cuenta la incidencia salarial de la sexta parte de la prima de servicios y de la doceava parte de la prima de vacaciones encuentra el despacho que el salario base de la liquidación de la indemnización asciende a \$1.959.219,82, que por el tiempo laborado que asciende a 14 años exactos y a una tasa de 62 días por el primer año, y 46 días por el año siguiente y proporcional por fracción del año arroja un total de 660 días que da una indemnización de \$43.102.835,97.

Se solicita la indemnización moratoria del art 65 del CST, que la demandada no acreditó que a la finalización del vínculo haya cancelado la totalidad de prestaciones sociales convencionales, como son las diferencias que se han deducido en juicio de las primas extralegales de servicios y de vacaciones, sin embargo, la accionada plantea razonamientos jurídicos válidos aun cuando no lo comparte el despacho, que si bien es cierto no la eximen de pago de las diferencias y las condenas que se han deducido en juicio si logran ubicarla dentro de la órbita de la buena fe eximente de la sanción ya que no se advierte que el incumplimiento de las disposiciones convencionales hubiesen obedecido al ánimo específico de la empresa de causarle un perjuicio a la demandante en el marco de una vinculación laboral de 14 años, sino que deviene de una interpretación jurídica que el despacho no comparte pero que en todo caso si la ubica dentro de la órbita de la buena fe, eximente de la sanción y es por ello que en este escenario no se condenará condena por concepto de indemnización por falta de pago por esa indemnización.

Como quiera que se solicita la indexación y no procede la condena de la sanción moratoria, considera el despacho que procede la indexación de los valores a los que se ha condenado.

Sobre la solicitud de aportes al sistema de seguridad social, precisando que los referidos a los sistemas de salud y riesgos laborales, su consecuencia es que el empleador asume las contingencias o el valor de las diferencias prestacionales que en su momento de causen, que diferente es con pensiones, por lo que no procede condenar por concepto de diferencias de aportes al sistema de seguridad social en salud ni al sistema de riesgos laborales, no así respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, donde no opera el fenómeno prescriptivo, y que si bien es cierto las eventuales primas de vacaciones y de servicios causadas con anterioridad al año 2014, no tienen vocación de prosperidad, no lo es menos que ellas si inciden o tienen la incidencia como factor salarial para determinar el ibc de la dte, por lo que condenará al reajuste de los aportes al sistema general de pensiones causados en vigencia de la relación laboral de la dte incluyendo en las mensualidades respectivas la incidencia de las 12 partes de la prima de vacaciones y de la 6 parte de la prima de servicios extralegal que le correspondía en vigencia del vínculo contractual laboral.



**Proceso Ordinario Laboral 38 – 2018 – 0349 – 01 DTE: ELIZABETH ORTEGON BOCANEGRA
DDO: FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**

Sobre los perjuicios morales, los mismos no se acredita, o que haya sufrido perjuicios adicionales a aquellos que se compensan con la indemnización legalmente tarifada por el despido sin justa causa, además que al disponerse el pago de los valores indexados de los valores insolutos cualquier eventual daño queda subsumido en el pago correspondiente, absolverá.

Excepciones. Declara probada la de prescripción en la forma antes señalada, antes del 26 de junio de 2015. Costas a cargo de la demandada, inclúyase como agencias en derecho la suma de \$3.500.000 a favor de la dte.

APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

“Interpone recurso de apelación en contra de lo dispuesto en el numeral 4 de la parte resolutive en lo relacionado a la condena por la indemnización moratoria del art 65 del CST, a fin de que sea revocada por el Tribunal Superior de Bogotá y como consecuencia se acceda a la condena.

Que la inconformidad se sustenta en que la demandada viene siendo condenada por este hecho durante más de 20 años, que de hecho la sentencia que tomó el juzgado para efectos de establecer los beneficios de la convención colectiva de trabajo es del año 2008, es decir que, para el momento en que se termina la relación laboral de la dte con la entidad, es claro por la Corte Suprema de Justicia que estos pagos tienen incidencia salarial, entonces no se entiende de donde se pueda abonar la buena fe de la entidad cuando ya durante más de 20 años viene siendo condenada la entidad de manera reiterativa a este pago y a la indemnización de carácter moratorio por cuanto que es notorio que existe omisión en el cumplimiento de una obligación legal y convencional por parte de la entidad demandada, que en el mismo alegato se reiteró una sentencia de la Dra. Jimena Godoy del año 2020 donde retomó las distintas sentencias emitidas por la Corte y donde se ha indicado en las ultimas sentencias que son doctrina probable por la cantidad de sentencias que continuamente se vienen emitiendo contra la Federación en relación con estos factores salariales, por tanto es evidente que existe la mala fe por el incumplimiento de normas de carácter legal y convencional por la demandada al seguir omitiendo el pago de estas prestaciones a favor de los trabajadores, dejo sustentado el derecho de apelación y me reservo el derecho de ampliarlo en el Tribunal.”

PARTE DEMANDADA

“Interpongo recurso de apelación en contra de la decisión dentro de la órbita del mayor respeto posible.

Como primer punto, advierte que solicita a la segunda instancia es la revocatoria integral de las condenas impuestas en contra de la demandada, se procede a exponer lo siguiente:

No se comparte la intelección realizada por el juzgado en cuanto a que la aplicación de las convenciones colectivas suscritas entre la demandada y sintrafec se extiendan a la actora, en sustento de tal afirmación, pongo de presente que en los instrumentos colectivos generados con posterioridad a la cláusula invocada y declarada por el juzgado tanto empleador como sindicato han sido consecuentes en plantear



**Proceso Ordinario Laboral 38 – 2018 – 0349 – 01 DTE: ELIZABETH ORTEGON BOCANEGRA
DDO: FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**

expresamente una serie de requisitos establecidos para la aplicación de los beneficios convencionales y precisamente esos requisitos a los que hago alusión se refieren a las retenciones que se deben realizar en favor del sindicato, tal establecimiento de requisito, tales condiciones se pueden desprender, se pueden advertir puntualmente en clausulados, en apartes como por ejemplo el art 14 de la convención de 1988, el artículo 16 de la convención de 1990, el art 7 de la convención suscrita de 1992, art 8 de la convención de 1994, cláusula 11 de la convención de 1996 y el art 9 de la convención de 1998, reitero, en todos estos apartes se establece como condición para la aplicación de cualquier beneficio de orden convencional la consecuente retención en favor del sindicato establecida en ese clausulado, valga la pena mencionar que una interpretación distinta podría entenderse como una desnaturalización del derecho a la asociación sindical que le asiste a todo trabajador.

En cuanto a la interpretación del juzgado en que se dan las condiciones para que el contrato de trabajo de la dte haya mutado a uno a término indefinido, valga la pena mencionar lo siguiente: que si bien se advierte que en la convención colectiva suscrita en 1976 se pretendió regular tal aspecto concretamente en la cláusula atinente a estabilidad laboral resulta posible advertir que en ese ejercicio de la libre composición realizado entre las partes al interior de las convenciones, estas modificaron de la cláusula y concretamente eliminó del parágrafo que contempla la mutación de los contratos a término fijo en contratos a término indefinido, y en ese orden de ideas en la subsiguiente convención colectiva del año de 1978 se reguló integralmente en el artículo 3 el tema sobre la estabilidad laboral, en esa convención se incrementaron las tablas de indemnizaciones y se incrementaron una serie de beneficios, de prerrogativas concedidas a los trabajadores, pero en esa regulación integral por intermedio de una norma posterior las partes de común acuerdo pactaron no incluir ese parágrafo relativo a la modificación de la naturaleza de los contratos de trabajo que inicialmente eran pactados a término fijo y en ese orden de ideas bajo ninguna circunstancia se puede advertir o considerar que la cláusula convencional se encontraba vigente y aplica para el caso de la señora Ortégón.

La Corte Suprema de Justicia ha avalado tal postura en la sentencia SL6231 del año 2016 con radicado 42219, en donde se efectúa el análisis que defiendo en cuanto a que la cláusula no se encontraba vigente en virtud de la modificación de la cual fue objeto del principio de autocomposición de las partes en la negociación colectiva.

Si por alguna circunstancia no se revoca el fallo, sin que esto implique aceptación alguna, hago un llamado para que la sentencia sea modificada o modulada, en el sentido que el juez estableció la naturaleza salarial de las primas extralegales de servicio y de las primas de vacaciones que concedió, no obstante, las mismas son susceptibles de ser pactadas como no constitutivas de salario, lo cual en efecto aconteció para el caso del contrato de la dte, no sobra recordar que las partes en el contrato, y concretamente en la cláusula segunda del mismo, establecieron la naturaleza extra salarial de dichos emolumentos cuando se fijó lo siguiente: cualquier otra remuneración de carácter extralegal o ingreso con motivo de este contrato, sea cual fuere su denominación, prima o auxilio, no constituye salario y por lo tanto no se tendrá en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales, y en ese orden de ideas debe tenerse en cuenta tal clausulado como un pacto de exclusión salarial respecto de dichos emolumentos perfectamente válido y plausible en la legislación laboral colombiana y por lo tanto las condenas en el hipotético caso que se proceda a una confirmación deben ser modificadas ya que dichos emolumentos no pueden ser tenidos en cuenta para liquidar el ibc y demás parámetros establecidos, en ese orden de ideas se deja planteado el recurso de apelación, se suplica a la segunda instancia que tenga en cuenta temas atinentes en cuanto a la extensión colectiva a la totalidad



de los trabajadores de la federación nacional de cafeteros que han sido desarrollados ante la jurisdicción constitucional y que se han consignado en sentencias como la T-717 del año 2002 en donde se plantean reparos a la extensión de la convención colectiva, temas atinentes a los descuentos para aquellos que pretenden beneficiarse de una convención colectiva y se plantean temas que han sido incluso promovidos por el mismo sindicato en cuanto extensión de la convención colectiva a la totalidad de los trabajadores de la federación nacional de cafeteros, en los anteriores términos de lo planteado el recurso de apelación, solicitando una revocatoria total de las condenas impuestas y en su defecto la modificación de las mismas.”

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá los recursos de apelación interpuestos por las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta la inconformidad, que, en síntesis, obedece por parte de la demandante, por la no condena a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST; y por parte de la demandada, primero, sobre la extensión de la convención colectiva y sus beneficios a la demandante, especificando la falta de retenciones por cuotas sindicales en este caso; segundo, sobre la improcedencia para que el contrato de trabajo suscrito con la actora mutara de término fijo a indefinido, y tercero, para que en caso que se confirme la sentencia, esta sea modificada en el sentido de no tener como factor salarial lo relativo a las primas extralegales de servicio y primas de vacaciones.

Sea lo primero advertir que, por razones de estricto orden metodológico previamente se abordará el estudio del recurso formulado por la parte demandada.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral, se ha pronunciado sobre el particular y ha mantenido vigente su postura frente a la extensión de los beneficios convencionales a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, sin que para ello, como lo refiere el recurrente,



sea necesario previamente la afiliación a la organización sindical, situación que trae consigo la falta del requisito alegado por el apelante sobre la acreditación de la retenciones en favor del sindicato, tal como se precisó en la sentencia del 22 de julio de 2009, radicación 35134, M.P. Camilo Tarquino Gallego, oportunidad en la que se analizó la vigencia del artículo 14 del instrumento del año 1988, entre otros mencionados en el recurso, como pasa a citarse:

(...)

El núcleo de la controversia, esencialmente, lo ubica el impugnante en establecer si la cláusula 27 de la convención colectiva de trabajo, vigente entre 1982 y 1984, suscrita entre la demandada y su sindicato de trabajadores, que consagra la extensión de los beneficios allí estipulados a “todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros y de los Almacenes Generales de Depósito de Café S.A.” (fl. 110), desapareció, debido a que en el texto de la de 1988 “solo quedó la parte final sobre la retención de cuotas de beneficio en la cláusula 14 (f.55), en la cual se remitió puntualmente a la ley”, puesto que, como efecto de lo anterior, al tratarse de un sindicato minoritario, era necesario que quien no perteneciera a esta organización, como es el caso de JAIRO ENRIQUE ALMANZA, se adhiriera y pagara las cuotas para acceder a los beneficios convencionales.

Antes de examinar las pruebas relacionadas con el tema a dilucidar, conviene recordar que el campo de aplicación de la convención colectiva de trabajo, se encuentra regulado por los artículos 470 y 471 del Código Sustantivo del Trabajo; sin embargo, no escapa a la regla de la autonomía que tienen las partes para obligarse mediante la suscripción de un contrato, y de la connotación de ley que para las partes adquiere el convenio una vez formalizado; mucho más si, como en el ámbito del derecho laboral, lo pactado resulta favorable a los trabajadores respecto de lo que hay consignado en la legislación del trabajo, pues, ello consulta el espíritu del artículo 13 de la misma obra, y el 53 de la Constitución Política, de suerte que, es perfectamente lícito pactar que los beneficios convencionales se hagan extensivos a todos los trabajadores de la empresa. Ante esta estipulación en el clausulado de la convención, no es necesario indagar si quien pide que se



**Proceso Ordinario Laboral 38 – 2018 – 0349 – 01 DTE: ELIZABETH ORTEGON BOCANEGRA
DDO: FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**

le conceda determinado beneficio, es o no afiliado al sindicato, o si éste es mayoritario ó minoritario, pues, se repite, la única condición para ser sujeto de la aplicación de lo convenido, es pertenecer a la empresa.

Pues bien, el problema jurídico cuya solución aborda ahora la Corte, ha sido objeto de no pocos pronunciamientos, y se ha analizado desde varias de las perspectivas jurídicamente posibles, cuando de aplicar las convenciones que han suscrito Sintrafec y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA se trata. Es así, como en punto a la vigencia de la cláusula 27 de la que fue suscrita el 15 de julio de 1982, frente al artículo 14 del convenio colectivo celebrado el 29 de abril de de 1988, en sentencia de 12 de mayo de 2005, que es el ejercicio que propone el recurrente, dijo la Corte:

“La impugnación le echa en cara al juez de la alzada haber cometido el error de hecho de dar por establecido, sin estarlo, que el literal e) del artículo 3 y el 27 de la convención colectiva de trabajo celebrada para el período 1982-1984 estaban vigentes para todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros, sean o no sindicalizados. Y, al aplicarse a la tarea de la demostración de esa desviación en el entendimiento de la situación fáctica, planteó, esencialmente, que el mandato convencional que hacía aplicable sus disposiciones a todos los trabajadores de la demandada dejó de regir, en razón de que el sindicato, a partir de 1988, pasó a ser minoritario, por manera que la convención colectiva de trabajo sólo cobijaba a los sindicalizados o los que se adhirieran al acuerdo colectivo.

Por consiguiente, el juez de la alzada no incurrió en un desacierto fáctico al resolver la controversia con fundamento en el artículo 27 de la Convención Colectiva de Trabajo 1982-1984 que prescribía que las disposiciones de ésta eran aplicables a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, dado que no aparece demostrado que el texto aludido hubiese sido derogado por norma convencional posterior.

Conviene señalar que la aplicación de una convención colectiva de trabajo, en la hipótesis en que la misma disponga su extensión a todos los trabajadores de la empresa que la firmó, no puede quedar supeditada a la afiliación del beneficiario al sindicato o a los aportes que éste deba sufragar por el hecho de resultar favorecido con las cláusulas de aquélla. Criterio que es el de la Sala, registrado en sentencia de 28 de noviembre de 1994, en la que se proclamó:



"De otra parte, si bien es cierto que la aplicabilidad de una convención colectiva no se presume, también lo es que la prueba en estos casos no es solemne y si alguna de sus cláusulas ordena que se aplique a todos los trabajadores, tal estipulación es válida, con las precisiones hechas anteriormente, y acredita su extensión a ellos, sin que sea procedente exigir la demostración de la afiliación al sindicato, o de los descuentos sindicales o de las demás circunstancias que echó de menos la doctrina del Tribunal que se rectifica. En tales eventos quien alegue la inaplicación del convenio a un trabajador, deberá probar que con arreglo al mismo o a la ley, éste está excluido.

"En suma, no es dable confundir, como lo hizo la decisión mayoritaria del Tribunal, los casos en que la aplicabilidad de la convención es procedente por mandato legal ineludible, con la que se impone por haberlo dispuesto el propio convenio y siempre que con ello no contravenga ordenamientos legales que expresamente lo prohíban" (Sentencia de 28 de noviembre de 1994, Rad. 6962).

Es, precisamente, la distinción que se anotó en la doctrina expresada la que lleva a sostener que el Tribunal con su actuación no incurrió en un desacierto al no apreciar los documentos que acreditan el carácter minoritario del sindicato de trabajadores, de suerte que no violó marco normativo alguno, como lo pretende la censura. Los artículos 37 y 38 del Decreto 2351 de 1965 constituyen el mínimo que es dable superar en virtud del contrato de trabajo, de la convención colectiva de trabajo, del pacto colectivo de trabajo o, incluso, unilateralmente por el empleador, que fue lo acaecido, en efecto, en el caso de autos.

Y tal doctrina también permite entender que la disposición convencional que extendió sus beneficios a todos los trabajadores de la enjuiciada no perdió su vigor por el simple hecho de que en una convención colectiva de trabajo celebrada tiempo después prescriba que los descuentos al sindicato se harán de acuerdo con la ley".(Rad. 24197).

Lo considerado por la Corte con ocasión de la contención definida en el fallo parcialmente transcrito, reiterado el 2 de noviembre de 2006 (27459), y 9 de noviembre de 2007 (31556), entre otros, coincide plenamente con los supuestos fácticos sobre los cuales el Tribunal edificó su decisión, y como nada distinto se observa en la argumentación desplegada en la sustentación del recurso extraordinario, la decisión que habrá de adoptarse no puede ser diferente.



Es así porque los dos primeros errores de hecho y el 4º, que son los que verdaderamente importaría verificar, involucran el estudio de las mismas probanzas que en aquella pretérita ocasión la Corporación analizó, como son los artículos 27 (fl.110) de la convención colectiva correspondiente al bienio 1982-1984, y 14 (fl. 55) de la vigente entre 1988 y 1990. En ese orden, a nada conduce establecer si la organización sindical denominada Sintrafec es minoritaria, o si el trabajador estaba afiliado al sindicato, pues, en cualquier escenario, era beneficiario de lo estipulado en la cláusula 3ª del primero de los mencionados convenios colectivos, que consagra el derecho al reintegro del trabajador injustamente despedido, con más de 8 años de servicio.

Aunado a lo anterior, la cláusula 31 de la Convención Colectiva de Trabajo es clara en indicar que: *“La presente convención colectiva de trabajo será aplicada a todos los trabajadores de las EMPRESAS, en las condiciones y términos aquí indicados. A los trabajadores no sindicalizados que se benefician total o parcialmente de la contratación colectiva se les harán co destino a SINTRAFEC las retenciones que autoriza la ley y esta convención”,* (fl.138), es decir, que es el mismo instrumento convencional el que establece su extensión, y contrario a lo manifestado por el apoderado de la demandada, nada impide a que la demandante le sean extendidos los beneficios convencionales, y en tal orden de ideas la sentencia de primera instancia se confirmara en ese aspecto.

Por otro lado, en cuanto a la mutación de la duración del contrato de trabajo suscrito con la demandante a término fijo, y que luego de ser pretendido en la demanda, en primera instancia se consideró que el mismo se tornaba a término indefinido, en virtud de lo establecido en el parágrafo de la cláusula octava de la Convención Colectiva de Trabajo del año 1976, desde ya considera la Sala que le asiste razón al recurrente en este aspecto por lo siguiente:



La demandante insiste en que es beneficiaria de las diferentes convenciones colectivas de trabajo suscritas al interior de la demandada, lo cual como quedó visto, no hay duda de que en efecto así es, sin embargo, frente a los efectos del párrafo de la cláusula octava que trata de la estabilidad laboral y de los contratos de trabajo, debe anotarse lo siguiente, previa cita de esa norma:

“En caso de terminación unilateral de los contratos de trabajo sin justa causa, por parte del patrono, éste pagará al trabajador la siguiente indemnización según el tiempo de servicios (...)

No obstante, la parte que hace resaltar la parte actora tiene que ver con párrafo de ese mismo artículo, el cual señala:

“Parágrafo. Todo trabajador de contrato a término fijo que cumpliera o hubiere cumplido un (1) año de servicio continuo a las EMPRESAS, será vinculado como trabajador permanente con contrato de tiempo indefinido.”

Ahora bien, la norma convencional antes mencionada, entraña un problema jurídico que es constante en controversias como la que ocupa la atención de la Sala, y es lo relacionado con la vigencia de las mismas, criterio sobre el particular que advierte esta Sala, acoge lo decantado por la Corte Suprema de Justicia, especialmente en la sentencia del 11 de mayo del año 2016 SL6231-2016 con radicación 42219, y con base en este pronunciamiento es que el Tribunal guiará la decisión.

Descendiendo en el caso propuesto, respecto de la cláusula 8° del acuerdo convencional del año 1976, la Corte en la mentada sentencia, se percató que, el acuerdo sindical del año 1978 había modificado la cláusula sobre estabilidad laboral del año 1976 y citada antes, lo que significa que, a partir de ésta última, ya no era posible que, los contratos de trabajo suscritos a



término fijo, como fue el caso de la promotora, simplemente por el paso del tiempo, - un (1) año -, pasaran a serlo por tiempo indefinido.

Sea oportuno destacar, que conforme el criterio jurisprudencial bajo el cual se avanza en el estudio del recurso de apelación, por partir esa decisión de situaciones fácticas similares a las de la demanda de la actora, se tiene que, si en una nueva convención o instrumento sindical es objeto de regulación o modificación una disposición ya contenida en la anterior, pero se deja de lado ciertos beneficios o simplemente no se vuelven a contener en el nuevo acuerdo, quiere decir ello que, fue voluntad de las partes excluirlo.

Es claro entonces, que la convención colectiva suscrita para el año 1978 ya no fue contentiva del precitado parágrafo del cual deriva las suplicas de la demanda la interesada, acuerdo a partir del cual, ya era posible el reintegro a los trabajadores que cumplieran 8 años continuos de servicios, y que fueran despedidos sin justa causa.

En gracia de discusión, con respeto a este beneficio que permite el reintegro, en el caso de la demandante se observa que, dicha prerrogativa convencional ya no le era aplicable, toda vez que, por un lado, el mismo acuerdo convencional que le había dado esa posibilidad, por otro, le sustraía del presupuesto o condición indispensable para acceder al primero, puesto que, quedó despojado de la posibilidad que su contrato a término fijo mutara a uno de duración indefinida, puesto que el parágrafo de la cláusula 8° del instrumento del año 1976 ya no fue insertado para 1978, de todas maneras, en el presente asunto no fue solicitado el reintegro, y en su lugar, lo que se pretende es el pago de la correspondiente indemnización por despido injusto.



Lo decantado hasta aquí, permite dilucidar la imperiosa necesidad que la decisión de primer grado sea modificada parcialmente en lo pertinente a la mutación del contrato de término fijo a indefinido, y, en consecuencia, al no configurarse el despido sin justa causa deberá absolverse a la demandada de la correspondiente indemnización.

Así las cosas, el numeral PRIMERO de la sentencia se modificará parcialmente en el sentido de declarar que entre la demandante y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia existió un contrato de trabajo a término fijo vigente entre el 15 de septiembre de 2013 hasta el 14 de septiembre de 2017; de igual manera, el numeral SEGUNDO se revocará parcialmente, el sentido de absolver a la demandada del pago de la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, dispuesto en el literal a) de ese numeral.

En concordancia con lo anterior, en lo pertinente y en lo que interesa al caso, la Corte en la sentencia del 11 de mayo de 2016, dijo:

(...)

La disconformidad de la recurrente con el acto jurisdiccional controvertido gira alrededor de dos pilares: a) que en virtud de la convención colectiva de trabajo el contrato de trabajo a término fijo mutó su naturaleza a indefinido, y b) que, en consecuencia, tiene derecho a ser reintegrada.

Para resolver lo planteado en los cargos, es menester traer a colación los apartes pertinentes de los diferentes acuerdos colectivos de trabajo:

-La cláusula octava de Convención colectiva de 1976, dispone:

«ESTABILIDAD LABORAL Y CONTRATOS DE TRABAJO



**Proceso Ordinario Laboral 38 – 2018 – 0349 – 01 DTE: ELIZABETH ORTEGON BOCANEGRA
DDO: FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**

En caso de terminación unilateral de contratos de trabajo sin justa causa, por parte del patrono, éste pagará al trabajador la siguiente indemnización según el tiempo de servicios (...)

PARAGRAFO.: Todo trabajador de contrato a Término Fijo que cumpliera o hubiere cumplido un (1) año de servicio continuó (sic) será vinculado como trabajador permanente con contrato de Tiempo Indefinido» (fl.242)

Por su parte los artículos 3º y 30 de la Convención Colectiva de 1978, prevén en su orden:

«Artículo 3º.- ESTABILIDAD LABORAL.

En caso de terminación unilateral de los contratos de trabajo sin justa causa, por parte del Patrono, éste pagará al trabajador las siguientes indemnizaciones según el tiempo se servicio (...)» (fl. 200).

«Artículo 30.- CONTINUIDAD DE PRESTACIONES Y DERECHOS.

Los derechos, las prestaciones legales y extralegales del trabajador y de Sintrafec, que las Empresas están reconociendo y pagando, respectivamente, en los momentos de firmarse la presente convención, continuarán en vigencia siempre y cuando no sean modificados por esta Convención (...)» (fl. 218).

*Pues bien, una vez analizadas de manera individual y en conjunto las cláusulas convencionales transcritas, en sentir de la Corporación el acuerdo colectivo suscrito en el año 1978, **modificó** la cláusula sobre estabilidad estatuida en la convención colectiva de trabajo de 1976, es decir, eliminó la posibilidad de que los contratos de trabajo a término fijo pudiesen mutar a indefinido.*

Repárese en que en la convención colectiva de trabajo de 1978 no solo incrementó la tabla de indemnización para los casos de terminación unilateral de los contratos de trabajo sin justa causa, por parte del empleador, sino que consagró la posibilidad del reintegro para los trabajadores despedidos sin justedad alguna luego de 8 años de servicios.

Por manera que esta última disposición es el resultado del querer de los protagonistas sociales que, en virtud, del principio de autocomposición acudieron a un proceso de negociación colectiva y que estimaron excluir del acuerdo final suscrito en el año 1978, la transformación de los señalados vínculos jurídicos, ya que empleador y organización sindical se encargaron de regular de forma integral la figura de la estabilidad.



**Proceso Ordinario Laboral 38 – 2018 – 0349 – 01 DTE: ELIZABETH ORTEGON BOCANEGRA
DDO: FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**

Ciertamente, y en vía de corroborar lo discurrido, del contenido mismo de la convención colectiva de trabajo de 1982, se nota aún más la intención de las partes de excluir tal mutación contractual, toda vez que allí se pactó un capítulo conformado por 5 artículos, que reglamenta de manera completa y amplía todo lo concerniente a la estabilidad, disposición en donde precisamente brilla por su ausencia la tantas veces mencionada posibilidad de cambio en la modalidad contractual de fijo a indefinido.

Para abundar en este preciso aspecto, véase que el capítulo II, artículo 4° de convención colectiva de trabajo de 1984, dispuso: «ESTABILIDAD LABORAL. En los términos del Artículo 3° de la convención colectiva de julio de 1982, se incrementarán en dos días cada uno de los rangos allí contemplados para el caso de terminación unilateral de los contratos de trabajo sin justa causa», lo que permite inferir con mayor agudeza que tampoco incluyó el parágrafo en mención y que la intención de las partes desde la firma de la convención colectiva de trabajo suscrita en el año 1978, fue excluirlo de cualquier pacto posterior.

*Ahora, si se tiene en cuenta que la figura bajo estudio estaba consagrada en el parágrafo de la norma convencional de 1976 y si entendemos por parágrafo un «Fragmento de un escrito que tiene una unidad temática», quiere decir que la posterior convención colectiva-1978- al no consagrarla **modificó** tal precepto, en el sentido de suprimir de la convención la posibilidad de variarse la naturaleza jurídica del contrato y, en ese horizonte, la normativa convencional no podía ser escindida, como lo pretende la recurrente. En otras palabras, dicho parágrafo no consagra una materia diferente a la de la estabilidad laboral, por lo que no se puede entender como un precepto autónomo o un beneficio independiente de la propia regulación de la estabilidad, cuando por su naturaleza es dependiente o inherente a ella, es decir, guarda una relación directa de conexidad con la figura de la estabilidad.*

En el anterior contexto, las partes suscribientes de la convención colectiva de trabajo de 1978, en virtud de los principios de unidad de materia y el de las cosas se deshacen como se hacen, acordaron excluir lo concerniente a que «todo trabajador de contrato a Término Fijo que cumpliera o hubiere cumplido un (1) año de servicio continuo a LAS EMPRESAS, será vinculado como trabajador permanente con contrato de Tiempo Indefinido».

Pero hay más. Aquí bien puede traerse a colación lo estatuido en el artículo 3° de la Ley 153 de 1887, en cuanto a estimar «insubsistente una disposición legal por (...) existir una ley nueva que regula íntegramente la materia», y ese fue el mensaje de las partes al acordar el punto de estabilidad en la convención colectiva suscrita en 1978, en lo atinente, itérese, a excluir el parágrafo pactado otrora en el acuerdo de 1976.

De suerte que no es aplicable lo dispuesto en el artículo 30 de la convención colectiva de 1978, CONTINUIDAD DE PRESTACIONES Y DERECHOS-, en la medida en que el



**Proceso Ordinario Laboral 38 – 2018 – 0349 – 01 DTE: ELIZABETH ORTEGON BOCANEGRA
DDO: FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**

*susodicho parágrafo de la cláusula 8ª de la convención colectiva de 1976, efectivamente **sí** fue excluido por las partes del acuerdo colectivo.*

En conclusión, examinadas las acusaciones enrostradas en los dos cargos, desde diversas perspectivas, no se equivocó el juzgador de segundo grado, dado que el contrato que ató a las partes en contienda fue a término fijo y, por ende, no era procedente el reintegro en los términos solicitados en la demanda inicial.

Por consiguiente, en el caso de la demandante, es claro que la norma convencional de la cual se pretendía se accediera a la pretensión para que se mutara la duración del contrato de trabajo de fijo a indefinido, la convención colectiva del año 1978, ya no la tuvo en cuenta, y en esa medida e interpretación, su contrato de trabajo conservó su condición fija de duración, siendo coherente que, la demandada lo pudiera dar por terminado por una causa legal, la cual fue, por cumplimiento del plazo.

Continuando en el recurso de apelación elevado por la parte demandada, que en su parte final alega la no incidencia o naturaleza salarial de las primas extralegales de servicios y primas de vacaciones, al respecto, debe precisarse previamente, que de la lectura de las diferentes convenciones colectivas de trabajo que se aportan al plenario, entre otras, las correspondientes para los años 1974, 1976, 1978, 1980 y 1996 no se vislumbra que las partes hayan pactado esa exclusión salarial en la manera que refiere el recurrente, y contrario a ello, lo que pactado en la cláusula 9º de la Convención Colectiva de Trabajo para el 1996, es del siguiente tenor:

“ARTICULO 9. Prima de vacaciones. A raíz en los cambios en la jurisprudencia laboral, respeto de los efectos salariales de la prima de vacaciones, las empresas reconocen a los trabajadores, beneficiados por la presente convención colectiva, que la prima de vacaciones constituye factor salarial. (Subraya el Tribunal).



Los montos dejados de liquidar y que afecten la cesantía y sus intereses correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995, se cuantificarán y se pagarán. Para efectos de los pagos correspondientes, se concede plazo a las empresas hasta el 30 de agosto de 1996.

Las empresas podrán presentar, a los trabajadores beneficiados por la presente convención, una oferta individual en la cual le concedan una bonificación a cambio de que, a partir de la fecha de su aceptación, la prima de vacaciones no constituya factor salarial. A este efecto, se pacta expresamente entre las partes, que cuando el trabajador intuitu personae acepta la oferta de las empresas, la prima de vacaciones, que es una prestación extralegal no constituye salario para ningún efecto.”

Luego, en el caso de la prima de vacaciones es claro el acuerdo entre las partes en darle a ese beneficio extralegal la connotación salarial, además que, en el presente caso no se probó que la demandante haya pactado con la demandada excluir de dicha incidencia a este concepto, por lo que la decisión se mantendrá en ese aspecto.

Por último, respecto del recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte actora, esto es, sobre la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, pretensión que no tuvo prosperidad, cabe indicar que, la misma no se configura de manera automática, y que para su imposición debe analizarse en el caso concreto si la conducta del empleador estuvo asistida de buena fe o no.

En el presente caso no se observó que la demandada haya dirigido actos en contra de la demandante con el fin de desconocer sus derechos laborales, siendo que la principal razón que tuvo, fue precisamente lo que recordó el apoderado de la encartada en el recurso, esto es, sobre su postura de no hacer extensivos los beneficios convencionales a la promotora, tales como



primas extralegales de servicios y de vacaciones, al insistir en la falta de retenciones o deducciones a favor de la organización sindical, y por tanto, no resulta caprichoso el obrar de la demandada, puesto que, conforme a razones de orden interpretativo consideró obrar de buena fe conforme a los lineamientos convencionales y legales, por consiguiente no hay lugar a imponer condena por ese concepto, por lo que, se confirmará la sentencia en tal sentido.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR parcialmente el numeral **PRIMERO** de la sentencia en el sentido de **DECLARAR** que entre la demandante ELIZABETH ORTEGON BOCANEGRA y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA existió un contrato de trabajo a término fijo vigente entre el 15 de septiembre de 2013 hasta el 14 de septiembre de 2017, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el numeral **SEGUNDO** de la sentencia en el sentido de **ABSOLVER** a la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA del pago de la indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa, dispuesto en el literal a) de ese numeral, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.



TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 39 2019 169 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ENRIQUE GONZALEZ BALLEN
DEMANDADO: COLPENSIONES

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la sentencia de fecha 27 de enero de 2021, proferida por el Juzgado Treinta y Nueve laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por la parte demandante.

ANTECEDENTES

Solicitó la parte actora se condene a la demandada COLPENSIONES, al reconocimiento y pago del 14% sobre su pensión reconocida a partir del 1 de agosto de 2009, por la existencia de la señora NUBIA PATRICIA CAMARGO RODRIGUEZ, en su calidad de cónyuge, junto con el retroactivo correspondiente junto con los intereses moratorios, las costas del proceso y



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 39 2018 169 01 Dte: ENRIQUE GONZALEZ
BALLEN Ddo.: COLPENSIONES**

se reconozcan los demás derechos que resulten demostrados en unos de las facultades extra y ultra petita. (fl.- 3)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando, en síntesis:

- Que el extinto ISS le reconoció una pensión vitalicia de jubilación al actor mediante resolución No. 34870 del 28 de julio de 2009, dando aplicación al acuerdo 049 de 1.990.
- Que el actor contrajo matrimonio con la señora NUBIA PATRICIA CAMARGO RODRIGUEZ, el día 18 de diciembre de 1.993.
- Que la señora NUBIA depende económicamente del actor, ya que no recibe pensión alguna, como tampoco suma de dinero, por alguna actividad económica.
- Que el actor reclamó ante la demandada el reconocimiento y pago del incremento del 14% por personas a cargo, pero la misma le fue negada. (fl.- 2-3)

CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDAS

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 2 y 7 a 10, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y no procedencia al pago de las costas.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en audiencia de fecha 27 de enero de 2021, resolvió:



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 39 2018 169 01 Dte: ENRIQUE GONZALEZ
BALLEN Ddo.: COLPENSIONES**

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de prescripción teniendo en cuenta la parte motiva de esta decisión, y como consecuencia denegar las pretensiones que invoca el señor ENRIQUE GONZÁLEZ BALLÉN contra COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR al demandante el pago de las costas judiciales, dentro de las cuales deberá incluir como agencias en derecho la suma de trescientos mil pesos (\$300.000).

TERCERO: CONCEDER en grado jurisdiccional de consulta por ser las pretensiones opuestas al demandante

Fundamentó su decisión en síntesis la Juez de primer grado señalando que si bien es cierto, el actor cumple con los requisitos para acceder a la prestación solicitada, no es menos cierto, que dicho despacho acoge la línea jurisprudencial emanada de la H. Corte Suprema de Justicia – Sala laboral, la cual establece la prescripción trienal del derecho.

Así las cosas encontró que la prestación de vejez del actor le fue reconocida a partir del año 2009, y la demanda fue presentada en el año 2019, por lo que el incremento solicitado se encuentra prescrito.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora, interpuso recurso de apelación, señalando:

“gracias su señoría quisiera interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que me ha sido notificada en la medida en que los efectos de la sentencia son tendientes a denegar las pretensiones de la demanda, esto lo hago con base en el art. 66ª del C.P.T. y de la S.S. teniendo en cuenta el carácter imprescriptible que tiene la pensión derivado del art. 48 de la Constitución y basado también en las sentencias T848 de 2014, que reitera que estos incrementos pensionales no se encuentran sometidos a la regla de prescripción de las normas laborales de tres años y que estos incrementos están dirigidos a la protección de los lazos familiares que tienen las familias que digamos solo uno de los miembros es el que sufraga los gastos de la familia.”

CONSIDERACIONES



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 39 2018 169 01 Dte: ENRIQUE GONZALEZ
BALLEN Ddo.: COLPENSIONES**

Procede la Sala a revisar en apelación el fallo proferido, por lo que se determinará si le asiste derecho a percibir el incremento pensional por cónyuge a cargo.

Para resolver el problema jurídico y al revisar el acervo probatorio, se encuentra que, en este caso, el señor ENRIQUE GONZALEZ BALLEEN, mediante Resolución No. 34870 del del 28 de julio de 2009, le reconoció pensión de vejez a la luz de lo normado en el **Acuerdo 049 de 1990**.

De conformidad con lo anterior, tal y como lo dijo la Juez de Primer Grado, es necesario señalar que la norma que consagra el incremento de la prestación pensional por cónyuge o compañera a cargo, así como por hijo discapacitado son los literales a) y b) del **artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990**, aprobado por el Decreto 758 del 11 de abril de 1990, norma ésta que fue publicada en el Diario Oficial No 39303 del 18 de abril de 1990.

Ahora, descendiendo al caso que nos ocupa, es necesario señalar que la norma que consagra el incremento de la prestación pensional por cónyuge o compañera a cargo, así como por hijo discapacitado son los literales a) y b) del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del 11 de abril de 1990, norma ésta que fue publicada en el Diario Oficial No 39303 del 18 de abril de 1990.

Así las cosas, previo a establecer si el incremento reclamado se encuentra prescrito, es necesario determinar la vigencia de la norma antes mencionada con posterioridad a la entrada en vigor del Régimen General de Pensiones.

Tal aspecto ha sido objeto de amplias interpretaciones, en algunas de las cuales se ha considerado expresa o tácitamente derogado por varias normas de la Ley 100 de 1993, como lo son los artículos 283 y 289 ya que los artículos 34 y 40 de la Ley 100 de 1993 reguladores en su orden de las pensiones de vejez e invalidez, no estipularon los incrementos consagrados en el artículo 21 del citado Acuerdo 049 de 1990.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 39 2018 169 01 Dte: ENRIQUE GONZALEZ
BALLEN Ddo.: COLPENSIONES**

En reiteradas providencias, esta Sala señaló que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 no estaba derogado ni expresa ni tácitamente y contrario a ello se indicó que dicha prerrogativa permanecía incólume para quienes accedieron al beneficio pensional por la aplicación directa del citado Decreto 758 o por su advenimiento en virtud de la transición pensional.

Por lo anterior, se venía sosteniendo que conservaba entonces su vigor dando aplicación al entendimiento que constituye hoy la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, donde se indicó que los incrementos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 era a todas luces aplicable para aquellos pensionados que cumplieran con los requisitos de pertenencia al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se reclamaran dentro del término legal concedido-

No obstante lo anterior, en la presente la H. Corte Constitucional unificó el criterio relacionado con la vigencia de los incrementos pensionales por persona a cargo, haciendo un recuento jurisprudencial de la posición tomada por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral y las diferentes acciones de tutela emitidas por la H. Corte Constitucional, así lo hizo en sentencia **SU 140 del 28 de marzo de 2019**, en donde señaló que salvo que se tratara de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 el derecho a los incrementos pensionales previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica.

En dicha providencia se indicó:

“Para la Corte es innegable entonces que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no produce efecto alguno respecto de quienes hayan adquirido el derecho a pensión con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993; todo ello sin perjuicio de que, con arreglo al respeto que la Carta Política exige para los derechos adquiridos, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 y hayan en ese momento cumplido con los presupuestos de la norma, conserven el derecho de incremento pensional que



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 39 2018 169 01 Dte: ENRIQUE GONZALEZ
BALLEN Ddo.: COLPENSIONES**

se les llegó a reconocer y de que ya venían disfrutando, siempre y cuando mantengan las condiciones requeridas por el referido artículo 21.

...Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y sólo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos.”

De conformidad con lo anterior, es necesario señalar que los incrementos por personas a cargo perdieron vigencia con la expedición de la ley 100 de 1993, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho con anterioridad a la expedición de tal normatividad.

Descendiendo al caso objeto de estudio y al haberse pensionado el señor GONZALEZ BALLEEN, a partir del 28 de julio de 2009, cuando cumplió los 60 años de edad, se tiene que para dicha data ya no se encontraban vigentes los incrementos pensionales en tanto éstos, como ya se indicó, fenecieron del ordenamiento jurídico a partir de 1° de abril de 1994, por lo que el actor no tiene derecho a los incrementos reclamados y por lo tanto de habrá de CONFIRMAR la absolución impartida por la Juez de primer Grado, pero por las razones aquí esbozadas.

SIN COSTAS. En esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, por lo antes expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 39 2018 169 01 Dte: ENRIQUE GONZALEZ
BALLEN Ddo.: COLPENSIONES**

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

**LORENZO TORRES BUSSY
MAGISTRADO**



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 39-2019-0516-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: ALEXANDER LOZANO GUZMAN

DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES, MISIÓN TEMPORAL LIMITADA
y ACTIVOS S.A.S.

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 11 de febrero de 2021.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior las partes presentaron escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

ANTECEDENTES

El señor actuando en causa propia al ostenta la calidad de profesional del derecho, interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la demandada COLPENSIONES obró de mala fe al mantener su contratación mediante empresas de servicios temporales por el término de 2 años con el fin de ocultar una verdadera relación laboral, y que las empresas de servicios temporales MISION TEMPORAL LIMITADA y ACTIVOS S.A. fungieron como simples intermediarias; que se declare un contrato de trabajo con COLPENSIONES desde el 21 de abril de 2015 hasta el 24 de octubre de 2017, el cual terminó por renuncia motivada del actor, debido al desconocimiento del plazo máximo permitido para la vinculación de trabajadores en misión; que el salario para el cargo de Analista IV jurídico (profesional junior) correspondía a la suma de \$3.868.731, y que por ello, en atención al -principio de a trabajo igual – salario igual, debió haber recibido esa suma como salario.

Por consiguiente y previa declaración, solicita se condene a COLPENSIONES al pago de la reliquidación de salarios por el término de toda la relación laboral, y de las prestaciones sociales; pago de la indemnización por despido sin justa causa, al pago del beneficio salarial por año de servicios conforme el Acuerdo 111 de 2017, indemnización por perjuicios ocasionados, moratoria



del artículo 65 del CST y del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, reliquidación de aportes al Sistema de Seguridad Social, indexación y costas del proceso. De manera subsidiaria, solicita se condene a las empresas de servicios temporales a las mismas pretensiones.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, el día 21 de abril de 2015 suscribió contrato de trabajo por obra o labor determinada con la empresa de servicios temporales ACTIVOS S.A.S, y que este finalizó el 30 de enero de 2016, suscribiendo uno nuevo el 1 de febrero de igual año el cual perduró hasta el 1 de enero de 2017; que el 2 de enero suscribió contrato con la empresa MISION TEMPORAL LIMITADA, finalizando el 24 de octubre de 2017, por renuncia motivada del trabajador; que al interior de los tres contratos prestó sus servicios como trabajador en misión a favor de COLPENSIONES; que respecto de la contratación con ACTIVOS devengaba como salario la suma de \$2.847.041, y con MISION TEMPORAL \$3.029.216; que los elementos de trabajo los proporcionaba la entidad usuaria, así como las ordenes; que trabajó para Colpensiones por un lapso de 2 años y 6 meses.

Respecto al cargo y órdenes, manifiesta que, siempre desempeñó el cargo de Analista IV Jurídico en la Dirección de acciones constitucionales de la Gerencia de Defensa Judicial de Colpensiones, cumpliendo las mismas funciones que los empleados directos de la entidad; que el 13 de enero de 2016 recibió correo electrónico de Colpensiones con el que se le llamaba la atención y se le requería mayor atención en la gestión de los casos; que el 17 de marzo de 2017 recibió correo electrónico de Colpensiones con el que le cambiaban



los horarios a partir del 21 de marzo d 2017, de 7 y 30 de la mañana hasta las 6 de la tarde; que la señora Nazly Castillo le ordenó seleccionar la hora de almuerzo y el turno de descanso de 15 minutos; que la misma persona el 14 de septiembre de 2017 lo amonestó por el envío de un requerimiento a un destinatario equivocado; agrega que, personal de Colpensiones le ordenó compensar tiempo ya disfrutado y le informaron el nuevo puesto de trabajo.

Que el día 24 de octubre de 2017 presentó renuncia motivada a Colpensiones explicando el motivo de la decisión, el cual fue por desconocimiento del plazo máximo permitido para la vinculación de trabajadores en misión; que Colpensiones siempre los contratos de trabajo con las empresas temporales un día antes de cumplir el año con el fin de no exceder la temporalidad de ley, intentando mostrar licitud en la contratación laboral.

Que, conforme lo anterior, nunca disfrutó de vacaciones; que las empresas de servicios temporales fungieron como simples intermediarias; que siempre recibió órdenes de personal de Colpensiones, desarrollando las labores en las instalaciones de esta entidad; que durante el primer año de servicios el horarios de trabajo era una semana de 6 de la mañana a 2 de la tarde, y otra semana de 2 de la tarde a 10 de la noche, y los sábados de 6 de la mañana a 2 de la tarde, y que eventualmente los turnos entre semana eran extendidos para no trabajar los sábados.

Que durante el tercer año se encontraba cursando una especialización y que por ello laboraba de 6 de la mañana a 6 de la tarde de lunes a viernes; que el permiso para estudiar lo solicitó directamente ante Colpensiones; que la coordinadora de Colpensiones era la señora Nazly Castillo Burgos, sin intervención de las empresas temporales; que los cambios de horario e



instrucciones siempre se hicieron por medio de correo electrónico, y que las funciones a realizadas siempre fueron guiadas por Colpensiones; que la subordinación era ante Colpensiones; que durante la relación laboral, a pesar de cumplir las mismas funciones percibía menos salario respecto de personas con el mismo cargo; que la liquidación de prestaciones sociales le fue pagada desconociendo el real salario que informa en la suma de \$3.800.000; que Colpensiones no consignó a su favor cesantías; que ante la falta de pago de salarios es merecedor de las indemnizaciones moratorias de los artículos 65 del CST; que el 14 de junio de 2019 elevó petición ante Colpensiones solicitando el pago de acreencias laborales, siendo negada la misma por medio de respuesta de fecha 26 de junio de 2019.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada Misión Temporal LTDA contestó la demanda con oposición parcial a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos manifestó no constarle o no aceptar ninguno. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de solidaridad entre la empresa Misión Temporal y Colpensiones; Inexistencia de causa para pedir; pago total de las obligaciones correspondiente al contrato laboral a cargo de la demandada; buena fe de la demandada; mala fe del demandante; falta de derecho sustantivo; cesión de la facultad subordinante del demandante a Colpensiones; trabajador en misión; compensación; terminación del contrato por renuncia presentada por el actor; y, cobro de lo no debido.

Por su parte, la demandada ACTIVOS S.A., contestó la demanda con oposición parcial a las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 4 a 6, 8, 9, 25, 26 a 28, 30 a 34 y 36 y no aceptó los demás.



Como excepciones de mérito formuló las que denominó prescripción; pago; compensación; e, inexistencia de violación por parte de activos s.a.s. de las normas que consagran la temporalidad en la contratación adelantada con Colpensiones.

Colpensiones contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó únicamente lo relacionado con la reclamación y la respuesta dada al demandante. Como excepción previa formuló la de indebida acumulación de pretensiones; y de mérito las que denominó: inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; buena fe; del cumplimiento de ordenes de la Corte Constitucional; falta de legitimación en la causa por pasiva; y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE

PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ACTIVOS S.A.S. y MISIÓN TEMPORAL de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor DIEGO ALEXANDER LOZANO GUZMAN, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Líquidense con la suma de \$300.000 para cada una de las demandadas.: Colpensiones, Activos S.A.S. y Misión Temporal.

TERCERO: CONSÚLTESE la presente decisión con el Superior, por resultar adversa al demandante.



NOTIFICADOS EN ESTRADOS

(...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“Conforme el problema jurídico en lo que interesa a la decisión consideró el juzgado, que conforme el decreto 2127 de 1945, por el cual se reglamenta el art 6 de igual año, define el contrato de trabajo, se encuentra demostrada la prestación personal del servicio por parte del actor a Colpensiones por medio de diferentes empresas de servicios temporales; que la -presunción del contrato de trabajo logró ser desvirtuada, ya que resulta evidente que las verdaderas empleadoras cada una en su momento activos s.a.s y misión temporal y que Colpensiones es una simple usuaria.

Conforme los contratos comerciales entre las empresas de servicios temporales suscritos con Colpensiones, se tiene que están suministran trabajadores en misión, objeto contractual que se encuentra en armonía con los contratos de trabajo suscritos por las partes folios 229, 339 y 388, para indicar que estos se especificó que la laborar contratada es la prestación del servicio para atender incremento de la parte administrativa la cual durará por el tiempo estrictamente necesario solicitada por el empleador a la usuaria.

Que el cargo contratado en misión era el de analista IV; que la Corte Constitucional mediante auto 110 de 2013 declaró el estado de cosas inconstitucionales ante Colpensiones ante su impotencia administrativa y estructural por su importancia para atender las solicitudes; que al ser insuficiente la planta de personal para atender el cumulo laboral, debiendo contratar personal con el fin de garantizar los derechos fundamentales de los colombianos, por lo que en virtud de la ley 50 de 1990 contrató el suministro de personal con empresas de servicios temporales con activo s y misión temporal.

Que el estado inconstitucional de cosas se superó con la sentencia C-774 de diciembre de 2015; que Colpensiones no trató de burlar los derechos a través de la vinculación del dte con contrato en misión, sino que se trataba de una situación excepcional, aclarando que para el momento de la vinculación inicial del dte con activos el 21 de abril de 2015, la entidad aun se encontraba bajo la figura de estado de cosas inconstitucionales lo cual persistió hasta el 18 de diciembre de 2015.

Que, si bien el actor después de esta fecha continuó con la demandada, ello se justifica porque Colpensiones se vio obligada a seguir contratando personal en misión; que mediante el auto 096 de 2017 se hizo seguimiento a lo establecido en la sentencia C-774 y se declaró el cumplimiento de algunas de ellas.

Que conforme la sentencia SL3520 de 2018 se indicó la procedencia en la contratación de personal por medio de empresas de servicios temporales; que la contratación del dte se ajustó a derecho toda vez que si bien se excedió en el límite de contratación de la ley 50 de 1990, ello no es un capricho sino de la necesidad de responder ante los requerimientos de la corte constitucional antes y después de superado el estado de cosas inconstitucionales; que no puede igualarse este caso a los que el ISS ha sido declarado empleador, siendo que allá los trabajadores eran contratados para funciones permanentes de la entidad; que este caso es diferente y se justifica ante el estado de cosas inconstitucionales declarado por la corte.



**Proceso Ordinario Laboral 39 – 2019 – 0516 – 01 DTE: ALEXANDER LOZANO GUZMAN DDO:
COLPENSIONES Y OTROS**

Que si bien en los interrogatorios de parte y en los testimonios las funciones se cumplían para Colpensiones, que los horarios los imponía Colpensiones, así como los elementos de trabajo de Colpensiones, que los representantes legales de activos y misión temporal evidenciaron que el dte fue contratado en virtud del contrato comercial suscrito con la usuaria Colpensiones, como lo señaló Claudia Ayala y Yair Melo, Julieth Patricia Duque, Alberto Bedoya, y se ratifica el informe juramentado de Colpensiones; que pese a que existió una subordinación de Colpensiones como empresa usuaria, esta no se dio como una verdadera empleadora sino como una empresa usuaria conforme los correos electrónicos allegados con la demanda en donde aparecen ordenes impartidas por el personal de la entidad, figura que es aceptada en la legislación colombiana, ya que cuando un tercero contrata una est para el suministro de personal, dicho tercero es quien ejerce la subordinación sobre el trabajador en misión beneficiándose de la prestación directa de la prestación personal del servicio.

Que, si bien Colpensiones ejecuto conductas tendientes a subordinación, lo cierto es que lo hizo dentro de las facultades legales para ello, siendo que las actividades ejercidas por el dte obedecen a actividades transitorias de cumulo laboral y por la excepcional situación por la que atravesaba Colpensiones por lo que denegará la razón principal de la demanda, y consecuentemente las condenas en lo que tiene que ver con Colpensiones.

Sobre las pretensiones subsidiarias sobre el reajuste salarial con las EST; se pretende que se analice el salario que percibía realmente en vigencia del contrato con misión temporal y activos para esa manera verificar si procede la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social; el art 5 del decreto 4369 de 2006, sobre los derechos de los trabajadores en misión; que conforme la sentencia SL1519 de 2020 y los medios documentales referidos, que una vez analizadas concluye que tampoco es posible acceder a las pretensiones subsidiarias, ya que es claro que el actor desempeñaba funciones tendientes a la defensa jurídica de la entidad y en ese sentido atendía los requerimientos, que vista la constancia de funciones dl cargo de profesional junior se colige que ambos cargos no presentan total identidad, ya que el profesional tiene más actividades a desarrollar entre las que se encuentra el numeral 13 apoyar la supervisión de la actividad de los abogados externos de la empresa, función esta que no desarrollaba e dte, tal como fue aceptado en el interrogatorio de parte lo cual impide concluir que el actor hubiese cumplido las labores en igual condición que un profesional junior del cual pretende el actor sea equiparado el actor el salario que devengó durante la vigencia de la relación laboral; que el salario de los trabajadores en misión el salario era acordado entre las EST y Colpensiones conforme a las funciones a desarrollar, escenario que se entiende, teniendo en cuenta que las funciones que desarrollaba un analista IV jurídico no eran las mismas del profesional junior, lo que también fue mencionado por Colpensiones en el informe juramentado en la respuesta a la pregunta 13, por lo que se negará esa pretensiones, al no poder tener el mismo salario para cargos diferentes y corren la misma suerte las pretensiones subsidiarias. Sobre el despido indirecto, carta de renuncia a folios 37 a 38; sobre si la carta de renuncia satisface los requisitos exigidos por la jurisprudencia en sentencia 48885 del 5 de octubre de 2016 que habla sobre el despido indirecto, que al actor le correspondía demostrar que la decisión de renunciar obedece a justas causas imputables al empleador; que en sentencia 47375 del 27 de enero de 2016, advirtió que los motivos deben ser comunicados al empleador, aspectos incluidos en la carta que ya fueron contestados a resolver las pretensiones anteriores, ya que se determinó que no se desbordó de manera caprichosa los límites de vinculación de la empresa de servicios temporales con la misma obedeció a la carga que impuso la Corte Constitucional antes,



**Proceso Ordinario Laboral 39 – 2019 – 0516 – 01 DTE: ALEXANDER LOZANO GUZMAN DDO:
COLPENSIONES Y OTROS**

durante y después del estado de cosas inconstitucionales, que tampoco se le dio un trato desigual o indignante al no habersele pagado el salario con el cual se pretendía ser equiparado al cargo de profesional junior, puesto que no se acreditó que las funciones fueran idénticas con las del actor, siendo del caso únicamente si no se le otorgaron las vacaciones, en el presente proceso no se evidencia que se hayan solicitado de manera concreta y por el contrario si se evidencia que las mismas fueron compensadas en dinero, por lo que negará la pretensión de despido indirecto. Excepciones al negarse las pretensiones de la demanda, no es necesario pronunciamiento alguno. Costas a cargo de la parte demandante a favor de cada de ellas, agencias en derecho la suma de \$300.000. para cada una de las demandadas.

APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

“Interpone recurso de apelación, y sustenta el mismo solicitando se revoque total la sentencia, y en su lugar se concedan las pretensiones. Argumenta que, las pretensiones se negaron porque según el juzgado no fue probado que Colpensiones era el verdadero empleador, que ello es contrario a la verdad, que en el proceso se demostró que estuvo laborando por un periodo superior a un año por medio de empresas de servicios temporales lo cual no está permitido, según las normas laborales y la jurisprudencia.

Que no se les dio el valor probatorio a los ex trabajadores de Colpensiones Yair Melo y Claudia Ayala, al indicar estos de manera clara y precisa las condiciones del trabajo, y fueron enfáticos en testificar que siempre desarrollé las mismas funciones, y que estas hacen parte del objeto social de Colpensiones ya que la entidad necesita el departamento de defensa judicial así la entidad cambie su nombre para aparentar licitud entre los contratistas. Resalta que los testimonios certificaron que a pesar de que los profesionales juniors tal vez en los documentos tengan funciones diferentes en la realidad los profesionales desarrollaban las mismas funciones que el dte y los testigos como analistas IV.

Que el principio de primacía debe sobresalir en la sentencia, ya que lo que sucedía era que nosotros realizábamos las mismas funciones junior, así documentalmente se pruebe otra cosa; que en esta caso no hay duda que Colpensiones sobrepasó el lapso del tiempo permitido para contratar con personal tercerizado y la excusa de la demandada se basa en la orden la Corte Constitucional, y que si bien se analizó por e fallador de instancia debe ser revisado nuevamente por el Tribunal, ya que, no habría lugar a que la Corte Constitucional ordenara una vulneración de derechos o permitiera sobrepasar un lapso regulado por la legislación laboral.

Que no se valoró la conducta de Colpensiones al incorporar certificaciones laborales con funciones diferentes a las que se realizaron en el lapso del tiempo, en el que laboré para esta empresa, ya que quedó probado que ellos ordenaron a las empresas de servicios temporales emitir las certificaciones con diferentes funciones para aportar al proceso y conseguir un fallo a su favor.

Que al apartarse la juez del precedente jurisprudencial en cuanto a la tercerización respetuosamente no es viable, ya que los jueces deben tomar la jurisprudencia como punto de referencia para sus fallos, ya que esta se considera una fuente formal y



**Proceso Ordinario Laboral 39 – 2019 – 0516 – 01 DTE: ALEXANDER LOZANO GUZMAN DDO:
COLPENSIONES Y OTROS**

material del derecho, por lo que la sentencia debió analizarse conforme la Corte Suprema de Justicia en lo relacionado a la tercerización.

Que hay hechos que se debieron dar por demostrados, como que no existió un vínculo laboral, entre mi persona y Colpensiones, no da por demostrado estándolo que Colpensiones superó el tiempo permitido para tener trabajadores en modalidad de tercerización, que el salario percibido era inferior al de los trabajadores de planta cuando se desarrollaban las mismas funciones y la ley indica que el salario debe ser igual.

Que el argumento de la juez únicamente se basa en la prueba documental aportada por Colpensiones dejando de lado por mi persona y por los testigos en cuanto a que siempre se desarrollaron las mismas funciones, con los profesionales junior, no dio por demostrado que la renuncia motivada entregada al empleador generaba las indemnizaciones a las que se solicitaban en esta demanda.

Que el juzgado se equivoca al decir que Colpensiones no fue el verdadero empleador en mi caso; que no dio por demostrado, estándolo que el empleador Colpensiones obró de mala fe al solicitar a la empresa de servicios temporales certificaciones diferentes como se mencionó anteriormente.

Que la juez desconoce el alcance del principio de primacía de la realidad, según el cual priman los hechos de la relación laboral y no las afirmaciones con las que supuestamente la Corte ordena a Colpensiones contratar personal superando los límites permitidos.

También se debe revisar el principio de renunciabilidad reconocido ya que no podríamos estar ante un evento en el cual los trabajadores en misión por el solo hecho de no objetar el tema de disfrute de sus vacaciones, de su igualdad en salario pueda renunciar a este tipo de derechos.

Que se abstuvo de revisar la totalidad de las pruebas como son los testimonios interrogatorios de parte, los cuales en su integridad dan fe que Colpensiones fue el verdadero empleador.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por el demandante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta la inconformidad, que, en síntesis, obedece a la solicitud para que la sentencia sea revocada y se acceda a las pretensiones de la demanda, al indicar que el término señalado en la norma para contratar personal en misión fue excedido; que el contrato de trabajo quedó demostrado teniendo como empleador a Colpensiones con los testimonios recaudados; que debe darse prevalencia al principio de la realidad en los contratos de trabajo; que la sentencia debió analizarse conforme la Corte Suprema de Justicia en lo relacionado a la tercerización; que se dieron por



demostrados hechos sin estarlo, como la inexistencia del vínculo laboral entre el actor y Colpensiones, que su salario era inferior al de los trabajadores de planta, quienes a su parecer realizaban las mismas funciones, y por tanto, su salario debería corresponder al de aquellos; que debe revisarse el principio de renunciabilidad, ya que por no haber objetado el disfrute de las vacaciones, por ello se esté renunciando a ese derecho, entre otros aspectos que concentraron la sustentación del recurso de apelación que pasa a estudiarse.

En el presente, no fue objeto de reparo que el actor, prestó sus servicios para Colpensiones como trabajador en misión de las también demandadas Activos S.A. y Misión Temporal LTDA, en los extremos temporales reseñados a continuación:

EMPRESA ST	FECHA INICIO LABORES	FECHA RETIRO
ACTIVOS S.A.	21/04/2015	30/01/2016
ACTIVOS S.A.	1/02/2016	31/01/2017
MISION TEMPORAL	1/02/2017	24/10/2017

Existencia del contrato respecto la Administradora Colombiana de Pensiones

Estando comprobada como se señaló la vinculación del actor a través de las sociedades de servicios temporales mencionadas, se tiene que pretende, se declare la existencia de la relación laboral respecto de Colpensiones; al respecto se observa que las sociedades de la naturaleza como Misión Temporal S.A. y Activos S.A., están autorizadas a suministrar trabajadores en misión con apego a las previsiones de los artículos 71, 74 y 77 de la ley 50 de 1990, establecen:



**Proceso Ordinario Laboral 39 – 2019 – 0516 – 01 DTE: ALEXANDER LOZANO GUZMAN DDO:
COLPENSIONES Y OTROS**

“ARTICULO 71. *Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.”*

“ARTICULO 74. *Los trabajadores vinculados a las empresas de servicios temporales son de dos (2) categoría: Trabajadores de planta y trabajadores en misión.”*

“Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las empresas de servicios temporales.”

“Trabajadores en misión son aquéllos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos.”

“ARTICULO 77. *Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:*

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

Así mismo, el párrafo del artículo 6 del Decreto 4369 de 2009, dispone:

“PARÁGRAFO. *Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio”*

Conforme las preceptivas legales transcritas se tiene que si bien los contratos suscritos por activos y Colpensiones, así como por Misión Temporal y esta última; señalan claramente que el suministro de personal en misión, obedece a un aumento en la producción de las actividades de Colpensiones, dados los requerimientos efectuados por la Corte Constitucional para aminorar el atraso en la resolución de solicitudes de prestaciones, así como de actualización e historia laboral e igual objeto se



plasmó en cada uno de los contratos de trabajo suscritos por el actor con dichas sociedades y conforme los extremos temporales antes señalados, ninguna de las vinculaciones con las sociedades de servicios temporales demandadas, excedió los 6 meses prorrogables por otros 6 de que trata la norma en cita; lo cierto es que claramente las demandadas incurrieron en la trasgresión de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 6 del Decreto 4369 de 2009, dado que como ellas mismas lo señalan, el objeto de contratar el personal en misión, fue como se señaló atender el atraso de la demandada Colpensiones y contrario a lo afirmado por las recurrentes Activos y Misión Temporal, de los textos de los contratos a que se alude, suscritos entre estas dos y Colpensiones para el suministro de personal, la causa de cada una de las 3 vinculaciones del actor, no son distintas y fue contratado, siempre para ejecutar la misma laboral en las dos Empresas de servicios temporales, esto es, como Analista IV, circunstancia que se desprende fácilmente de cada uno de los contratos suscritos por el actor con las empresas de servicios temporales.

Respecto de esta prohibición, señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 69399 del 15 de agosto de 2018 M.P. Clara Cecilia Dueñas:

Por estas razones, las empresas usuarias no pueden acudir fraudulentamente a esta contratación para suplir requerimientos permanentes. De allí que el artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006, les prohíba «prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales», cuando al finalizar el plazo de 6 meses, prorrogable por otros 6, aún subsistan incrementos en la producción o en los servicios.

(...)

En primer término, atrás se indicó que luego de transcurridos 6 meses, prorrogables por otros 6, la empresa usuaria no puede «prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio» (art. 6º D. 4369/2006), de manera que el cambio de proveedor en este asunto no enerva la prohibición



de contratar el servicio temporal por más de 1 año. (Negrilla fuera del texto original)

Conforme criterio jurisprudencial en cita, en el caso del actor se tiene que en principio fue vinculado con Activos S.A. y posteriormente con Misión Temporal para suplir igual cargo y funciones y así siguió un tránsito laboral entre las Empresas de servicios temporales demandadas, sin que además hubiese existido solución de continuidad entre una y otra, sumado al hecho que se demostró que el actor recibía órdenes del personal de COLPENSIONES a quien además, tenía que pedir permiso para ausentarse; que si se observan las certificaciones de funciones expedidas por las empresas de servicios temporales, las mismas dan cuenta que durante las vinculaciones del actor con estas, ejecutó idénticas funciones, las que claramente son propias del objeto encomendado por ley a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones; sobre el particular y cuando como en el presente, se utilizan los servicios de la CST, para encubrir una relación laboral continua con la empresa usuaria, señaló la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado 66300 del 10 de marzo de 2020:

*Entonces, conforme los anteriores supuestos fácticos, los cuales, itera la Sala, no son objeto de discusión entre las partes, queda en evidencia la equivocación en que incurrió el sentenciador de primer grado, **habida cuenta que con independencia de que mirando individualmente los contratos, esto es, en forma separada, ninguno superó el término de un año (lo que en principio estaría en consonancia con lo establecido en el numeral 3° del artículo 77 de la Ley 50 de 1990), lo cierto es que, dicho sentenciador se equivocó al no advertir que los aludidos contratos se firmaron en forma sucesiva bajo igual cargo y para la misma sociedad usuaria, es decir, para Mansarovar Energy Colombia Ltd., sin solución de continuidad, ya que las interrupciones que se presentaron entre la terminación de uno y la firma del siguiente fueron minúsculas, pues el actor desarrolló las mismas funciones de supervisor o seguridad en cámaras entre el 25 de agosto de 2008 y el 6 de septiembre de 2011, esto es, por un lapso de 3 años y 11 días, tiempo que, sumado, sí superó el término de un año permitido por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y el***



parágrafo del artículo 6 del Decreto 4369 de 2006.

Es más, el hecho de que la vinculación del demandante como trabajador en misión se haya hecho por periodos de un año, ello no significa que las labores ejecutadas sean ajenas al giro habitual de la empresa usuaria. Recuérdese, que las empresas solo pueden acudir a la intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios. (negrilla fuera del texto original)

Es así como en el presente claramente se dan los presupuestos de una indebida intermediación laboral, como lo indica el demandante en el recurso de apelación, pues se itera, quedó plenamente determinado que las vinculaciones del actor a través de las CST demandadas, fueron siempre para desempeñarse en el cargo de Analista IV, en virtud del cual, luego se encuentra probada la existencia del vínculo laboral con COLPENSIONES por los extremos temporales señalados en la instancia y si bien esta entidad señala en sus alegatos que no podía contratar directamente al actor, pues sólo requería su servicio temporal mientras conjuraba el atraso en la resolución de solicitudes pensionales, que motivó la orden impartida por la Corte Constitucional, lo cierto es que claramente la contratación del demandante, superó la temporalidad alegada y se mantuvo por espacio de más de 2 años , en los que prestó sus servicios a su favor, quedando plenamente desvirtuada la temporalidad alegada, trasgresión a la contratación a través de EST, no sólo se acredita con las testimoniales vertidas durante el trámite procesal, sino las documentales fácilmente dan cuenta de tal circunstancia.

Por lo anterior, se REVOCARÁ la sentencia de primera instancia, para en su lugar, DECLARAR que entre el demandante y Colpensiones existió una relación de trabajo entre el día 21 de abril de 2015 hasta el 24 de octubre



de 2017; así mismo se declarará que, las empresas de servicios temporales Activos S.A. y Misión Temporal LTDA fungieron como simples intermediarios de Colpensiones.

Dicho lo anterior, las pretensiones de la demanda se dirigen con el fin de establecer un vínculo laboral con la demandada Colpensiones, para que una vez ello, la situación laboral de actor se equipare a las condiciones prestacionales de los empleados vinculados a la planta de personal de la entidad, como, por ejemplo, que el cargo no sea el de Analista IV sino el de Profesional Junior, y que su ingreso mensual corresponda al de este.

Sobre el particular, insiste el recurrente en que teniendo en cuenta que cumplía las mismas funciones como Analista IV a las desempeñadas por quienes tenían la denominación de Profesional Junior, y que por ello, debía equipararse prestacionalmente a estos últimos; al respecto, tal discusión permite acudir al desarrollo legal y jurisprudencial del principio a *trabajo igual, salario igual*, el cual conforme el artículo 143 del CST modificado por el artículo 7 de la Ley 1496 de 2011, señala lo siguiente:

- “1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en este todos los elementos a que se refiere el artículo 127.*
- 2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, género sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.*
- 3. Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador factores objetivos de diferenciación.”*

Por su parte, la Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1662-2021 del 5 de mayo de 2021, con radicación 70544, M.P. Gerardo Botero Zuluaga,



reiteró la procedencia de la nivelación salarial con base en este principio laboral, siempre que, el interesado logre probar el trabajo en idénticas condiciones, funciones desarrolladas, eficiencia, rendimiento y jornada laboral, frente a otro de sus compañeros de trabajo, para que se haga el respectivo cotejo, lo cual, en el presente caso no ocurrió, y por consiguiente, le asiste razón al a quo al negar esa petición.

Así las cosas, teniendo que, de la prosperidad de la pretensión de nivelación salarial dependían los demás reajustes solicitados sobre prestaciones sociales, vacaciones y aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, es por lo que, se absolverá a la demandada Colpensiones de las mismas.

Respecto de la indemnización por despido sin justa causa, el artículo 66 del CST, modificado por el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, dispone que, la parte que termina unilateralmente el contrato debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción la causal o motivo de esa terminación, para que, posteriormente no puedan alegarse válidamente causales o motivos distintos.

En el presente de la comunicación de renuncia visible a folios 37 a 38, el demandante formula las motivaciones de su decisión, en que, teniendo en cuenta que se superó el plazo máximo permitido para la vinculación de trabajadores en misión, es por lo que, expresamente señala que, fundamenta su inconformidad al sentirse vulnerado en su derecho fundamental al trabajo en condiciones dignas, ya que, por todo el tiempo que ha laborado al servicio de Colpensiones nunca ha disfrutado de descanso remunerado o vacaciones, que tiene alta carga laboral, que labora



por turnos de 8 horas, que es extenuante tener que poner huella, tarjeta de acceso y firmar lista de llegada para demostrar la hora de ingreso puntual.

Así las cosas, se observa que, dentro del debate probatorio y la demanda, las situaciones planteadas en la comunicación por el demandante no fueron incluidas, es decir, ello no fue discutido ni probado en el proceso, como tampoco que se hayan reclamado acreencias laborales insolutas por las empresas de servicios temporales en su momento, por ende, no se considera que se haya configurado una justa causa para la terminación del vínculo laboral, que constituya un despido indirecto, y es por ello, que tampoco tiene prosperidad la reclamación por indemnización moratoria.

Por último, frente al pago del beneficio salarial por año de servicios contemplado en el Acuerdo 111 de 2017, se tiene que el mismo se contempla en el artículo 2 del mismo, el cual señala que, Colpensiones pagará a sus trabajadores oficiales por año de servicios equivalente a 15 días de la remuneración básica mensual, con efectos prestacionales, el cual estará sujeto a los indicadores de productividad en el desempeño laboral de los trabajadores oficiales, los cuales no fueron demostrados en el proceso, además que brilla por su ausencia las condiciones en las que se debe reconocer el mismo, y menos, se indica la procedencia de la suma de \$7.737.462, solicitada.

Sin costas en esta instancia.

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



R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, el 11 de febrero de 2021, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR que entre el demandante y Colpensiones existió una relación de trabajo entre el día 21 de abril de 2015 hasta el 24 de octubre de 2017, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR que las empresas de servicios temporales Activos S.A. y Misión Temporal LTDA fungieron como simples intermediarios de Colpensiones, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ABSOLVER de las demás pretensiones incoadas por el demandante, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. E. Serrano Baquero'.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Lorenzo Torres Russy'.

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No.39-2019-185-01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

**DEMANDANTE: JAVIER GIOVANNI RODRIGUEZ
BOLIVAR**

**DEMANDADO:CEMEX PREMEZCLADOS DE
COLOMBIA SA**

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

DECISIÓN

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, contra la sentencia proferido por la Juez 39 Laboral del Circuito de Bogotá, el día trece (13) de abril de dos mil veintiuno, (2021) por medio del cual resolvió **DECLARAR** probadas las excepciones de **COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN e INEXISTENCIA DE FUERO DE SALUD y ABSOLVER a la demandada CEMEX PREMEZCLADOS DE COLOMBIA SA** de todas las pretensiones de la demanda, condenando en costas a la demandante. (Expediente Digital).

PRETENSIONES

El señor **JAVIER GIOVANNI RODRIGUEZ BOLIVAR** a través de apoderado instauró demanda en contra de **CEMEX PREMEZCLADOS DE COLOMBIA SA** para que mediante un proceso ordinario laboral se declare ineficaz el acuerdo de transacción pactado entre el demandante y la accionada el 10 de marzo de 2016, que se declare que el demandante poseía fuero de estabilidad laboral reforzada en ese momento de la transacción y aún en la actualidad y en consecuencia se condene al reintegro, pago de las variables salariales que le fueron dejadas de pagar

desde el acuerdo de reintegro y hasta la transacción, costas. En forma subsidiaria solicita pago de indemnización por restricción médica, esto es 180 días de salario, indemnización por despido. (Expediente Digital).

HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones y en síntesis, afirma el demandante que ingresó a laborar el 5 de agosto de 2013 en CEMEX TRANSPORTES DE COLOMBIA SA, que el último salario devengado fue de \$2.200.000, que el 2014 fue remitido a examen periódico, que se indicó debía ser incluido en el programa de atención auditiva y osteomusculares, que en 2015 sufrió un desmayo, que la incapacidad fue de dos días, que se le diagnosticó VERTIGO PARANOXISTICO BENIGNO, que se emitieron recomendaciones, que el 10 de marzo de 2016, el demandante firmó acuerdo de transacción con la empresa, que la demandada tenía conocimiento de la salud del demandante, que la transacción no se verificó por el Ministerio de Trabajo, que el 9 de agosto de 2016. Solicitó a la ARL, la calificación, que a la fecha de la presentación de la demanda se encuentra en proceso de calificación ante la junta regional de calificación de invalidez. (Expediente Digital).

La demandada contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones, afirmando que el vínculo terminó por voluntad de las partes, por mutuo acuerdo, sin coacción alguna, afirmando a su vez que al momento del acuerdo no existía ninguna circunstancia de salud que le impidiera desarrollar sus funciones. En cuanto a los hechos, los negó en su mayoría, aclarando que el contrato inició el 5 de agosto de 2013, y que la transacción no requiere de revisión por autoridad alguna e insistiendo en que para ese momento el demandante no contaba con situación médica alguna. Propuso las excepciones de transacción y cosa juzgada, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, improcedencia de la declaración de nulidad de la transacción y como consecuencia declarar vigente el contrato de trabajo, improcedencia de los pagos pretendidos al no existir posibilidad de reintegro, inexistencia de fuero de salud, buena fe, prescripción, compensación, enriquecimiento sin causa, cosa juzgada, las demás que se encuentren probadas. (Expediente Digital).

Tramitada la primera instancia la juez 39 Laboral tomó la decisión que hoy revisa la Sala afirmando en síntesis lo siguiente: *“... el problema jurídico o para fijar el problema jurídico en la audiencia anterior se estableció que constituía un hecho cierto que entre las partes existió un contrato de trabajo y atendiendo las pretensiones de la demanda le correspondía al despacho determinar si el contrato suscrito entre el demandante señor Javier Giovanni Bolívar Rodríguez y la demandada Cemex pre mezclados de Colombia S.A hace tránsito a cosa juzgada estableciéndose si el acuerdo es o no ineficaz y únicamente pasando este umbral deberá el despacho determinar si hay lugar o no a establecer si el demandante gozaba al momento de la suscripción del acuerdo de transacción esto es del 10/03/2017 de estabilidad laboral reforzada y determinada esa situación el empleador debió contar con autorización del Ministerio de Trabajo y como consecuencia determinar si hay lugar o no al reintegro laboral y así mismo al pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir. Como subsidiarios le corresponderá al despacho determinar si hay lugar con las pretensiones subsidiarias, si hay lugar o no al reconocimiento y pago de la indemnización del artículo 26 de la ley 361 del 97 y determinar si el actor tiene derecho a la indemnización por despido sin justa causa.*

Entonces vamos a resolver el primer problema jurídico referente a la transacción, como primera medida y tal como quedó fijado el problema jurídico debe estudiarse la figura jurídica teniendo el contrato de transacción el cual presenta una de las formas de poner fin extra judicialmente a las disputas relacionadas con los derechos derivados de una relación laboral al respecto establece el artículo 2469 del Código Civil que la transacción es un contrato en que las partes terminan extra judicialmente un litigio pendiente pero cabe en un litigio eventual de igual forma el artículo 15 del CST indica que es válida la transacción en los asuntos de trabajo salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles, en este orden conviene recordar que lo señalado en la sentencia SL4112 del 2020 y la SL 5030 del mismo año que explican la transacción como figura contractual aplicables en el derecho de trabajo así; la transacción es un mecanismo legítimo aplicable o finalizar un conflicto entre las partes que hace tránsito a cosa juzgada y surte plenos efectos la cual resulta válida como se dijo en la decisión AL 3608 del 2017 cuando exista un litigio pendiente o eventual, no se trate de derechos ciertos e indiscutibles, la manifestación expresa de la voluntad de los contratantes está exenta de vicio y se pacta mediante representante judicial, esta debe estar facultado y si se pacta mediante representante judicial este debe ser facultado para transitar el litigio pendiente y que hayan concesiones mutuas o recíprocas, de ahí que ese tipo de acuerdo es un mecanismo legítimo que se celebra con la finalidad de acabar un litigio o precaver un futuro cuyas características se sustenta en que las partes renuncian a los derechos en disputa y en su lugar ceden a sus aspiraciones siendo por lo tanto un mecanismo alternativo de solución de conflictos que hace tránsito a cosa juzgada y surten unos efectos siempre y cuando no esté afectadas por algún vicio en el consentimiento sujeto causas en lícitos y desconozca derechos mínimos ciertos o indiscutibles, la transacción en última instancia hace tránsito a cosa juzgada de acuerdo a lo establecido en el artículo 2483 del Código Civil frente al punto la sentencia SL 5030 del 2020, señaló sobre los efectos de transacción la sala de casación civil estableció que son uno el cambio de una relación jurídica incierta en otro que se caracteriza por la perfecta definición de los elementos que la conforman y sus alcances 2; la terminación del proceso judicial o si no se ha dado el mismo la imposibilidad de que los contratantes de llevar al órgano jurisdiccional el desacuerdo en sentencia lanzan la casación civil del 2017 estimó pertinente señalar además que en las transacciones es dable distinguir un doble cometido y por ende que sus efectos irradian en 2 sentidos o direcciones por una parte no hay duda que el referido negocio real que había atañe al derecho sustancial de quienes lo celebran pues como lo resaltó la Corte en la sentencia anteriormente reproducida mediante él se muda o cambio una relación

jurídica dudosa o incierta en otra, distinto diversa que se caracteriza por la perfecta definición de los elementos que la conforman de sus alcances desapareciendo así la controversia que precisamente mediante la transacción se deja solucionada, de otra parte la aludida negociación jurídica también abarca la actividad litigiosa de sus participantes sea que entre ellos ya estén un proceso judicial o que aún no haya dado inicio al mismo en el primer supuesto la transacción ocasionaría la terminación de la correspondiente desavenencia en la forma que regula el artículo 340 del CPC impediría a los contratantes en línea al principio llevarla al órgano jurisdiccional su desacuerdo, quiere decir la anterior que en virtud del contrato de trabajo el trabajador no puede renunciar a tales derechos denominados inciertos indiscutibles como lo serían los relacionados por ejemplo con la Seguridad Social lo cual indudablemente iría en contravía del cumplimiento del artículo 15 del CST antes citado, entonces en la lectura de este documento de transacciones a folio 34 y 35 entre otras cosas advierte que lo acordado fue la extinción del vínculo contractual laboral que unía a las partes el cual decidieron realizarlo de mutuo acuerdo así como la aceptación del trabajador en recibir el valor neto de la liquidación efectuada, las prestaciones y salarios a las que tenía derecho el 10/03/2016 que ascendía a la suma de 5 millones de pesos y a su vez “dejar transada cualquier diferencia que con el carácter de cierta e indiscutible pueda existir o llegar a existir entre las partes sin que nada quede por reclamar en el futuro” pero sin hacer alusión a cuáles diferencias en específico dejando una brecha abierta en lo que se refiere a la situación de salud del actor circunstancia esta última que como se dijo es en la que precisamente recae el objeto de la Litis cuando el demandante alega que para el momento de la terminación del contrato de trabajo gozaba de estabilidad laboral reforzada por fuero de salud.

En línea con lo expuesto se tiene que no fue obvia la voluntad de las partes de transar lo referente al estado de salud del trabajador al momento de descubrir el contrato pues tal derecho pese a no estar intrínsecamente relacionada con derechos ciertos e indiscutibles lo cierto es que nada se indicó respecto a dicho tópico por lo que no se configura la cosa juzgada establecida en el artículo 2483 del Código Civil pues pese a que coincide con el presupuesto de identidad jurídica las partes pues se trata o fueron contratos celebrados entre el hoy demandante Javier Giovanni Bolívar Rodríguez y la demandada compañía Cemex premezclados de Colombia S.A así como la causa para pedir que se fundamenta la relación laboral entre las partes no existe una identidad total en cuanto al objeto solicitado es decir el beneficio jurídico que se reclama no se encuentra contenida la transacción, se encuentra que se tiene que las pretensiones de la demanda se concentra en la declaratoria de la estabilidad laboral reforzada punto del cual reitera el trabajador no renunció expresamente en el pacto transaccional del 10/03/2016 impidiendo así cumplir con los presupuestos que se han tratado en sentencias como la SL 2590 del 2020, de tal suerte que como los derechos hoy se reclaman no fueron transados en el acuerdo de voluntades suscrito por las partes como ya se explicó se declarara no probada esa excepción es decir la excepción de cosa juzgada por lo que corresponderá al despacho estudiar el fondo del presente asunto partiendo del hecho que dicho contrato conserva plena validez en lo demás pese a no estar avalado por un juez laboral o el Ministerio de trabajo o haber sido autenticado en la notaría toda vez que lo que se evalúa en casos como el presente es la voluntad de las partes la cual no se acreditó en el presente caso como viciada. En dicho documento se transaron las controversias futuras que se pudieran derivar de la relación de trabajo que existió entre el hoy demandante y la demandada en la cual se expresó de manera libre y consensuada de las partes de precaver litigio jurídico en los temas diferentes a la estabilidad laboral reforzada por tanto debe decirse que no se advierte ningún vicio en tal manifestación amen que no se avisará la inobservancia en el artículo 15 del código sustantivo del trabajo ya mencionada es decir no

se trazo sobre hechos ciertos e indiscutibles que pudiera afectar los derechos del trabajador en lo que hubo concesiones mutuas frente a las acreencias derivadas del vínculo del trabajo que los ató por lo que no es posible predicar que dicho acto nunca mostro la vía jurídica y que no fue capaz de producir los efectos para los cuales fue diseñado, pese a lo anterior efectivamente a tener eficacia y plena validez en el presente asunto no se traduce en cosa juzgada como quiera que no se estudió o no se manifestó la estabilidad laboral reforzada que hoy se desprende.

Entonces teniendo en cuenta lo anterior, que no prosperó la excepción de cosa juzgada pasa el despacho a estudiar la estabilidad laboral reforzada que aplica el demandante por fuero de salud, entonces le compete al despacho como ya lo manifestó en el problema jurídico estudiar la existencia de una estabilidad reforzada al momento de la terminación del contrato celebrado por las partes frente a lo cual se alega que como se acaba de declarar que en el ítem inmediatamente anterior el sentimiento de la relación laboral se dio por mutuo acuerdo entre las partes; sin embargo es necesario entrar a estudiar las circunstancias de salud que presentaba el actor al momento de llegar a ese acuerdo consensuado, determinar el vínculo con la empresa demandada entonces a la luz de lo expuesto en el artículo 26 de la ley 361 del 97 carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su discapacidad cuando no existe autorización previa en la oficina de trabajo con la que se constate la configuración de una justa causa para proceder en ese sentido y se proteja la estabilidad laboral de que gozan las personas afectadas por cierto grado de limitación puntualmente el artículo 26 señala en ningún caso la discapacidad de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar, asimismo ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad salvo autorización de la oficina de trabajo No obstante quienes fueron despedidos de su contrato terminado por razón de su discapacidad sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior tendrá derecho a una indemnización equivalente a 180 días de salario sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiera lugar de acuerdo con el código sustantivo del trabajo y demás normas que lo modifiquen, así las cosas debe el despacho esclarecer el concepto de discapacidad para determinar fehacientemente si el demandante se encontraba inmerso en él o no, al respecto la sala a través de la sentencia es el SL 1521 del 2019, estableció es el caso recordar que en los términos jurisprudenciales la discapacidad debe entenderse como la pérdida o reducción de una proporción de la capacidad para el trabajo en la cual dependiendo del grado de afectación es posible que el trabajador que la padece pueda ser reubicado laboralmente para seguir prestando el servicio o se le califique la estructuración de una invalidez o en los términos del artículo 13 del decreto 917 del 99 vigente en el momento de los hechos una discapacidad es toda restricción o ausencia debida a una deficiencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, en igual sentido la Corte Constitucional en la sentencia C 042 del 2017 estableció “esta corte ha tenido oportunidad de referirse al concepto de discapacidad al estudiar la constitucionalidad por la ley 361 del 97 por la que se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad así la sentencia C 606 del 2012 consideró que la palabra discapacidad engloba a aquellas personas con deficiencias físicas mentales e intelectuales o sensoriales que al interactuar con diferentes barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás bajo la perspectiva del modelo barreras sociales la diversidad funcional sería esa característica de una persona consistente en un órgano o una función o mecanismo del cuerpo de la mente que no funciona igual en la mayoría de personas en

cambio la discapacidad es el conjunto de restricciones de acceso y disfrute de los derechos que la sociedad y el entorno interponen a las personas por sus diversidades funcionales” ,entonces pasa el despacho a estudiar las pruebas decretadas y practicadas en el proceso con el fin de resolver el problema jurídico así tenemos a folio 8 en la misiva del 08/03/2019 dirigida al representante legal de la empresa privada por parte del demandante denominada interrupción de prescripción mediante la cual solicita declarar ineficaz el acuerdo de transacción suscrito el 10/03/2016 teniendo en cuenta que gozaba de estabilidad laboral reforzada al momento de la celebración, Asimismo solicitó ser reintegrado a sus labores, a folio 9 a 10 formato de evaluación vestibular del 29/10/2016 realizado al demandante por la IPS Medi global en la que se obtuvo como encuesta inventario discapacidad por vértigo los siguientes datos;

Aspecto emocional discapacidad severa, aspecto funcional discapacidad moderada, aspecto físico discapacidad severa como conclusión hipoxia vestibular izquierda, recomendaciones se sugiere pruebas complementarias, prueba de impulso cefálico, bht y se sugiere el control con médico tratante, a folio 11 al 19 Medi global IPS , sesión VNG modular realizadas al demandante el 25/01/2019 a folio 20 al 21 misiva del 09/08/2016 dirigida a la empresa demandada por parte del demandante mediante la cual solicita ser remitido a la ARL para que le realicen exámenes en aras de determinar si la enfermedad que padece vértigo paroxístico Benigno es de carácter laboral caso en el cual procesan indemnización por perjuicios y el reintegro dicha comunicación se encuentra en completa y no está firmada por el demandante sin embargo tiene sello de recibido de colmena seguros a folio 22, certificado médico de aptitud laboral con énfasis en ósteo muscular realizado por salud ocupacional de los Andes limitada como examen de retiro el 18/03/2016 en la que se avisó se le practicaron al actor exámenes paraclínicos de audiometría, espirometría y fisioterapia, el documento dice “ no refiere recomendaciones a folio 23 remisión del 18/03/2016 realizada por salud ocupacional de los Andes Ltda., por medio de la cual se solicita valoración por otorrino y pruebas audiológicas firmadas por la doctora Claudia Milena Fonseca fonoaudióloga, a folio 24 y 25 concepto de actitud laboral de fecha 23/07/2014 realizada al demandante por salud ocupacional los Andes en el que se determinó que podía continuar realizando su labor y se dieron las siguientes recomendaciones generales; manejo por el EPS, ARL, el control periódico promoción y prevención en EPS, ocupacionales control periódico, ocupacional higiene postural utilización de elementos de protección personal, otros estilos de vida dieta balanceada y ejercicio regular 3 veces por semana, sugiere incluir un programa de protección auditiva, recomendaciones ocupacionales preventivas; programa de protección auditiva, control de exposición a ruido en la fuente de protección auditiva de acuerdo con la exposición a ruido reposo auditivo extra laboral, osteo muscular; recomendación de acondicionamiento físico según requerimientos del cargo, adecuación ergonómica de puestos de trabajo con disposición de la empresa, capacitación para manejo de carga según criterios del cargo. Recomendaciones específicas; pausas activas, evitar zonas de ruido, apto para alturas ,reposo auditivo extra laboral, uso de la app, vigilancia epidemiológica para ruido, control de audiometría anual, higiene postural y estiramiento muscular , a folio 26 a 28 historia clínica ocupacional del demandante y el 10/07/2013 emitida por salud ocupacional los Andes en la que se avizora que estaba apto para trabajar en alturas y para desempeñar el cargo y se sugirió incluir en el programa de protección respiratoria de vigilancia osteo muscular de protección visual auditiva, osteo muscular y metabólica en el mismo documento refirió haber trabajado con anterioridad en alturas para la empresa hormigón Andina folio 29 remisión de salud ocupacional los Andes del 28 abril del 2016 en la cual se refirió al actor a otorrinolaringología por hallarse hipocauxia de vértigo sin estudio a folio 30, certificado médico, actitud laboral con énfasis en altura realizado por salud ocupacional de los Andes Ltda., el 28/04/2016 para ingresar a laborar con la

empresa con crema S.A.S al cargo de conductor mise en la que se avizora que el resultado del examen fue aplazado para trabajo en alturas requiriéndose valoración del manejo y concepto por otorrinolaringología y se da la remisión, no refiere ninguna recomendación folio 31 a 32 certificación médica título laboral con énfasis en altura realizado en salud ocupacional por los Andes el 09/09/2015 en la cual se efectuó un examen periódico en el que se obtuvo como resultado apto para trabajar en alturas, como recomendaciones generales se dieron control periódico de la EPS y uso de app, elementos de protección personal, recomendaciones ocupacionales preventivas; así osteo muscular; acondicionamiento físico según requerimientos del cargo, adecuación ergonómica de puestos de trabajo según disposiciones de la empresa, capacitación para manejo de carga según criterio del cargo, trabajo en altura; capacitación y certificación en alturas, cardiovascular; reducir el consumo de azúcares, harinas, sal, grasas y fritos, asistir a programas periódicos de promoción y prevención de riesgo cardiovascular con la EPS, control periódico de peso, control de tensión arterial preventiva, respiratoria; uso de elementos de protección respiratoria adecuados para la exposición auditiva, control de exposición al ruido en la fuente, protección auditiva de acuerdo con la exposición a ruido, reposo auditivo extra laboral y como recomendaciones específicas; evitar exposición al ruido mayor 80 DB en caso de exposición use doble protección auditiva, se indica valoración por otorrinolaringología, audiometría anual, incrementar la actividad física mínimo 3 veces por semana, protección respiratoria según exposición, se sugiere control de espirometría en EPS en 3 meses, recomendaciones nutricionales; dieta hipo grasa, realizar pausas activas, estiramiento muscular durante la jornada laboral, higiene postural folio 33, epicrisis de Cruz roja colombiana sur 20/10/2015 con hora de ingreso 7:13 de la mañana en la que se avizora que el demandado acudió a consulta debido a un mareo y desmayo y se le dio como diagnóstico vértigo paroxístico Benigno, Asimismo se avizora que se le concedieron 2 días de incapacidad. Folio 34 y 35 acta de acuerdo y transacción celebrada por las partes el 10 de marzo del 2016 mediante la cual se acordó la terminación del contrato de trabajo a partir de la fecha que para conciliar cualquier diferencia que hubiera existido entre las partes de derechos ciertos e indiscutibles así como cualquier otra situación que tenga el carácter de incierto y discutible la empresa reconoció el valor de 5 millones de pesos por lo que el trabajador declaro a paz y salvo, folio 107 la liquidación final del del trabajador el 31/03/2016 con un valor neto a pagar de \$ 1.509.072 pesos, folio 16 la liquidación definitiva del contrato de trabajo del demandante el 31/03/2016 en la que se refleja como pagó lo acordado en la transacción 5 millones de pesos folio 109, comprobante de pago número 185 del 29/03/2016 firmado por el demandante y cheque a Bancolombia por la suma de \$ 1.509.072 pesos, folio 125 certificación laboral emanada a la empresa el 10/03/2016 en la que se hace constar que el actor laboró para ella desde el 05/08/2013 hasta el 10/03/2016 en el cargo de agente de servicios, a folio 122 a 125 certificación de incapacidades emitidas por compensar EPS fecha 07/02/14, 20 de febrero 2015 y 4 de febrero de 2016 por amigdalitis aguda en las dos primeras fechas y la última por cefalea, Folio 125 comunicación de Colmena el 08/08/2014 dirigida a la empresa Cemex de Colombia en la que se notifica el cierre del caso por accidente del demandante el 08/01/2014 tras caerle ácido dentro de la bota cuando se encontraba tratando de echar agua al motor del vehículo por esta recalentado, el caso cerrado ya que desde el momento del accidente hasta el mes de mayo de la mencionada anualidad al trabajador se le brindaron las prestaciones requeridas concluyendo así que el tratamiento se declarará terminado, folio 126 a 130 planillas de pago de aportes a Seguridad Social durante la vigencia de la relación laboral del demandante con la empresa accionada, folio 132 a 137 dictamen del 18/10/2019 emitido por la Junta regional de calificación de invalidez de Bogotá Cundinamarca el cual se encuentra poco legible, se avizora que se diagnosticó tinitis y vértigo paroxístico benigno como porcentaje de pérdida

de capacidad laboral del 16.20% sin fecha de estructuración y origen no aplica, en dicho documento se avizora además que para esa data se encontraba laborando como mensajero en cesa con vinculación hace 2 años, folio 25 carpeta Memorial subsana contestación 200722 comunicación del 10/03/2016 emanada a la empresa demandada salud ocupacional de los Andes solicitando devolución médico ocupacional del actor por su retiro, en la misma carpeta de circular interna política de manejo de vehículos dirigida a agentes de servicios operadores y conductores de febrero del 2016 mediante la cual se hacen acotaciones respecto del uso y modificación en documento comparendo y devolución del vehículo, en la misma carpeta certificado de aprobación del curso denominado trabajo seguro en alturas nivel avanzado del 12/09/2013 dictada por la administradora de riesgos limitada, en la misma carpeta certificación de afiliación a los trabajadores especialmente el demandante a la ARL el 09/08/2003 en la misma carpeta hoja de vida del demandante observándose como profesión, ocupación u oficio la de conductor, entonces con base en las anteriores pruebas relacionadas este estrado judicial considera pertinente esbozar las incapacidades médicas del demandante de la siguiente manera; fecha de inicio a Folio 122 07/02/2014 fecha fin al 08/02/14 días de incapacidad dos dadas por compensar eps , diagnóstico amigdalitis aguda, folio 123 del 20/02/2015 al 21/02/2015 días de incapacidad dos, la incapacidad la otorgó compensar eps, el diagnóstico amigdalitis aguda, folio 124 fecha de inicio 04/02/2016 y 05/02/2016 2 días de incapacidad, diagnóstico cefalea otorgada por compensar, y por último el 20/10/2015 al 20/10/2015 a folio 32, 2 días de incapacidad otorgada por la Cruz Roja colombiana vértigo paroxístico Benigno ahora sobre el particular la demandada arguyó que desconocía el estado patológico del demandante toda vez que no tenía recomendaciones derivadas de su estado de salud o incapacidades médicas aunado al hecho de que en todo momento llevó a cabo sus funciones de manera normal y sin inconveniente, Por su parte el demandante manifestó que se encontraba bajo tratamiento médico teniendo en cuenta las recomendaciones dadas en las evaluaciones médicas periódicas a lo que le enviaba el Departamento de Salud ocupacional de la empresa, recomendaciones que consistían entre otros en la inclusión del actor en el programa de protección auditiva, higiene postural, cambio de hábitos en el estilo de vida, comer saludable hacer ejercicio osteo muscular ,capacitación para manejo de cargas, hacer pausas activas y las menciones a citas médicas en la EPS con especialistas de otorrinolaringología, aduciendo que en una oportunidad se desmayó en las instalaciones de la empresa razones por las que considera que la empresa vulnero sus derechos al haber suscrito un contrato de transacción que daba por finalizado su contrato de trabajo conociendo las dolencias que aquejaban su salud.

Asimismo en esta audiencia se escuchó el interrogatorio de parte del demandado como el interrogatorio de parte del demandante diligencia en la que la parte demandada manifestó que la terminación de la relación laboral se dio por mutuo acuerdo en la cual fue plasmada en el contrato de transacción que no conoce previo a la transacción hubiera existido un accidente de trabajo y que no conoce que el demandante hubiese tenido durante la vigencia de la relación laboral restricción para ejercer sus cargos, el demandante, por su parte manifestó que firmó la transacción, que recibió el dinero acordado que para el momento de la transacción no estaban capacitado aclarando que si se encontraba enfermo que la pérdida de capacidad laboral se dio después no en vigencia de la relación laboral y que antes de la terminación prestaba de manera normal sus funciones. Entonces corresponde el despacho determinar si al momento de la terminación del contrato de trabajo el actor gozaba de estabilidad laboral reforzada que impidiera el establecimiento del vínculo pues como ya se anotó en procedencia esta no puede darse de manera discriminatoria, si bien es cierto en el presente asunto se encuentra entre todas las patologías del actor lo cierto es que estas por sí mismas no tiene la entidad suficiente para colegir

que el momento del despido gozará de la estabilidad laboral reforzada que predica en ese contexto resulta oportuno advertir que del análisis del acervo probatorio no encuentra este despacho alguna restricción médica que ordenara el cambio de funciones realizadas por el demandante por no encontrarse apto para ejercerlas con motivo de su padecimiento, Asimismo se observa que las recomendaciones dadas al demandante era precisamente efectuadas para evitar un detrimento en su salud eran recomendaciones generales, recomendaciones preventivas y recomendaciones específicas las cuales en ninguna de ellas si bien se observa en los exámenes ocupacionales de ingreso del 2013 y en los periódicos del 2014 y 2015 nada se manifestó con impedimento de padecer alguna enfermedad específica o impedimento de realizar las labores acordadas pues como ya se manifestó estas recomendaciones eran básicamente preventivas y generales. Entonces de sus certificados médicos de aptitud laboral que aportados los cuales se hicieron de manera periódica desde el ingreso del demandante esto desde el 2013 pasando por el 2014 incluso en 2015 e incluso el del 2016 que fue el examen de egreso se colige que como resultado siempre estuvo apto para seguir desempeñando su oficio pues las recomendaciones dadas por los galenos fueron siempre de carácter general y básicas que debe tener toda persona dependiendo del cargo desarrollado más no se encontraron barreras para ejercer la labor encomendada o mucho menos que indicaran una reubicación del cargo del demandante, sobre el particular y lo que se refiere a la disminución de la capacidad laboral para el desempeño de las actividades de un trabajador que alega encontrarse en una enfermedad que le otorga estabilidad laboral reforzada la sala laboral de la Corte Suprema en sentencia 3610 del 06/09/2020 señaló; en este asunto no hay prueba que acredite que las enfermedades que padece la demandante esta es apnea de sueño, asma e hipertensión y síndrome del túnel carpiano le impidan a la trabajadora integrarse a las actividades productivas que antes desempeñaba en la empresa, atención por ventanilla o a otras compatibles con su discapacidad, de hecho las mencionadas enfermedades son comunes en la población además lo cierto es que la empresa conocía la enfermedad de la demandante y aun así no agoto las etapas de rehabilitación integral ,adaptación reinserción y reubicación laborales de trabajadoras simplemente procede a expedir así intentar su inclusión laboral y obtener las autorizaciones de la oficina trabajo pero ello no puede afirmarse a ciencia cierta y con objetividad que no puede ocupar un empleo, en sentencia que si bien efectivamente si se habla o si se garantizó estabilidad laboral reforzada lo cierto es que en el presente asunto como lo que se quiere resaltar el despacho es que no toda enfermedad es incompatible con la labor o no todo padecimiento o afectación en la salud es incompatible con la labor que desempeña y por ende genere estabilidad laboral reforzada por supuesto le corresponde estudiar de manera minuciosa en qué consisten los padecimientos y con qué magnitud los padece, en el sentido de que efectivamente determinar si está impide la realización normal de sus funciones en ese mismo sentido la sentencia T 434 al 2020 adoctrino en todo caso además de la autorización del trabajo, la petición constitucional depende de los siguientes 3 presupuestos básicos;

1. que se establezca que el trabajador realmente se encuentra en una condición de salud que le impida o dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades
2. Que la condición de debilidad manifiesta sea conocida por el empleador en un momento previo al despido y
3. Que no exista una justificación suficiente para la desvinculación de manera que sea claro que la misma tiene origen en una discriminación.

Entonces partiendo de la anterior premisa es dable como se indicó en párrafos anteriores no se encontraba limitado para ejercer las funciones en un grado significativo más nótese acá como efectivamente durante toda la relación laboral que abarca aproximadamente 3 años tan solo tuvo 6 días o máximo 8 días de incapacidad todos con diagnósticos diferentes con

excepción de los 2 primeros que fueron de amigdalitis, el tercero de cefalea y el cuarto si se encuentra someramente relacionado con el que se establece en la pérdida de capacidad laboral, por tanto no se encontraba limitado para ejercer las funciones pues no había una orden médica que específicamente recomendará el cambio de estas o que sus padecimientos eran incompatibles con ese desarrollo de la actividad que ejercía el demandante como conductor. posición que se acentúa aún más al no haber sido aportada la historia clínica de la EPS en la que se denota que efectivamente el actuó a su parecer, hubiese acudido a las citas médicas con el especialista de otorrinolaringología que fueron ordenadas en las evaluaciones de salud ocupacional escenario que muestra el actuar respecto de su salud, pues de las incapacidades allegadas únicamente una de ellas como ya se manifestó concuerda con el diagnóstico que hoy le aqueja la cual no tiene la entidad suficiente para hacer una estabilidad a su favor por motivos de problemas de salud, máxime se encuentra que dicha incapacidad se da en octubre de 2015 sin que haya después de octubre de 2015 hasta marzo del 2016 se haya acreditado que el demandante haya continuado padeciendo la misma enfermedad, que esos episodios de vértigo sean concurrentes y que efectivamente le hayan generado la obligación de acudir a un tratamiento específico que los que hubiera realizado para el momento de la terminación de mutuo acuerdo, efectivamente el 18 de marzo del 2016 cuando se le hace la valoración ocupacional o examen de retiro se manifiesta que aún se encuentra apto para trabajar sin ninguna recomendación o provisión por ejemplo en altura que es con lo que está intrínsecamente relacionado, de este mismo modo si bien es cierto existe un dictamen de pérdida de capacidad laboral también lo es que el mismo no contiene fecha de estructuración y en lo que respecta al origen de la enfermedad se indica no aplica siendo pues cuesta arriba otorgarle valoración favorable alguno de los intereses al del demandante nótese que efectivamente además salió o se retiró del servicio por mutuo acuerdo el 10/03/2016 y esta pérdida de capacidad laboral tan sólo se realiza en el año 2019 sin que se haga énfasis efectivamente que ese primer episodio que tuvo en el 2015 haya tenido recurrencia, haya tenido una obligación de hacer un tratamiento y allí en ese canal principal no se establece efectivamente cuál es la pérdida de capacidad cuál es el tratamiento y cuándo es que emerge en realidad la enfermedad que hoy pregona, al mismo tiempo debe hacerse referencia a que si bien la parte demandante hizo mención en el escrito liberal a un accidente de trabajo que padeció el 08/01/2014 lo cierto es que dicho accidente en poco o nada influyen la enfermedad actual que padece el promotor del proceso pues nótese efectivamente que dicho accidente tiene relación con la caída de un aceite en su pie y no está relacionado con el diagnóstico de vértigo, amén de lo anterior la área de colmenar decidió cerrar el caso debido a que el tratamiento concluyó sin secuelas aunado al hecho de que el actor se le brindaron las protecciones requeridas durante su recuperación situación que también se ve superada al haber continuado la relación laboral con la empresa demandada adicional a ello el accidente de trabajo ocurrió el 08/01/2015 y la terminación por mutuo acuerdo del contrato de trabajo se dio 2 años después.

Por los anteriores argumentos resulta claro que el demandante no tiene el derecho al reintegro como quiera que no se avizora que para el momento de la celebración del contrato de transacción que dio por terminada la relación laboral el demandante no se encontraba limitado para llevar a cabo las funciones que le fueron encomendadas ni siquiera se encuentra demostrado que para aquel momento se encontraba realizando un tratamiento como cuenta de la última incapacidad reportada a la demanda que fue en octubre del 2015 o sea hasta el último día de la actividad no se encontraba incapacitado o con restricciones que le impidieran laborar e incluso como se dijo anteriormente en el examen de egreso salió apto para continuar trabajando razón por la cual no se acredita que su estado de salud

tuviera conexión con la terminación del contrato de trabajo por lo que se denegará, ahora sí hubiese presentado disminución en la relación de sus actividades las cuales en la relación laboral se llegaría a la misma situación y esto es a denegar el amparo primero pues porque como ya se manifestó no toda sección de salud que tenga una persona le da derecho o le genera esa estabilidad laboral reforzada sino que además pese a que en cada examen ocupacional se le hacían las recomendaciones esas recomendaciones eran generales las cuales conocía el demandante amén de lo anterior no se evidencia que lo conocía la demandada, también del anterior no se evidencia que la empresa demandada tuviera a ciencia cierta conocimiento del padecimiento de vértigo o que ese padecimiento de vértigo se hubiera prolongado en el tiempo que le hubiera generado un tratamiento más cuando efectivamente solo se dio una incapacidad por 2 días el día en octubre del 2015 con esa situación lo cual efectivamente se puede concluir efectivamente que no hubo ni tampoco podría pensarse pese a esas afecciones de salud que hubiese un nexo de causalidad entre la terminación del contrato y el padecimiento que tan solo se avizora en octubre del 2015 que le generó 2 días de incapacidad amén de que el establecimiento de la relación laboral devino por mutuo acuerdo el cual conserva plena validez como ya se explicó por no estar viciado el consentimiento, en ese orden debe el despacho denegar la pretensión principal como ya se manifestó en el reintegro por no haberse acreditado que el demandante estuviera gozando de la garantía de estabilidad laboral reforzada y que este pues fuera causante de la celebración del contrato de transacción determinación del mutuo acuerdo que se manifiesta que al ser terminación de mutuo acuerdo lejos esta del fenómeno de discriminación que se pretende proteger en esta clase de asunto, Asimismo se accedió a la protección principal de reintegro, debe señalarse que los mismos argumentos serán los expuestos para despachar desfavorablemente las pretensiones subsidiarias como quiera que se basa bajo la misma prerrogativa y esto es de la estabilidad laboral reforzada para solicitar la indemnización de que trata el artículo 26 de la ley 361 del 97 y la indemnización por despido sin justa causa, la primera bajo los mismos argumentos se cae al señalar que el demandante no se encontraba con estabilidad laboral reforzada y la segunda es la indemnización por despido sin justa causa pierde su sustento al señalar que la relación terminó por mutuo acuerdo el cual ya se manifestó no tiene vicios contrato de transacción que tiene plena validez. Por ende, se denegarán también las pretensiones subsidiarias. Frente a las excepciones considera el despacho que los argumentos expuestos darán para declarar probada las excepciones propuestas por la parte demandada esto es cobro de lo no debido por la ausencia sin justa causa de insistencia de obligación y procedencia de la nulidad..”

Inconforme la parte demandante presenta recurso así:

“..presento la respectiva apelación contra la sentencia emitida por este despacho de primera instancia ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá, solicito tener en cuenta los siguientes elementos en cuanto a las pretensiones y el nivel o probatorio de la demanda, **en un primer sentido se debe tener en cuenta que el acuerdo de transacción carece de legalidad teniendo en cuenta que el código sustantivo del trabajo señala unos derechos mínimos para los trabajadores que son ciertos e indiscutibles y en consecuencia se caracterizan por ser inconciliables e irrenunciables como ejemplos podemos citar el salario , las prestaciones sociales, la Seguridad Social entre otros, así como también existen unos derechos inciertos e indiscutibles que pueden ser conciliados y transados entre el empleador y el trabajador de acuerdo a la guía institucional de conciliación laboral del Ministerio del interior y de Justicia esto se caracterizan por los siguientes: cuando los hechos no son**

claros versus justa causa para la terminación unilateral del contrato de trabajo o accidente de trabajo donde no se precisan las circunstancias de tiempo ,modo o lugar, cuando la norma que lo consagra es ambigua o admite varias interpretaciones versus alcances del decreto 2351 de 1965, artículo 25 sobre las consecuencias del despido cuando se tramitó un conflicto colectivo, reintegro indemnización cuando el nacimiento del derecho está supeditado al cumplimiento de un plazo o condición, ver suspensión edad y tiempo de servicio y cuando existe una circunstancia que impide su nacimiento o exigibilidad por ejemplo la prescripción también cuando se tienen meras expectativas o esperanzas en el reconocimiento del derecho incierto e indiscutible pues requiere ineluctablemente de la prueba de su exigencia para poder ser exigido así por ejemplo si el trabajador reclama indemnización por despido injusto este debe probar el despido y el empleador no probar su justificación de lo contrario estaremos frente a un derecho incierto y discutible susceptible de ser transigido y conciliar entonces su señoría como confirmatorio de lo anterior el artículo 15 del código sustantivo del trabajo advierte que la transacción no es válida cuando versa sobre derechos ciertos e indiscutibles y Adicionalmente el artículo 2469 del Código Civil indica la no existencia del contrato de transacción cuando se renuncia a un derecho que no se disputa porque es mínimo e irrenunciable, en ese orden de ideas las conciliaciones laborales y los contratos transacción únicamente aplican para conciliar o transar según el caso derechos ciertos y discutibles por lo tanto cuando en dichos documentos se esté conciliando o transando derechos mínimos ciertos indiscutibles no hace tránsito a cosa juzgada y en consecuencia se podrá interponer la demanda respectiva para exigir su cumplimiento, en ningún caso los empleadores pueden utilizar la conciliación como un mecanismo para validar la terminación de una relación laboral en un contexto en el que una de las partes se encuentra en una situación de debilidad manifiesta en razón de su enfermedad así lo manifestó la Corte Constitucional al manifestar que el empleo de este mecanismo como arreglo prejudicial es un medio eficaz para finalizar de mutuo acuerdo de una relación laboral siempre que quede allí consignado de manera expresa las condiciones de la terminación del contrato a juicio de la de la corporación de no ser así se estaría avalando la omisión del deber de solicitar en estos casos el permiso de la autoridad laboral competente para materializar la terminación a fin de garantizar el derecho a la estabilidad laboral forzada.

En este sentido su señoría también se pronuncia la Corte Constitucional en la sentencia T 217 magistrada ponente María Victoria calle en cuanto a que es posible que un trabajador aquejado por una enfermedad sufra una merma en sus capacidades para desempeñar las labores en las condiciones que le han sido asignadas la reacción ante tal situación en lugar del despido ha de ser reevaluar la forma en que cumple el contrato de trabajo para lo cual ambas partes deben actuar de manera solidaria y cooperativa ,el empleador respetando la estabilidad laboral del trabajador y este último empeñando su capacidad y esfuerzo por contribuir al logro de los objetivos de la empresa, en lo que quiero hacer énfasis es que primero efectivamente se firma un acuerdo de transacción donde existió voluntad de las partes claro pero precisamente se omite de manera expresa que el trabajador tenía unas afecciones médicas que de alguna manera pues el despacho en primera instancia no valoró y en este sentido también quiero hacer énfasis en que primero efectivamente el trabajador demostró y la carga probatoria específica en el nivel de la presentación de la demanda y bien lo desglosó la juez de primera instancia en que el trabajador si tenía y si padecía unas afecciones médicas y que efectivamente como lo mencionó el apoderado de la parte demandada y que mencionó en algún momento que el accidente no había sido el accidente que ocurrió en el año 2015, que el accidente el 20/10/2015 más específicamente que no había sido en el horario en que estaba ejerciendo las actividades en la empresa Cemex y no fue así porque el accidente fue efectivamente en el momento en que el trabajador tenía turno

desde las 6:00 am entonces debe tenerse en cuenta su señoría que derivado de ello se presentaron una serie y anteriormente se presentaron toda una serie de afecciones médicas que tenía el trabajador en el momento del despido y eso se pudo corroborar ahora claro que la empresa y claro que el demandado sabía y tenía conocimiento de esta situación médica que padecía el demandante, de hecho por las incapacidades o sea es que las incapacidades develan que efectivamente tenía conocimiento y además unas restricciones médicas que como lo expresó la juez de primera instancia evidentemente devela que el trabajador si venía con una serie de afectaciones que no fueron contempladas en el momento en que se firma el acuerdo de transacción por lo cual carece de legalidad ahora la Corte Constitucional también ha hecho énfasis y ya lo mencionó también la juez de primera instancia en las en las situaciones de discapacidad es si bien efectivamente el trabajador no tenía una discapacidad total que lo invalidara a ejercer otros puestos de trabajo se debe tener en cuenta que el diagnóstico del trabajador se refiere de manera específica a una situación que le impide seguir desempeñando como conductor, es que precisamente el diagnóstico tiene que ver con un vértigo permanente que el trabajador le va a invalidar su ejercicio en su cargo ,el trabajado devela también en las pruebas de la presentación de la demanda que **el trabajador se desempeñaba como conductor entonces un padecimiento y un diagnóstico de vértigo permanente al trabajador no le va a permitir seguir ejerciendo sus actividades laborales , esto es importante tenerlo en cuenta ahora para el momento en que se firme el acuerdo de transacción efectivamente no teníamos el porcentaje de pérdida de capacidad laboral porque el trabajador se encontraba en un tratamiento médico vigente; de hecho también es importante tener en cuenta que así como lo ha manifestado de manera reiterada la Corte Constitucional inclusive la sala laboral de la de la Corte Suprema de Justicia el trabajador cuenta con más del 15% de pérdida de capacidad laboral claro el trabajador firma el acuerdo de transacción y no le es posible culminar su tratamiento y que efectivamente a raíz de ese tratamiento y como consecuencia de ese tratamiento puede ser emitido el diagnóstico el diagnóstico de la pérdida de capacidad laboral, entonces el trabajador tuvo que acudir ante la Junta regional de calificación de invalidez para que la misma le diera el certificado de pérdida de capacidad laboral y es tan importante su señoría que el trabajador tiene más del 15% de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta regional de calificación que es la entidad competente para determinar este tipo de casos entonces su señoría es importante tener esa particularidad en cuenta porque es que ese certificado de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta regional de calificación de invalidez es realmente el documento determinante para saber si el trabajador tiene o no tiene pérdida de capacidad laboral, De hecho así no tenga fecha de estructuración es claro también en este dictamen que desde el primer momento en que el trabajador empieza a tener unas acciones sistemáticas o unos padecimientos sistemáticos que tienen que ver con el vértigo y que tienen que ver con la situación del oído y que tiene que ver con la tinitus, y que tiene que ver con el diagnóstico son los mismos padecimientos que estudia la Junta regional de calificación de invalidez para determinar más del 15% del porcentaje de pérdida de la capacidad laboral entonces no es posible y no es viable que el despacho de primera instancia precisamente asiste y determina la prueba del dictamen de pérdida de capacidad laboral como una prueba sobreviniente porque como lo menciona la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido también enfática en que ese es el documento y ese es el documento realmente previsto y que se tiene como prueba para saber si el trabajador tenía o no tenía pérdida de capacidad laboral y es que la Junta regional de calificación de invalidez también realiza un estudio determinado y sistemático desde que**

momento el trabajador viene presentando estas afecciones entonces hay una producción sistemática realmente de afecciones que no pueden ser desconocidas por el despacho en ese sentido su señoría es claro también que el trabajador tenía el derecho de la estabilidad laboral reforzada y que precisamente de los hechos y las pruebas se desprende que la situación de salud de mi poderdante fue producto del accidente de trabajo Cemex mediante un acuerdo de transacción que a todas luces es ineficaz pues como se mencionó en la jurisprudencia relacionada no se aduce el accidente laboral que padeció el accionante ni mucho menos la gravedad del mismo por las razones anteriormente expuestas evadió las prohibiciones establecidas en la ley 361 de 1997 en particular la previa autorización del inspector de trabajo contemplada en el artículo 26 de dicha forma es decir su señoría el y usted precisamente y el juez de primera instancia lo manifiesta y es que precisamente en el acuerdo de transacción no asisten y el Ministerio de trabajo ni está en una notaría o un juez de trabajo es decir esas condiciones no fueron contemplados por lo tanto es un acuerdo que no puede tener validez en el momento del acuerdo de transacción mi poderdante se encontraba amparado por el fuero de la estabilidad laboral reforzada burlando la obligación que tenían de pedir la autorización del Ministerio del trabajo con el aparente acuerdo de transacción mi poderdante quedó enfermo con grave riesgo para salud y su núcleo familiar amén de las limitaciones para conseguir un nuevo empleo por tanto para garantizar los derechos invocados en la presente acción debe ser sostenido en un cargo de igual o mayor categoría como lo ordena la acción de tutela en mención, haciendo referencia precisamente a una sentencia de la corte constitucional producto de una acción de tutela que ostenta en el momento del acuerdo de la transacción las restricciones medicas vigentes toda vez que hasta el momento mi poderdante se encuentra en tratamiento y en proceso de calificación de la enfermedad profesional y de las nuevas afecciones que se han presentado entonces su señoría aquí entonces tendríamos que tener en cuenta 3 elementos claves;

1. Mi poderdante de hecho se allegó paso por paso y así no hubiesen sido amplios los días de incapacidad que él tuvo en el transcurso de la vigencia de su contrato laboral sí se pudo determinar que él se encontraba en un tratamiento que posteriormente desembocó en la pérdida de capacidad laboral.

2. el empleador sí tenía conocimiento de la enfermedad de mi poderdante tenía conocimiento porque precisamente las restricciones médicas, los trámites ante la ARL y las incapacidades pues fueron previamente informadas al empleador en su momento trae su señoría evidentemente el trabajador por esas razones es garante de la estabilidad laboral reforzada porque precisamente nuevamente tiene que ser un documento determinante el certificado de pérdida de capacidad laboral que finalmente nos da más del 16% es decir analizando las sentencias de la honorable Corte Constitucional este certificado y este dictamen de la Junta regional de calificación de invalidez lo que hace es un estudio sistemático y pertinente a través de las historias clínicas de la enfermedad del trabajador para concluir que el trabajador tiene un diagnóstico y una pérdida laboral de más del 16% que fue producto del tránsito en el cual estaba en vigencia su contrato laboral porque tenemos que en el dictamen es claro que las primeras afecciones se presentan en el 2015 y es que es muy fácil visualizar precisamente su señoría; uno el diagnóstico de la enfermedad del trabajador o sea es importante también tener en cuenta cuál fue el diagnóstico porque precisamente a todas luces es una enfermedad laboral la que padece el trabajador, el diagnóstico fue vértigo para paroxístico benigno o sea es decir el trabajador ese vértigo permanente le incapacita y la invalida para haber seguido ejerciendo sus funciones como conductor precisamente porque es imposible que así sea y porque él desde el primer momento en que se empezaron por eso relacionamos de manera tan juiciosa las incapacidades y los tratamientos médicos desde el principio precisamente es porque ese

padecimiento de vértigo inicia desde el año 2015 época en que tenía una vigencia vuelto y repito en el contrato laboral contra Cemex entonces solicito pues al honorable Tribunal Superior de Bogotá que tenga en cuenta este recurso de apelación precisamente para revocar la sentencia de primera instancia en todas sus partes y sean concedidas las pretensiones elevadas en la demanda y Así mismo se ha reintegrado el trabajador y sean admitidas las respectivas pretensiones y condenas , Asimismo su señoría debe tenerse como también en cuenta lo mencione los elementos también que explicó nuevamente pero que además fueron parte del debate probatorio, fueron parte del litigio para que efectivamente sean concedidas la totalidad de las pretensiones en las consideraciones del honorable Tribunal Superior de Bogotá...”

CONSIDERACIONES

En cumplimiento de lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la SS la Sala estudiara el recurso, en sus específicos argumentos, esto es insistiendo en la ilegalidad de la transacción y en el que para ese momento el trabajador gozaba de estabilidad laboral reforzada.

De la transacción

Para resolver, vale decir que el análisis legal y jurisprudencial que hace la recurrente sobre la figura de la transacción si bien resulta pertinente solo para ello; es decir para determinar en que consiste y como se aplica en materia laboral dado que en esta materia efectivamente se debe analizar que no se vulneren derechos ciertos e indiscutibles; no lo es para establecer cuando resulta ilegal o no porque ello solo dependerá de dos aspectos a saber: i) que para su suscripción se hayan dado vicios del consentimiento y ii), que no se hayan transado derechos ciertos e indiscutibles.

El primer aspecto salta a la vista ni siquiera fue debatido, porque ni siquiera fue presentado, en la demanda y en el argumento de la Juez siempre se partió de haber sido libre y voluntario, lo que tampoco se desconoce en el recurso.

En ese orden restaría analizar si se violaron o no derechos ciertos e indiscutibles, que en este caso se limitaron a la estabilidad laboral reforzada, que se asegura existía en el momento del pacto, ignorando la recurrente, que la Juez determinó que como nada se dijo en la transacción al respecto, no se declaraba probada la excepción de cosa juzgada y por

ello estudió si existía o no dicha estabilidad. Por tanto, irrelevante resulta ahondar en la ilegalidad de la transacción frente a las pretensiones principales. No obstante y desde ya se advierte, para la Sala; el acuerdo de transacción en cuanto a la terminación del contrato es totalmente válido, toda vez que no se acreditaron vicios del consentimiento, ni menos aún vulneración de derechos ciertos e indiscutibles, ya que el estado de salud del demandante en ese instante y por tanto la existencia de estabilidad laboral reforzada, no surge como tal, es más su discusión analizada en esta sentencia se opone al concepto de derecho cierto e indiscutible, que se itera, no resulta pertinente analizar, dado que fue resuelto por la Juez; sin que ello, insiste la Sala afecte la validez del acuerdo en cuanto a la terminación del contrato, por mutuo acuerdo; que se itera por importante, no impide analizar la estabilidad laboral reforzada que dice el actor tenía en ese momento.

Precisado lo anterior, veamos entonces si existía o no estabilidad laboral reforzada al momento de la finalización del contrato, que, de lugar a las pretensiones, esto es reintegro o indemnizaciones presentadas de manera subsidiaria.

De la estabilidad laboral reforzada

Aduce la recurrente que la demandada conocía el estado de salud del trabajador, que había presentado incapacidades y que si bien a la terminación no se conocía el dictamen, en este momento si a pesar de no tener determinada fecha de estructuración.

Bien el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, modificado por el Decreto 019 de 2012 indica que “En ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. **Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio de Trabajo...**”

La anterior Ley fue expedida **con el fin** de garantizar una protección integral y readaptación social del limitado físicamente en un grado de

moderado, severo o profundo, lo cual se deduce del artículo 1º y 5º de la norma en mención, esto es, que no hacen parte de esa población protegida los demás limitados que no padecen ese grado de minusvalía y se estableció en el artículo 26 la prohibición para los empleadores **de obstaculizar una vinculación laboral por motivo de la limitación física de una persona**, a menos, que esta se demuestre como incompatible o insuperable para el ejercicio del cargo, lo cual persiste independientemente de las discusiones sobre derogaciones y vigencia.

Sobre el tema la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias 35606 de 2009, 36115 de 2010, 41845 de 2012, 42451 de 2016 y en la más reciente 46842 del 22 de febrero de 2017, **señaló que dicha estabilidad no se otorga con el sólo quebrantamiento de la salud o por encontrarse el trabajador en incapacidad médica, pues debe acreditarse la limitación física, psíquica o sensorial, correspondiente a una pérdida de capacidad laboral, para lo cual enseñó una serie de requisitos que se exigen para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 como son: “(i) Que el peticionario pueda considerarse una persona en situación de discapacidad, o en estado de debilidad manifiesta; (ii) Que el empleador tenga conocimiento de tal situación; y (iii) Que el despido se lleve a cabo sin permiso del Ministerio de la Protección Social.**

Es claro entonces, que para que opere la protección al momento del despido debe existir o bien discapacidad o bien un estado de debilidad manifiesta que también y según lo ampliamente analizado tanto por la Corte Suprema como por la Corte Constitucional da lugar a la protección contenida en la Ley 361 de 1997, **pues si ella existe el despido o terminación se presume discriminatorio, debiendo la demandada probar que no lo fue, que obedeció a una razón objetiva y no a tal condición.**

Ahora, no desconoce la Sala que la Corte Constitucional se ha referido a una especial protección para aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (art 13 CP), pero también resulta claro que ello no aplicaría en este caso, toda vez **que no toda persona con una**

incapacidad médica, o en tratamiento se encuentra en dichas condiciones, por algo las incapacidades son limitadas en el tiempo, pues en este, se espera la recuperación ya que de no obtenerla se transformará su condición en ese caso sí, a una persona con limitación permanente, minusválida o discapacitada a la cual el Estado debe proteger especialmente; pero menos aún, se itera cuando las incapacidades otorgadas en el mes de septiembre fueron de dos y la última de un día por un dolor articular. (Ver fl 271, incapacidad con fecha inicial 29 de septiembre de 2014 y final el mismo día)

Obsérvese entonces que en 2016 cuando terminó el contrato como en la historia clínica, específicamente la que aparece a folios 69 y siguientes correspondiente al año 2014, no se acreditan incapacidades prolongadas, que llegaran incluso a antes o a la fecha del acuerdo de terminación y si bien existieron antes, para esa fecha el actor se encontraba desarrollando sus funciones.

La Sala revisó el Dictamen de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional, cuya fecha es 18/10/2019 y en la que si bien se determina una pérdida de capacidad laboral y ocupacional de 16,20%; efectivamente no indica una fecha de estructuración, luego imposible resulta inferir que existía en 2016, que era conocida por el empleador y menos aún que ese fue el motivo para finalizar el contrato o que por ese conocimiento se presuma discriminatorio.

Conviene y no sobra agregar que en reciente sentencia **SL572 de 2021 Rad 86728, M P LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ**; la **C S J** insiste, en que exigir la calificación de la pérdida de capacidad laboral no es un capricho, porque la protección derivada de la ley 361 de 1997, requiere de una situación de discapacidad, al tiempo afirma, “que ello implica soportar un nivel de limitación en el desempeño laboral, necesario para establecer la relación directa con el acto discriminatorio que originó el despido”. Incluso agrega la Corte que, para conocer ese nivel de disminución en la capacidad laboral por razones de salud, **no basta una historia clínica, sino que es necesario establecer la limitación para laborar** y ello solo se logra con una evaluación de carácter técnico, donde se

valore **el estado real del trabajador desde el punto de vista médico y ocupacional.**

La Sala revisó el expediente e insiste en que aunque encontró antes de 2016 algunas incapacidades y situaciones de salud y recomendaciones ninguno de ellos suficiente para establecer ese estado real de salud, que le impidiera al demandante desarrollar su labor, al punto de poder presumir que la firma del acuerdo de terminación, implicaría un acto discriminatorio por esa causa; **y por tanto en este caso no existe la presunción, de terminación discriminatoria por lo que se aplican plenamente las sentencias de la Corte Suprema al respecto que como ya vimos explican detalladamente el tema y en el que se insiste se sigue sosteniendo que esta protección opera solo para ciertos estados de salud que, por su grado de intensidad, hacen que el despido o terminación se presuma realizado por esa condición y no por otras, o lo que es lo mismo se presuma discriminatorio.**

Finalmente, al no existir estabilidad laboral reforzada, tampoco hay lugar al pago de la indemnización prevista en la ley 361 de 1997, así como tampoco hay indemnización por despido injusto ya que como ya se dijo la transacción sobre la forma de terminación del contrato resulta valida, documento suscrito **10 de marzo de 2016, en las que las partes dejaron expresa constancia de haber acordado la terminación del contrato a partir de esa fecha, mediante el pago de una cifra para zanjar cualquier diferencia en la liquidación de prestaciones y sin que se dieran vicios del consentimiento.**

Por lo expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO: Sin costas en la instancia

Las Partes serán notificadas por EDICTO, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la S S.

Los Magistrados



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, D.C.
SALA LABORAL**

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARLOTA USECHE RODRIGUEZ
VS EDIFICIO SANTA BIBIANA PROPIEDAD HORIZONTAL RAD N° 39-
2019-427-01**

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

La señora **CARLOTA USECHE RODRIGUEZ** actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral en contra de **EDIFICIO SANTA BIBIANA PROPIEDAD HORIZONTAL** para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 5 de mayo de 2004 hasta el 17 de julio de 2017 y en consecuencia se le condene a pagar prestaciones, vacaciones, intereses a las cesantías, indemnización por despido sin justa causa, aportes, sanción por no consignación en el fondo de cesantías, sanción moratoria, indexación, costas y agencias en derecho, extra y ultra petita. (Expediente Digital).

Como fundamentos fácticos de las pretensiones manifiesta la parte actora que laboró para la demandada desde el 5 de mayo de 2004, que el 17 de julio de 2017 se terminó el contrato de forma verbal, sin observar el debido proceso y sin informar el motivo de despido, que el cargo desempeñado era el de aseo, que laboraba tres días de la semana de 8:30 am a 4:30 pm, que el contrato era a término fijo de un año, que el último salario devengado fue de \$924.519, que la demandada no consignó cesantías de 2004 a 2015 y solo lo hizo en 2016, de igual forma no hizo aportes en esas fechas, y en caja de compensación familiar, que la demandada hizo abonos sin autorización, que en 2016 dan autorización para

retirar las cesantías afirmando que el retiro es por vencimiento del contrato, que a la fecha de presentación de la demanda no se ha cancelado la liquidación. (Expediente Digital).

La demandada contestó la demanda, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos. En cuanto a los hechos los negó en su mayoría, aceptando solo los relativos a la existencia de contratos a término fijo. Propuso las excepciones de cosa juzgada, prescripción y carencia de fundamento fáctico y jurídico. (Expediente Digital).

Tramitada la primera instancia, la Juez Treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el diez (10) de mayo de 2021, por la que resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la existencia del contrato a término indefinido entre CARLOTA USECHE RODRÍGUEZ, por un lado, y EDIFICIO SANTA BIBIANA PROPIEDAD HORIZONTAL, por el otro, con fecha inicial 4 de mayo de 2004 y fecha final 30 de junio de 2017.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada EDIFICIO SANTA BIBIANA PROPIEDAD HORIZONTAL al reconocimiento y pago a favor de CARLOTA USECHE RODRÍGUEZ de las siguientes sumas de dinero:

- 1. Cesantías la suma de \$2.848.709*
- 2. Prima de servicios la suma de \$588.016*
Valores que deberán ser indexados a la fecha de su pago efectivo, con base en el IPC certificado por el DANE

TERCERO: condenar a la demandada EDIFICIO SANTA BIBIANA PROPIEDAD HORIZONTAL al pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones en que se encuentra afiliada la demandante o el que sea de su elección en caso de no encontrarse afiliada, por tres días laborados a la semana, con un índice de base de cotización indicado en el acápite respectivo y por los siguientes periodos faltantes...”

CUARTO: DECLARAR LA COSA JUZGADA respecto de la pretensión de despido sin justa causa, por las razones indicadas en esta providencia,

QUINTO: ABSOLVER a la demandada EDIFICIO SANTA BIBIANA PROPIEDAD HORIZONTAL de las demás pretensiones incoadas por CARLOTA USECHE RODRÍGUEZ.

SEXTO; DECLARAR parcialmente probada la excepción de PRESCRIPCIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO propuesta por la demandada....”

Para llegar a esa conclusión en síntesis señaló la Juez:

“...De acuerdo a lo señalado la sentencia SL 2590 del 2020 sobre este tópico se tiene “esta proposición se ha pronunciado respecto a los presupuestos de la cosa juzgada entre otros en sentencia SL1786 del 2017, SL198 del 2019 reiteradas en la SL 1354 del 2019 en la que se estableció que de conformidad a lo regulado en el artículo 303 del CGP antes 332 del CPC debe coincidir los siguientes presupuestos; identidad jurídica de las partes, objeto solicitado del beneficio jurídico que se reclama y causa para pedir que se refiere al supuesto factico material que sirve de fundamentó al derecho reclamado. De tal suerte que se debe establecer con exactitud la pretensión lo que conlleva a revisar cada uno de los elementos objeto y causa si examinamos los mismos alguno difiere se trata de una petición distinta por consiguiente no se estaría en presencia de dicha institución” así a folio 62 fue allegada la conciliación celebrada entre las partes el 5 de marzo de 2019, apartes de ella transcritos por la Juez. Luego de cita expresa: “..., entonces de lo anterior se advierte en primer lugar que se cumplieron los requisitos de cosa juzgada por identidad de parte siendo la demandante y la demandada las mismas que intervienen en este proceso, que esta conciliación se originó por la relación laboral entre aquellas desde el 5 de mayo del 2004 al 30 de julio de 2017 siendo necesario aclarar que el acuerdo conciliatorio recayó únicamente frente a la pretensión reclamada por la demandante esto es por el despido sin justa causa por lo tanto esta conciliación celebrada el 5 de marzo del 2019 hizo tránsito a cosa juzgada solamente en la relación con la pretensión de despido sin justa causa que hoy se pretende en el presente proceso razón por la cual el despacho ante esta pretensión declarara probada la excepción de cosa juzgada y frente a las demás pretensiones no, como quiera que del texto de la conciliación no se evidencia efectivamente que se haya discutido el pago o no de las demás acreencias laborales...Pasamos al segundo problema jurídico que es la modalidad del contrato, el despacho debe señalar antes de ello pues que de acuerdo al artículo 22 del CST para que exista un contrato de trabajo se requiere que es aquel por la que una persona natural se obliga a prestar un servicio, en el presente caso pues evidenciamos que la parte demandada jamás a desconocido estar inmersa en una relación laboral pues así lo reconoció no solamente al momento de contestar la demanda sino en la conciliación que hoy hace transito frente a la cosa juzgada de indemnización por despidos sin justa causa y también se ha corroborado por el interrogatorio de parte demandada es decir no hay duda que la demandante prestó sus servicios para el condominio demandado, desde el 2004 porque si se manifestó tanto por la representante legal y la demandada cuando señalan que ella inicio las labores en el 2004 sin precisar efectivamente el mes, en la conciliación por la cual se aceptó la indemnización por despido sin justa causa en la cual si quedo consagrado que esta relación laboral inicio en mayo de 2004 y por la contestación que de estos hechos se hicieron en la contestación de la demanda por ende el despacho como bien lo manifestó al momento de fijar el litigio no le compete establecer si existió o no un contrato de trabajo porque ello está aceptado lo que le compete establecer es cual fue la modalidad contractual es decir si se dio a término fijo como lo señala la parte demandada o si se dio a través de un contrato de término indefinido como lo señalo la parte demandante. Al proceso se llegaron las siguientes pruebas en aras de dilucidar este punto.

Folio 8 inscripción de la personería jurídica del edificio Santa Viviana del barrio Usaquén, folio 9 contrato de prestación de servicios personales suscritos entre la actora y la demandada con duración de contrato por 6 meses del 15 de junio del 2015 al 15 de diciembre del 2015 en el que se indica como objeto del contrato la limpieza en las zonas comunes del edificio 3 días a la semana sin restricción de horario y como precio del contrato acuerdan el valor de un salario mínimo legal diario más el subsidio de transporte diario del cual descontara los aportes a seguridad social, en la cláusula séptima el contrato se dará por terminado al finalizar el tiempo pactado o cuando las partes lo convengan de mutuo acuerdo o

unilateralmente en las condiciones señaladas en la ley. A folio 10 obra contrato de prestación de servicios entre la actora y la demandada por un tiempo de año del 1 de julio de 2016 al 30 de junio de 2017 en la que los mismos términos que el anterior agregando que en la cláusula quinta que el pago será quincenalmente por los días laborados, a folio 11 al 19 liquidación de prestaciones sociales de los siguientes periodos en los que se indica que los días laborados son 3 a la semana, señalando entonces en cada liquidación lo siguiente; a folio 19 la liquidación del 1 de mayo del 2008 al 30 de abril del 2009 tiempo de servicio un año valor diario 23.250 concepto pagado cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, valor total \$ 484.264, la del folio 18 del 1 de mayo del 2009 al 30 de abril del 2010, valor 1 año salario diario 23.715 pagado cesantías, intereses y vacaciones valor pagado \$ 487.758 a folio 17 obra la liquidación del 1 de mayo del 2011 al 30 de abril de 2012 un año valor diario 26.150 se le pagan cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones valor pagado \$538.000 mil pesos a folio 16 liquidación de 1 de mayo del 2012 al 30 de abril de 2013 por un año, salario diario 28.000 pesos se pagan cesantías, intereses y vacaciones por el valor de 589.680, a folio 15 el 1 de junio de 2013 al 31 de mayo 2014 valor diario por un año 29.260 cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones valor total pagado \$ 601.590 a folio 14, 1 de junio del 2014 al 31 de mayo de 2015 un año no dice cuál es el salario diario se pagan cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones por un valor total \$ 629.259 a folio 12 obra la liquidación del 1 de junio de 2015 a 31 de mayo de 2016 un año valor diario 32.748 se le pagaban cesantías, intereses y vacaciones por un total de \$ 673.299 a folio 13 del 1 de julio del 2016 a 31 de diciembre de 2016, 6 meses se le pagan intereses de cesantías 25.345.62 pesos a folio 12 obra liquidación del 1 de julio del 2016 al 30 de julio 2017 no dice el valor del diario se le pagan cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, vacaciones por un valor de 804.70 pesos pero se aclara que las cesantías del 2016 fueron consignadas a Porvenir, a folio 20 a 39 pagos de nóminas quincenales del 16 de septiembre de 2016 al 30 de junio de 2017 para los siguientes salarios diarios con auxilio de transporte pagados en el 2017, \$27.361,90 más auxilio de transporte de 2771,33 un total de 30.133,23 pesos, en el 2016 diario 25.571,80, auxilio de transporte de 2590 pesos para un total diario de \$ 28.161,80 a folio 40 obra certificación expedida el 22 de octubre de 2010 por la demandada en la que se indica que la actora labora en el edificio desde el 5 de mayo del 2004 hasta la fecha en el cargo de servicios generales y una autorización dirigida a porvenir expedida por la demandada del retiro de las cesantías por parte de la actora.

A folio 50 milita solicitud del 17 de agosto de 2017, elevada por la actora a través de la defensoría del pueblo mediante el cual se comunica a la demandada las peticiones requeridas por aquella frente a la relación laboral y reclama la indemnización por despido sin justa causa, a folio 51 reposa respuesta emitida por la demandada a la defensora del pueblo en la que indica que la señora Useche prestó sus servicios de aseo en las zonas comunes de la copropiedad tres días a la semana mediante un contrato escrito a término fijo se suscribió con esta copropiedad por un año entre el 1 de julio del 2016 al 30 de julio de 2017 hasta ese tiempo se hicieron los aportes de ley y después de esa fecha la señora Useche no continuó prestando los servicios, a folio 53 obra petición de octubre de 2018 elevado por la actora mediante el cual solicita que le realicen los pagos de pensión correspondientes al periodo del 5 de mayo al 1 de agosto de 2016, folio 60 aparece respuesta del 27 de noviembre de 2018 dada al derecho de petición anterior al cual le contestan a términos iniciales que no es cierto que se hubiera dado una relación laboral al 25 de mayo de 2004 ni que hubiera ocurrido el despido sin justa causa, a folio 62 conciliación celebrada entre las partes, 5 de marzo 2019 se plasmó como hechos reclamados indemnización por despido sin justa causa cuantía de \$2.000.000 donde precisamente se establece dentro de los ítem para tener en cuenta para llegar a esa conciliación el extremo inicial y el extremo final de la relación laboral que es

lo que debe el despacho resaltar, toda vez que lo demás ya se encuentra estudiado en el anterior ítem, folio 64 recibo constancia entrega por parte de la pasiva de dos millones de pesos de la demandada. Entonces resolviendo el caso objeto de estudio para resolver el problema jurídico esto es que debe el despacho reiterar que no se encuentra en duda la relación laboral que existió entre las partes debiendo entonces determinar el despacho si se dio una serie de contratos de trabajo a término fijo o un solo contrato de trabajo a término indefinido en virtud del principio de la realidad.

Respecto del contrato a término fijo la sentencia SL 4095 del 2020 señaló que tal como la ha reconocido la jurisprudencia de esta corporación el contrato a término fijo es una de esas modalidades contractuales autorizadas por el legislador que no ha perdido la legitimidad y puede ser utilizada libremente por el empleador de acuerdo a sus necesidades dentro de los precisos límites establecidos legalmente pero también ha expresado que esa libertad de elegir la modalidad contractual no es absoluta para el empleador en la medida que el ya no puede servir de los mecanismos para desconocer los derechos de los trabajadores ha dicho así mismo el juez debe examinar si existió unicidad en el contrato de trabajo para de allí extraer todas las consecuencias pues no importa las ocasiones donde se han adoptado estas prácticas con el ánimo de restar antigüedad en el servicio del trabajador bien para favorecer en la liquidación de cesantías o para beneficiarse en ejercer la potestad de dar por terminado el contrato. Así mismo la sentencia SL 3759 del 2019 conviene aclarar que lo propio en cada caso en que deba montarse la modalidad de contrato corresponde a que cualquiera sea la modificación que debe introducirse no solo este lo suficientemente justificada sino que corresponda a la materialidad del servicio de esta forma no resulta procedente que ninguna novedad o alteración en la forma como se presta un servicio subordinado se genere un cambio en otras formas también es una expresión de principio de constitucional de la primacía de la realidad.

En este orden de ideas las pruebas, como ya se manifestaron única y exclusivamente se allegaron; **dos contratos de trabajo firmados y celebrados por escrito el del folio 9 y del folio 10 en los años 2015, 2016 y 2017.** Sin embargo en estos contratos de manera extraña observa el despacho que ha aceptado la parte demandada se denominó contrato por prestación de servicios, según lo anterior el despacho con las pruebas señala que para el presente caso, lo que en realidad existió fue contrato de trabajo a término indefinido pues nótese que si bien es cierto la parte demandada señala que cada año se suscribía un contrato a término fijo, debemos señalar que al presente asunto no se allegó ningún contrato escrito en dicho términos, debemos recordar para este asunto el artículo 46 del CST que señala “el contrato de trabajo a término fijo debe costar por escrito” es decir que si bien es cierto hay libertad contractual para que los empleadores señalen o escojan la modalidad que debe regir la relación laboral, lo cierto es que debe cumplir con las exigencias de la ley, en ese sentido el contrato a término fijo es el único que debe suscribirse de manera escrita, tiene una característica de solemne y en caso tal y así lo ha señalado la corte suprema de justicia en casi de que no aparezca suscrito el contrato de trabajo a término fijo no queda otra opción entender que lo que quedo a las partes es un contrato a término indefinido en aplicación a la primacía de la realidad contemplada en el artículo 53 de la carta política. **Ahora señala la parte demandada tanto en la contestación de la demanda como lo refuerza en el interrogatorio de parte que la relación laboral no fue una sola, no fue uniforme por cuanto tenía algunas interrupciones según lo manifestado por la demandada el día de hoy tenía incluso interrupciones de 2 a 3 meses** y mencionó que en esas interrupciones se contrataba a una persona para que hiciera las labores. **Sin embargo tal situación no encuentra soporte alguno con las mismas documentales que aparecen en el proceso, se tiene que las liquidaciones aportadas que ya fueron narradas en el presente proceso se observa que no existe una interrupción mayor a 2 meses, no hay interrupción alguna nótese que**

efectivamente el 1 de mayo del 2008 al 30 de abril del 2009 la que está a folio 19 y seguidamente hay otra liquidación la 1 de mayo del 2000 a 30 de mayo de 2010, no hay ninguna interrupción entre esa prestación de servicio así mismo entre las del 12 y 14, las del año 2015, 2016 y 2017 pero queda resaltado el despacho que si bien es cierto de las liquidaciones se observa que efectivamente existe una liquidación del 1 de mayo del 2000 al 30 de abril del 2010 y la siguiente liquidación es del 1 de mayo de 2011 en la que uno pudiera pensar que hay una interrupción de un año de la no prestación del servicio. **No puede olvidar el despacho que existe una certificación suscrita por la misma identidad de la demandada en la que para el 22 de octubre del 2010 certifica que la señora demandante se encuentra laborando desde el 4 de mayo del 2004 sin que allí esa certificación se hubiese resaltado una interrupción**, así mismo existe otra interrupción que uno pudiera dar y de estudiar que es la que obra entre la liquidación del 2013 y 2014 como quiera que la liquidación de 2013 que obra a folio 16 se dé finiquita se hace el 30 de abril de 2013 y la del 2014 se comienza el 1 de junio de 2013 lo que nos indicaría que son 30 días de suspensión. Sin embargo el despacho considera que es menester aplicar lo que ha dicho la Corte Suprema de Justicia frente a estas interrupciones que hay cuando se maneja de manera indebida un contrato de trabajo a término fijo que se liquidaba a un año o contratos de prestación de servicios antes de dictar la sentencia debe el despacho ser conteste con lo manifestado por el abogado de la parte demandada en el sentido que una cosa es que se utilice un contrato a término fijo pero si este es continuo no da la obligación del empleador de cancelar o liquidarlo de manera anual porque la relación laboral en realidad y de acuerdo al artículo 53 no termina sino que continua y así lo corroboró la parte demandada **cuando señaló que lo que hacía era que se le liquidaba y la señora demandante iba a disfrutar sus vacaciones**, de acuerdo a estas interrupciones el despacho debe traer a colación la sentencia SL 495 del 2020 que a su vez trajo la SL 5595 del 2019 en la que se indicó “ pues bien sobre los extremos en que exista una relación laboral la jurisprudencia ha señalado que la significativa y considerable solución de continuar impide de que pueda aplicarse la omnicidad contractual precisamente en esta última providencia la sala señaló en torno al desarrollo lineal y la unidad de contrato de trabajo resulta pertinente recordar que cuando la celebración de uno u otro contrato media interrupciones breves podrían ser aquellas inferiores a un mes estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de continuar con el vínculo laboral como aquí acontece así lo hace alusivo la corte suprema de justicia en la sentencia SL4816 del 2015, esta sala de la corte ha expresado que las interrupciones que no sean amplias, relevantes o de gran envergadura no desvirtúan la unidad contractual bajo otros supuestos en los que se ha estimado que las interrupciones de 1,2 o 3 días incluso mayor a 6 días, no conducen a inferir una solución de continuidad al contrato de trabajo real sin embargo ese análisis no puede hacerse extensivo a este caso en lo que está aprobado es que la relación tuvo rupturas superiores a un mes que lejos de ser aparentes o formales se aducen son reales en tanto que ponen en evidencia que en esos periodos no hubo una prestación del servicio sin que además exista prueba eficiente de intención de la demandada con el demandante en esos periodos”. Así las cosas efectivamente de acuerdo a los interrogatorios y las pruebas documentales que se deben valorar como quiera que la testigo no le constaba ninguna situación pues debe señalar el despacho, se manifestó que **esas interrupciones de acuerdo a los documentos no tienen la entidad suficiente para establecer una solución en la interrupción del servicio** como quiera que efectivamente si bien no aparece de la liquidación entre el 1 de mayo del 2010 al 30 de abril del 2011 lo cierto es que la certificación si demuestra que para aquel momento la demandante estaba prestando servicios y la otra interrupción de 30 días lo cual efectivamente dice se señala como aparente como quiera que

la intención de la copropiedad era continuar con la prestación del servicio que en su momento estaba haciendo la señora Carlota, amén de lo anterior que la misma representante legal de la empresa demandada señalo que cuando se terminaba lo que se daba era un espacio para que existiera entre un contrato y otro y en el que se disfrutaban las vacaciones, más razón para declarar que esa interrupción era aparente y simplemente se gozaba era de vacaciones que en el presente caso es solamente en un periodo del 2013 al 2014 como quiera que en los demás periodos no hay ninguna interrupción entonces como ya se manifestó de las pruebas testimoniales y documentales se evidencia que el cargo por el cual fue contratada la demandada fue de servicios generales lo cual no se puso en duda por parte de la demandada que siempre se ejecutó las mismas funciones tres veces a la semana donde se desprende que la demandada pretendía a través de la ligación de unos contratos de trabajo a término fijo con duración a un año los cuales procedían a liquidar sin justificación alguna anualmente para continuarlos inmediatamente lo que tal situación bajo el principio de la realidad sobre las formas como ya fue explicado el consagrado en el Art 53 de la constitución política entiende que en realidad lo que existió fue un contrato a término indefinido sin solución de continuidad desde el 4 de mayo del 2004 hasta el 30 de junio de 2017, por último el despacho simplemente quiere manifestar que frente a las certificaciones laborales la corte suprema de justicia ha señalado en la sentencia SL364 del 2019 que estas se presumen por ciertas tanto no es lógico que un empleador vaya a certificar situaciones que comprometan su responsabilidad teniendo el mismo empleador que desvirtuar su contenido situación que en el presente caso no se dio por ende el despacho considera que están debidamente acreditados los extremos laborales y la unicidad del contrato de trabajo a término indefinido entre la señora Carlota Useche Rodríguez y el edificio Santa Viviana propiedad horizontal desde el 4 de mayo de 2004 hasta el 30 de junio de 2017.

Ahora entonces teniendo en cuenta lo anterior pasamos a liquidar las acreencias laborales en caso de que haya lugar a ellas, dentro de este ítem lo que se debe estudiar la excepción de prescripción, así el artículo 488 del CST en concordancia con el artículo 151 del CPTSS los derechos laborales prescriben trascurridos 3 años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles al respecto la sentencia SL2419 del 2019, 3 de julio del 2019 determino dados los preceptos legales establecen un término de tres años para reclamar lo que se cuenta que desde la respectiva obligación es exigible toda vez que el funcionamiento de la prescripción extintiva, la inercia o falta de reclamo del acreedor de solicitar el cumplimiento de la eventual obligación del mismo modo tales exposiciones normativas causaron la interrupción de la prescripción con solo presentar la reclamación por escrito al empleador u obligado sobre un derecho o prestación con la cual comienza de nuevo a contarse el termino de tres años para reclamar corridos desde que se produjo la interrupción por una sola vez. Teniendo que la demandante elevo en varias oportunidades reclamaciones por escrito de sus derechos al empleador se tiene que con la primera de ellas la elevada el 17 de agosto de 2017 logró interrumpir así la prescripción pues tan solo trascurrieron unos meses desde que se terminó el vínculo laboral el 30 de junio de 2017 y entre la reclamación y la radicación de la demanda el 28 de junio de 2019, tampoco se superó los tres años por lo que en el presente asunto el fenómeno de prescripción, **operó parcialmente pues los derechos laborales que se hicieron exigibles con anterioridad al 17 de agosto de 2014 se encuentran afectados con el fenómeno de prescripción, aclarando con ello que con excepción de las vacaciones que al ser exigibles al año siguiente de comenzar a laborar los términos se traducen en 4 años y las cesantías las cuales se hacen exigibles con la terminación del contrato de trabajo.**

Salario; respecto a este ítem se tendrá en cuenta el salario mínimo legal vigente para todos los años de relación laboral ósea si se puede extraer no

solamente las documentales a folio 9 y 10 sino como las liquidaciones arriadas y lo dicho por la propia demandante en el escrito inicial, así como los derechos de petición en los que claramente indico que se cancelaba por cada día laborado lo correspondiente al salario mínimo legal diario más el subsidio de transporte además de tener en cuenta que como sin tres días a la semana laborado, lo laborado tal como se acreditó pues así se manifestó tanto en la demanda como en la contestación de la demanda y los interrogatorios de parte se debe aplicar la siguiente fórmula para determinar la base mensual de la liquidación, como el mes tiene 4.33 semanas entonces el salario mensual será igual a los días laborados a la semana y como en el presente caso son 3 es decir 4.3 por 3 igual al 12.99% de esa forma el cálculo es exacto lo que no sucedería si tomáramos el mes de 30 días y lo dividiéramos en 7 que tiene la semana lo que no resulta preciso ya que no todos los meses tienen 30 días. Frente a las cesantías y a los intereses a las mismas como en el presente asunto se acreditó que efectivamente la demandada liquidaba y pagaba las cesantías anualmente directamente a la demandante pues así se señaló en el hecho 12 del libro inicial se corrobora con las liquidaciones que se hicieron, se aplicara lo previsto en el artículo 254 del CST que señala “ se prohíbe a los empleadores efectuar pagos parciales del auxilio de las cesantías antes de la terminación de contrato de trabajo salvo en los casos expresamente autorizados y sin los efectuara perderá las sumas pagadas sin que pueda repetir lo pagado” así las cosas si bien es cierto el abogado de la parte demandada en sus alegatos de conclusión manifestó que al ser contrato de trabajo a término fijo la ley le permitía liquidar los contratos de manera anual debe el despacho señalar que esa situación no corresponde con lo que establece la ley, pues la ley simplemente da la autorización de pagar de manera directa las cesantías cuando ha finalizado de manera real el vínculo laboral, pero si está en vigencia un contrato a término indefinido y este se prorroga o continua la prestación del servicio lo procedente es cumplir o consignar las cesantías, no entregarlas directamente al empleador pero en este caso como se entregó directamente se debe aplicar la sanción que establece el artículo 254 y es perderlas, entonces deberá pagar las cesantías en el periodo comprendido entre el periodo de 4 de mayo del 2004 al 31 de diciembre del 2016 como quiera que las del año 2017 fueron canceladas directamente a la demandada al finalizar el contrato de trabajo y las del 2016 fueron consignadas, se deberá liquidar hasta diciembre de 2015 como quiera que tal como se señala en la demanda y está dentro de las pruebas el empleador no consigno las correspondientes en el 2016 de tal forma que al momento de la terminación del contrato de trabajo se le dio autorización para que las retirara de Porvenir, las cesantías serían las siguientes entonces las del 2004 el valor de \$114.387 las del 2005 el valor de \$184.462 la de 2006, \$197.318 para el 2007 \$209.793, para 2008 \$223.640, para 2009 \$240.830, para 2010 \$249.629, para 2011 \$259.189, para 2012 \$274.739 para 2013 \$285.780, para 2014 \$297.900, para 2015 \$311.41 pesos, un total de cesantías perdidas y que se deben reconocer nuevamente su pago de \$2.848.709. Frente a los intereses de las cesantías el despacho debe señalar que tal como obra en las liquidaciones de cada año y así lo aceptó la demandante este pago no se reconocerá como quiera que se pagó de manera anual. Frente a las primas de servicios en las certificaciones y contratos se señala que únicamente se cancelaron a partir del año 2016 por lo tanto el demandado adeuda el concepto de prima de servicios como quiera que si bien es cierto la demandante ejercía las labores de servicio doméstico también lo es que se hacía para una empresa de conformidad con el código sustantivo de trabajo y no para una casa de familia debiendo señalar que única y exclusivamente que quienes no devengaban la prima de servicios eran las empleadas de servicio doméstico de casa familiar mas no de las demás entidades debiendo entonces reconocerse este monumento así pues en el 2016 equiparó este derecho y ahora desde el 2016 cualquier persona que ejerce el servicio doméstico tiene derecho a su prima, **entonces están**

se liquidan a partir del 17 de agosto de 2014 atendiendo el fenómeno de la prescripción hasta el 30 de junio del 2016 como quiera que las demás fueron canceladas, entonces el 2014 por el valor de 180 días con el salario diario y auxilio de transporte que ya se mencionó tiene derecho a una prima de \$ 110.885 pesos para 2015 las dos primas del año por un valor de \$311.41 pesos y 2016 un valor 166.90 pesos para un total de 588.16 pesos.

Vacaciones: tal como se evidencia de la certificaciones allegadas al plenario a la demandante le fueron compensadas las vacaciones en dinero debe señalar el despacho que cuando no son disfrutadas en los procesos se deberá compensar el dinero, sin embargo nótese que cada año se le pagaba esa compensación en dinero amén que hubo un año que sí la disfrutó como se evidencia en las certificaciones y así mismo en el interrogatorio de parte de la demandante señaló que a partir del 2013 ella comenzó a disfrutar 15 días de vacaciones por lo tanto el despacho considera que al haberse antes del 2013 compensado ese dinero ya se encuentra cubierto el derecho de vacaciones, después del 2013 no hay lugar a liquidar ningún valor por ese concepto.

Pago directo de cesantías: En ese tópico se aplicara precedente lo establecido en la corte suprema de justicia y resaltado en sentencias como la SL 7335 del 2014 y la SL 2694 del 2019 en las que se puntualizó para resolver esta pretensión la sala debe acoger lo enseñado entre otros en el fallo SL7335 del 2014 con fuerza de precedente obligatorio según el cual no procede la condena solicitada por cuanto la sanción por haber incurrido el empleador en la conducta prohibida del artículo 245 del CST se encuentra allí mismo y es la pérdida de lo pagado por ese concepto sin que se pueda repetir lo pagado, en el pasaje pertinente en el fallo citado se dijo; sabido es que el auxilio de cesantías es una prestación social que proviene del contrato de trabajo cuya finalidad es la de remediar las necesidades del trabajador bien sea cuando el vínculo laboral llega a su terminación o para satisfacer asuntos relacionados con la vivienda y educación en los eventos que determine la ley, la obligación de pago de esta prestación social recae en el empleador quien de conformidad con el artículo 99 de la ley 50 del 90 debe consignar el valor liquidado antes del 15 de febrero del año siguiente en una cuenta individual que para tales efectos escoja el trabajador en un fondo de cesantías sin embargo puede ocurrir que el empleador incurra en el pago irregular de esta prestación esto es que no se le consigne en un fondo sino que se le entregue directamente al trabajador para esta clase de situaciones que no sigue los lineamientos que al respecto ha señalado la ley laboral existe una sanción específica que se encuentra en el artículo 254 del código sustantivo del trabajo y que lo es la pérdida de lo pagado por este concepto así lo ha doctrinado esta sala de la corte por ejemplo sentencia del 26 de septiembre de 2006 radicado 27786 en este orden no resulta procedente volver a grabar al demandado con una sanción cuando su conducta ya fue castigada con la condena por concepto de cesantías y que traduce en el pago de estas es decir perder las que ya había pagado, por lo anterior se denegara esta pretensión.

Subsidio familiar: se debe negar este pedimento teniendo en cuenta la pacífica postura que ha establecido la corte suprema de justicia en sentencia SL 5381 del 2019, SL 353 del 2019 y SL 3900 del 2018 mediante la cual el pago de subsidio es necesario acreditar haber informado en su momento ante la empleadora la existencia de hijos o dependientes beneficiarios del subsidio situación que no ocurre en el caso concreto como quiera la actora no allego elementos probatorios que acreditara dicha circunstancia.

Indemnización moratoria artículo 65: La interpretación reiterada de la Sala laboral es que el trabajador le basta con afirmar que no se le pagaron sus salarios y demás conceptos y prestaciones sociales y al empleador le corresponde probar la justificación de no haberlo realizado o haberlos hecho de manera tardía, la indemnización moratoria no es aplicable de forma automática y por ello el juez debe analizar la conducta de la parte deudora

antes de disponer la correspondiente sanción. En el caso resulta que la empleadora en la finalización del contrato quedó adeudando única y exclusivamente lo que tiene relación con la prima de servicios de los años anteriores al 2016 y que fueron liquidadas en el presente asunto como quiera que en la relación laboral jamás canceló este monumento situación que considera el despacho no es dable para aplicar la sanción moratoria teniendo en cuenta lo siguiente: **nótese que si bien en el presente caso existió una mala liquidación de cada año entregándole las prestaciones sociales al demandante de manera directa y esto únicamente que tenía que ver con cesantías que debieron ser consignadas, lo cierto es que las cesantías ya tienen su propia sanción, amén de lo anterior lo que revelan las pruebas aportadas tanto por la parte demandante con el interrogatorio por parte de ella misma se señala que el empleador su intención no fue vulnerar los derechos discutibles de la demandante pues nótese que siempre se le cancelaron las prestaciones sociales, intereses a las cesantías, vacaciones fueron reconocidas ya sea en dinero o disfrutándolas debiéndose única y exclusivamente las primas de servicios, considera el despacho y aquí a todas luces de los argumentos se puede colegir que esa situación, fue un error en el entendido de la función realizada por la demandante de servicio doméstico y si evidenciamos el comportamiento que tuvo el empleador durante la vigencia de la relación laboral y esto es respetándole los derechos pues cada año se les pagaban a la demandante en debida forma sin que se estuviera pagando la prima de servicios la cual se comenzó a pagar después del 2016 lo que coincide con la promulgación de la norma que equiparó a todos los trabajadores, a las empleadas de servicio doméstico a recibir el derecho de prima de servicios colige el despacho que este era el entendido que tenía el empleador por ello se quedó debiendo la prima de servicios evidenciándose por parte del despacho que el empleador siempre actuó de buena fe reconociéndole los derechos ciertos, indiscutibles a la demandante. El despacho considera que en el presente caso no hay argumentos o no se dan los postulados que ha desarrollado la corte suprema de justicia para condenar a sanción moratoria por lo tanto se exonera de esta pretensión.**

Aportes a seguridad social: corresponde al empleador efectuar los mismos durante vigencia del contrato de trabajo de conformidad con el artículo 22 de la ley 100 del 93 y la cp en su artículo 48, además que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido pacífica al recalcar el derecho que tienen los trabajadores a aportes sociales, es por ello que el despacho ordenara a la demandada realizar los pagos al sistema de seguridad social en pensión teniendo en cuenta el vínculo laboral aquí demostrado con un índice de base de cotización de acuerdo al salario determinado teniendo en cuenta que se laboró tres días a la semana y se cancelaba el salario mínimo legal diario, además debe tenerse en cuenta que la historia laboral se evidencia que la demandada de edificio Santa Viviana realizó los siguientes aportes a pensión a favor de la demandante en 2016 agosto a diciembre, en el 2017 de enero a junio y como la relación laboral se acreditó con los extremos temporales del 4 de mayo de 2004 al 30 de junio del 2017 se ordenó a la demandada a pagar los aportes faltantes de los siguientes periodos; del 2004 desde el 5 de mayo hasta diciembre con el salario de 173.22 pesos y así mismo se ordenara pagar del 2016 de enero a junio con el salario de 332.180 pesos, pretende la parte actora que las sumas aquí reconocidas sean indexadas al respecto se debe traer a colación la sentencia SL 63154 del 2020 que señalo “ el mismo sentido y por conseguir iguales fines por pérdida adquisitiva del dinero la indexación igualmente incompatible con otros mecanismos de la actualización o corrección monetaria como los intereses por mora y la indexación de pago de salarios y prestaciones sociales según el artículo 65 del código sustantivo del trabajo en este orden como quiera que no se reconoció ninguna de las sanciones del artículo 99 de ley 100 del 93 o del

artículo 65 del CST las sumas impuestas por concepto de cesantías y prima de servicios deberán ser indexadas al momento del pago, frente a las excepciones teniendo en cuenta las resultas del presente proceso deberá el despacho declarar probada parcialmente la prescripción y la de cobro de lo no debido.

Inconforme con esta decisión las partes interpusieron recursos así:

Parte demandante: *“..me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida, en cuanto a la indemnización por mora contemplada en el artículo 65 teniendo en cuenta que a mi poderdante durante la vigencia en el contrato nunca le pagaron las primas de servicio y más por ser una prestación social de conformidad al artículo 65 hay una indemnización por mora donde su despacho dice que hubo buena fe por parte de ellos la negaron desde el punto de vista como se puede establecer en el plenario respectivo, así las cosas solicito a su despacho se tenga en cuenta y se condene a la parte demandada, a la indemnización por mora contemplada por el art 65 por no pago oportuno de las primas de servicio al igual solicito a su despacho se tenga en cuenta y se condene a la parte pasiva al pago de las sanciones por la no consignación al fondo de cesantías ya que como se pudo comprobar hay una sola continuidad de contrato de trabajo así las cosas solicito se tenga en cuenta mi recurso de apelación.*

La parte demandada: *“.. me adhiero a la apelación solo en cuanto a que la prescripción debe determinarse teniendo en cuenta que hubo solución de continuidad evidente y amplia entre diciembre 15 del 2015 y el nuevo contrato que se celebró el 1 de julio del 2016 fecha en la cual se celebró un nuevo contrato tal como lo manifestó la misma demandante y a partir de ahí pues considerar lo relativo obviamente a la prescripción que hemos convocado en lo demás manifiesto mi conformidad con la sentencia...”*

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá, de acuerdo con lo establecido en el art 66 A, comenzando por razones de método por el de la demandada, en la que sostiene que, al existir solución de continuidad, entre los dos contratos celebrados es necesario revisar la prescripción declarada.

Lo primero que destaca la Sala es que ninguna razón expone el impugnante sobre la valoración probatoria realizada por la Juez para llegar a la conclusión de existencia de un solo contrato desarrollado entre el 4 de mayo de 2004 y el 30 de junio de 2017, limitándose a afirmar que así lo dijo la demandante, olvidando el estudio de la Juez basado en las pruebas, lo que le permitió definir que las presuntas o aparentes interrupciones no existieron, porque según lo confesado por la demandada, lo que sucedía era que la demandante se iba de vacaciones. Ningún error en la valoración de a prueba tan siquiera fue expresado en lo que esta Sala fue el recurso cuando dijo adherirse a la apelación. De manera que insistir con solo simples

afirmaciones, en la existencia de dos contratos no es suficiente para quebrar la sentencia apelada, toda vez que las pruebas analizadas por la Juez, muestran lo contrario, insistiendo la Sala en que el recurrente no señala error o deficiencia alguna en la valoración probatoria.

En ese orden la decisión sobre prescripción se encuentra ajustada a derecho dadas las fechas en que se inició y terminó el único contrato que aparece probado, por lo que se CONFIRMA la decisión sin más consideraciones por innecesarias.

Resuelto el recurso de la demandada se resuelve el de la parte actora en su punto específico esto es sanción moratoria por falta de pago de primas y sanción por no consignación de cesantías.

En cuanto a la sanción moratoria que el recurrente reclama, afirmando que nunca le pagaron primas, conviene aclarar que la condena por este concepto fue a partir del 17 de agosto de 2014 atendiendo el fenómeno de la prescripción y hasta el 30 de junio del 2016 como quiera que las demás fueron canceladas, entonces de la misma manera en que se extingue el derecho principal se extingue el de la moratoria, pues esta surgiría como dice la ley a partir de la exigibilidad de este.

No obstante y en cuanto a sanción por el no pago de los dos últimos años de esta prestación la Sala cree necesario recordar, que de conformidad con las reglas extraídas de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia puede señalarse en términos generales, respecto de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T. que: i) **Su aplicación no es automática e inexorable, de manera que con la sola verificación de mora en el pago de salarios y prestaciones sociales por el empleador se pueda imponer;** ii) **en su imposición debe mediar un análisis de la conducta patronal asumida por el empleador, de manera que, si existe una buena fe en su actuar, debe exonerarse de su pago;** iii) puede así mismo exonerarse el empleador del pago de la indemnización, dada la ocurrencia de una fuerza mayor o caso fortuito y; iv) en todo caso, el empleador ostenta la carga de probar las situaciones que irradian de buena fe su actuar o la ocurrencia de la fuerza mayor o el caso fortuito.

En ese orden encuentra la Sala acertado el análisis de la Juez cuando encontró acreditada la buena fe, pues en concordancia con los demás pagos resulta claro que el empleador, no pretendió desconocer los derechos, sino que actuó con el convencimiento errado pero invencible de no estar obligado a este pago dado la confusión de la exoneración de esta prestación, dado el servicio que el catalogaba de doméstico.

Así las cosas, no basta que se encuentre un incumplimiento, sino que las circunstancias de cada caso conducen o no a una condena por este aspecto y en esta es muy claro, que el empleador actuó guiado por la buena fe, luego se confirma la decisión

Finalmente, tampoco hay lugar a sanción por falta de consignación de las cesantías porque como bien señaló la Juez en este caso las cesantías se entregaron directamente, luego la sanción es la perdida de esta cifra, tal y como ha enseñado la Corte Suprema de Justicia, sentencias que esta ponente acoge en su totalidad aún habiendo llegado a conclusión contraria en anteriores pronunciamientos que ya han sido rectificadas en sentencias anteriores.

Por lo expuesto se CONFIRMA la sentencia en todas y cada una de sus partes.

Sin costas en esta instancia.

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

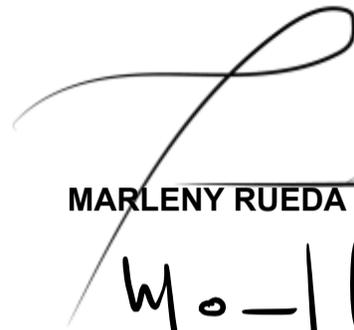
R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS. No se causan en la alzada.

Las partes se notifican por **EDICTO** de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 05-2018-0156-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: ANDREA CASTELLANOS MÁRQUEZ, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos JUAN PABLO VARGAS CASTELLANOS y CAMILA ANDREA VARGAS CASTELLANOS

DEMANDADO: TRANSPORTES FW S.A.S.

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por las partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 05 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 18 de enero de 2021.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior las partes presentaron escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes.

ANTECEDENTES

La señora Andrea Castellanos Márquez actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLAREN civilmente responsables a los demandados por la muerte del trabajador, el señor JAIME VARGAS MARTINEZ, derivada del accidente de trabajo; como consecuencia de lo anterior, solicita se les condene al reconocimiento y pago de la indemnización por daño moral, que estima para ella y para cada uno de sus hijos en \$78.124.200 equivalente a 100 smlmv; de igual manera, por los conceptos de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante consolidado y futuro, debidamente indexados al momento del pago y costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, el trabajador fallecido era compañera permanente de la demandante, con quien procrearon dos hijos (JUAN PABLO Y CAMILA ANDREA VARGAS Y CASTELLANOS); que el día 5 de abril de 2016 siendo aproximadamente las 09:30 P.M., falleció incinerado el señor JAIME VARGAS MARTINEZ, producto del accidente de tránsito (volcamiento) en vehículo tipo tanque cisterna, mientras transportaba crudo



desde Tauramena Casanare hasta Puerto Boyacá – Boyacá, a la altura de la vía que conduce de Guaduas C/marca hacia Puerto Salgar, km 43+700, vereda Guaduro.

Que el causante contaba para la fecha del fallecimiento con 59 años de edad, y que la causa de muerte fue calcinamiento entre 80% y 90% del cuerpo por agente químico (crudo); que del accidente se registra el informe policial de accidente de tránsito N°C-000010168 de la ciudad de Villeta C/marca; que el trabajador se encontraba vinculado laboralmente con la demandada Transportes FW S.A.S., mediante contrato de trabajo a término indefinido, que el mismo no se encontraba firmado por el trabajo, y que por ello, considera que el trabajador no conocía su contenido.

Que la demandada al contestar la petición que elevara la compañera permanente del fallecido allegó liquidación del contrato de trabajo, investigación y análisis de accidentes e incidentes, orden de cargue N°37820 del 7 de abril de 2016, sistema de gestión integral, inspección pre - operacional del 28 de marzo al 3 de abril de 2016. Resalta que, la orden de trabajo fue expedida dos días después del accidente de trabajo.

Que la ARL SEGUROS BOLIVAR dio respuesta a la petición; que, de acuerdo al informe de investigación del accidente de trabajo, el suceso se produjo en jornada laboral extraordinaria; que para la hora del suceso el conductor llevaba más de 10 horas de labores; que para el día del infortunio aún no se había obtenido el permiso o autorización para trabajo extraordinario ante el Ministerio de Trabajo.



Que, el trabajador en el cargo de conductor percibía como salario la suma de \$1.684.000, conforme los reportes de pago de aportes al Sistema de Seguridad Social; que el trabajador fue evaluado pre ocupacionalmente el 11 de noviembre de 2016 (sic) en la IPS Mediexpress, para el cargo de conductor, entidad que conceptuó que se encontraba apto para el cargo.

Que el trabajador fallecido registraba 13 años de experiencia como conductor de tracto camión transportando hidrocarburos; que en la evaluación práctica de conductores el trabajador obtuvo calificación 70/100; que estaba certificado en TSA, nivel avanzado de fecha 17 de noviembre de 2015; que estaba certificado para atender primeros auxilios, para el manejo defensivo, seguridad vial y normas de tránsito.

Que, según el informe de investigación del empleador, el conductor presentó presuntos excesos de velocidad, durante los dos últimos meses entre febrero y marzo de 2016, que documentó en cinco llamados de atención de fechas 1 de marzo de 2016, 7 de marzo de 2016, 14 de marzo de 2016, 21 de marzo de 2016 y 5 de abril de 2016, respecto de los cuales advierte que la empresa puso en conocimiento del trabajador solo hasta 5 de abril de 2016.

Que, del formato de inspección de vehículos, se evidencia que previo al accidente el vehículo presentaba *llantas en mal estado*, que el trabajador ya lo había advertido, que no hay prueba que corrobore que el desperfecto se solucionó, que de ello no fue posible realizar peritaje debido al estado de incineración del vehículo. Agrega que, conforme los informes el trabajador no estaba familiarizado con la ruta, que era la primera vez que la recorría, que la empresa no socializaba el ruta grama de la vía, que mientras la empresa afirma que el conductor si había realizado ese recorrido, el GPS lo desvirtúa;



que de acuerdo al reporte satelital el vehículo minutos antes del accidente rodaba por la berma e hizo cambios bruscos de velocidad al cambiar de 80 km a 112 km/h en menos de dos segundos, sugestivo de cansancio del conductor al estar expuesto a extenuantes horas de trabajo.

Que el vehículo conducido por el trabajador fallecido corresponde al de placas SZW532 con remolque R-55518, nacionalidad colombiana, marca internacional, línea 9400, color blanco, carrocería SRS, matrícula N°10002510844, de propiedad del Banco de Bogotá.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada fue admitida mediante auto del 31 de julio de 2018 (pdf.207). La convocada contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1 a 5, 7 a 10, 14 a 20 y 24 a 26. Como excepciones de mérito formuló las que denominó: inexistencia de responsabilidad del empleador; culpa de la víctima; buena fe; y, pago por solución de lo debido.

Al interior del trámite procesal se aceptó el desistimiento de las pretensiones respecto del Banco de Bogotá.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)



RESUELVE

PRIMERO: CONDENAR a TRANSPORTES FW S.A.S. – FORWARD CARGO SERVICES S.A.S. a pagar en favor de la señora ANDREA CASTELLANOS MÁRQUEZ en nombre propio y en representación de su hijo menor JUAN PABLO VARGAS CASTELLANOS la suma de QUINIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y UN MIL TRESCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$578.541.324), por concepto de lucro cesante consolidado y futuro. El 50% corresponde a la señora ANDREA CASTELLANOS MÁRQUEZ, y el restante 50% corresponde al menor JUAN PABLO VARGAS CASTELLANOS.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a pagar a favor de la señora ANDREA CASTELLANOS MÁRQUEZ la suma de ochenta (80) smlmv al momento de pago, por concepto de daño moral subjetivo.

TERCERO: CONDENAR a la demandada a pagar a favor de JUAN PABLO VARGAS CASTELLANOS la suma de cincuenta (50) smlmv al momento de pago, por concepto de daño moral subjetivo.

CUARTO: CONDENAR a la demandada a pagar a favor de CAMILA ANDREA VARGAS CASTELLANOS la suma de cuarenta (40) smlmv al momento de pago, por concepto de daño moral subjetivo.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demandada.

SEXTO: COSTAS a cargo de la demandada, inclúyase como agencias en derecho la suma de \$15.000.000.

NOTIFICADOS EN ESTRADOS

(...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“El problema jurídico consiste en establecer si existió o no culpa del empleador en el accidente de trabajo que le costó la vida al trabajador el 5 de abril de 2016, en caso de ser así, determinar si hay lugar a la indemnización plena de perjuicios de los



**Proceso Ordinario Laboral 05 – 2018 – 0156 – 01 DTE: ANDREA CASTELLANOS MÁRQUEZ Y
OTROS DDO: TRANSPORTES FW S.A.S.**

demandantes, quienes aducen su calidad de compañera permanente e hijos del causante.

La parte demandante aduce que el empleador omitió sus deberes de cuidado y de protección establecidos en el CST para proteger la vida e integridad de su trabajador, como consecuencia de fallas en el vehículo, especialmente el estado de las llantas, así como fallas en el control de las rutas, explicación de la ruta a seguir y además el cansancio del trabajador se produjo el accidente que le produjo el accidente que le costó la vida a esta persona, padre de dos hijos y compañero permanente de la dte.

Por su parte la demandada aduce que el empleador cumplió todos los deberes de protección que exige tanto el CST como todos los sistemas de gestión y seguridad en el trabajo, y que fue culpa exclusiva de la víctima lo que ocasionó el accidente que le costó la vida, teniendo antecedentes el trabajador de reiterado incurrir en excesos de velocidad lo que provocó el volcamiento del vehículo que transportaba los hidrocarburos.

Tesis del despacho, se condenará a la demandada al reconocimiento de la indemnización solicitada en sus componentes lucro cesante consolidado y lucro cesante futuro, y se condenará al daño moral subjetivado a favor tanto de compañera como a favor de su hijo menor, y a favor de la señora Camila Vargas castellanos, sumas que deberán ser indexadas al momento del pago.

Que la razón de la condena, es porque se acreditó la jornada laboral sobrepasándose las 10 horas de trabajo o disponibilidad y la demandada no pudo desvirtuar las 6 horas que alega solo trabajó el causante antes del fallecimiento.

Que desde la contestación de la demanda se encuentra acreditado el empleador aceptó el aspecto de la vinculación laboral, la modalidad del contrato, el cargo de conductor de cargas de hidrocarburos, las rutas, y está demostrada la condición de compañera permanente de la dte, tanto así que aparece la prueba que la arl le reconoció en nombre propio de la dte y em representación de su menor hijo la pensión de sobrevivientes no está en discusión esa condición. También el parentesco de los hijos conforme los registros civiles de nacimiento, la legitimación y la condición de beneficiarios esta acreditada dentro del expediente. Está demostrado y hay acuerdo entre las partes en que el 5 de abril de 2016 habiendo iniciado el día anterior la ruta Tauramena – puerto Boyacá el causante sufrió un accidente que le constó la vida, el hecho objetivo del accidente no está en discusión.

Que lo que convoca a juicio es determinar si existió la culpa del empleador en el accidente de trabajo que sufrió el causante; que conforme el art 216 del CST, que la jurisprudencia ha sido pacífica en señalar cuales son los requisitos para que surja esa indemnización plena de perjuicios, sentencia 61506, SL3693 de 2019, que la Corte ha dicho que son cuatro los elementos para que proceda la indemnización del art 216 del CST: 1. El hecho material, accidente de trabajo, 2. El daño, lesiones en la integridad física o psíquica del trabajador, 3. La culpa del empleador, 4. El nexo causal.

Frente al primero no está en discusión, ocurrió un accidente de tránsito el 5 de abril de 2016; daño, fue la muerte del trabajador, la discusión está en si existe o no la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo para lo cual, analiza situación del conductor, situación del vehículo y efectivamente las políticas y controles que ejerce el empleador de acuerdo a las obligaciones del art 56 del CST, ese deber de proveer a los trabajadores el cuidado y desarrollar todas las políticas para evitar que se ocasionen daños a los trabajadores; que desde 2012 el SSST y todas las obligaciones a cargo del empleador, claro que existe obligaciones de los trabajadores proveer su autocuidado, no incurrir en conductas que puedan ocasionar lesiones en su integridad; la concurrencia de culpas no exonera al empleador de pagar esta indemnización plena de perjuicios sentencia 59823 del 2017, es claro que, aunque el



**Proceso Ordinario Laboral 05 – 2018 – 0156 – 01 DTE: ANDREA CASTELLANOS MÁRQUEZ Y
OTROS DDO: TRANSPORTES FW S.A.S.**

trabajador haya incurrido en actuaciones que pusieran en riesgo su integridad solo exculpa al empleador aquellas que se configuren como culpa exclusiva de la víctima dentro de los diferentes rangos de culpa que están en el ordenamiento jurídico, solamente cuando se compruebe que fue solamente absolutamente el accidente, como consecuencia solo de los comportamientos del trabajador, solamente, es que se exonera al empleador, no si hay una concurrencia o si hay una mezcla que falla el empleador y falla el trabajador, cuando fallan los dos no se exonera al empleador.

En cuanto al estado técnico del vehículo, la condena no va por ese lado, considera que la demandada demostró los aspectos relativos al mantenimiento del vehículo, nótese como fue aportada el comprobante de la revisión técnico mecánica realizada al tracto camión el 15 de octubre de 2015, es decir que para el momento del accidente habían transcurrido cinco meses, claro que a partir que sale de la revisión técnico mecánica empieza el desgaste y la normativa esta diseñada para que sea anual, se acreditó el mantenimiento realizado a la máquina, se demostró las entradas al taller con las facturas, que frente al desgaste de las llantas hacia tres meses que le habían realizado la revisión técnico mecánica que indicó en buen estado, lo que no es coherente con lo que dijo el causante sobre su mal estado, la demandada demostró que entre enero y febrero de 2016 se empezó a realizar el cambio de las llantas para un total de 8 llantas nuevas antes del accidente, la herramienta de trabajo estaba en aceptables condiciones.

Sobre el informe de la ARL, la parte actora si cumplió con la labor probatoria, afirmó que el trabajador ingresó a las 9 y 40 de la mañana a las instalaciones de la empresa el 5 de abril de 2016, lo cual se demostró con un documento técnico elaborado por seguros Bolívar, no logró la demandada desvirtuar lo informado en ese reporte de la ARL, que esa entidad indicó que el ingreso a las instalaciones de la empresa lo fue entre las 9 y 40 de la mañana y las 2 de la tarde, y de ahí se desprende que llevaba más de 10 horas laborando para el momento en que ocurrió el accidente aprox. a las 9 y 23 de la noche del mismo día, la demandada debió desvirtuar que esa no era la jornada de trabajo, para lo cual allegó formatos de capacitación de ese mismo día en donde se advierten dos capacitaciones, que aunque no se indica la hora de ingreso y de retiro, una duró 30 min y otra duró una hora, capacitaciones aportadas con la contestación, las cuales llevan a indicar que el trabajador había estado casi dos horas en las instalaciones de la empresa, entonces lleva a la demandada a argumentar que sumado ese tiempo de jornada laboral, con el de la conducción no se habría sobrepasado la jornada laboral máxima de este tipo de trabajadores; pero cual es la jornada de trabajo de los conductores de carga, la demandada menciona una de las normas pero olvida mencionar otra, hace énfasis en el art 56 del Decreto 1393 de 1970 que señala que las empresas de transporte no podrán fijar jornadas de trabajo superiores a las 10 horas, pero olvida mencionar el Decreto 869 de 1978 art 2 que dice que para efectos del art 56 del Decreto 1393 de 1970 se entiende que la jornada comprende el tiempo durante el cual el conductor esté al servicio de la empresa o patrono bien sea sobre el timón y la ruta o simplemente a disposición de la una o del otro, es decir a disposición de la empresa, que quedó demostrado que la disponibilidad del trabajador estaba sujeta a que el vehículo saliera del taller, el vehículo no estaba parqueado, que esta demostrado con facturas que el lunes 4 en el recorrido de Tauramena a Bogotá, lo parquea en Fontibón pero lo ingresa a taller y por eso la factura que aparece en el expediente del 5 de abril de 2016 en la que se le hace la reparación del silenciador, el vehículo no estaba simplemente parqueado como lo dijo el representante legal de la demandada cuando absolvió interrogatorio de parte, que en el evento en que estuviera solo parqueado ahí si dependía del conductor si invertía su tiempo en salir de las instalaciones a almorzar e irse al parqueadero y retomar la ruta



Proceso Ordinario Laboral 05 – 2018 – 0156 – 01 DTE: ANDREA CASTELLANOS MÁRQUEZ Y OTROS DDO: TRANSPORTES FW S.A.S.

o tenía que esperar algún visto bueno de mantenimiento porque estaba en el taller y no simplemente parqueado, entonces estaba sujeto a disponibilidad porque estaba pendiente de la reparación de su vehículo, de su herramienta de trabajo, y según el testigo José Forero jefe de operaciones de la demandada y por eso el despacho fue insistente en esa pregunta manifestó que había un visto bueno, entonces el causante no estaba en su casa esperando, además que de la hoja de vida del trabajador se desprende que es en suba y el taller estaba en Fontibón dos extremos de la ciudad y la capacitación, si se cree lo que dice la empresa que terminó pasadas las 12 el señor tenía tiempo de ir a almorzar y estar pendiente de su vehículo para recogerlo una vez finalizada la reparación, según las reglas de la experiencia y la sana crítica no daba para que el señor se fuera a descansar a su casa y retornar hasta Fontibón, que no se puede hacer ese fraccionamiento de la jornada laboral que intenta hacer la demandada, en coger esa hora y media de capacitación y aducir que una vez el gps detectó el encendido de la máquina que lo fue a las 3 y 45 de la tarde ahí se retoma la jornada laboral, no señor, porque estaba sujeto a la disponibilidad de la empresa, estaba esperando el ok de mantenimiento para retornar a la ruta, entonces ese fraccionamiento no se puede hacer.

Se trató de desvirtuar la jornada con dos testigos, uno con José Forero jefe de operaciones, y el gerente de negocios Julián Forero, dos personas que no tuvieron un trato de amistad con el señor Jaime, solo de trabajo, y coincidieron en señalar que a las 10 y 45 de la mañana el causante se presentó a una capacitación y que cuando salieron almorzar los conductores no estaban, ninguno de los testigos supo decir si el causante les dijo que iba a hacer esa tarde, extraña el despacho por qué si asistieron más de 10 personas, compañeros de trabajo que entendería el despacho habría una relación más cercana entre conductores no se convocó a ningún testigo que lo acompañara a esas capacitaciones, lo que habría procurado mayor conducencia a favor de las excepciones de la demanda.

Que lo anterior contradice el informe de la ARL, en donde se indicó que el trabajador había iniciado su jornada desde las 9 y 40 de la mañana; algo curioso es que no esta el reporte del accidente de trabajo, y para que una ARL se atreva a decir que la jornada empezó a las 9 y 40 de la mañana, fue porque el insumo fue la misma información que provee el propio empleador, es decir, que la empresa fue la que dijo que había empezado la jornada a las 9 y 40, la ARL no se atreve a decir el inicio de la jornada, porque eso lo reporta es la empresa, no la ARL esta no se lo puede inventar; por lo que es poco creíble la posición de la demandada en cuanto a la jornada laboral.

Sobre la disponibilidad del trabajador como parte de la jornada de trabajo, la corte de ha pronunciado desde la sentencia del 11 de mayo de 1969, y el 5 de abril de 2017 rad. 43641 cuando se hace la diferencia entre disponibilidad y simple disponibilidad; cuando un trabajador esta atento al llamado de su empleador para x o y, está disponible y eso debe incluirse en la jornada laboral, pero si el trabajador puede dedicar su tiempo para desarrollar actividades personales familiares, lúdicas estamos frente a una simple disponibilidad que no hace parte de la jornada aquí es claro que si el trabajador estaba esperando la reparación del vehículo, estaba sujeto a una disponibilidad que hace parte de la jornada laboral lo cual no lo puede desconocer la demandada. No se desvirtuó la hora de ingreso del trabajador, nótese como el representante legal, como manifestó en ocasiones que no sabia decir... que no tenia registro de entrada y salida...etc; el señor estaba esperando que se reparara la herramienta de trabajo y por tanto estaba disponible y solamente con el ok de mantenimiento retoma y se devuelve al taller y arranca su ruta.

Que demostrada y no desvirtuada más de 10 horas continuas de horas de trabajo, el accidente se produjo por lo siguiente; la percepción de lo que se incluyó en el croquis



**Proceso Ordinario Laboral 05 – 2018 – 0156 – 01 DTE: ANDREA CASTELLANOS MÁRQUEZ Y
OTROS DDO: TRANSPORTES FW S.A.S.**

como causa inmediata, si el oficial ve que hay una tractomula volcada, su primera hipótesis es que hay exceso de velocidad, eso no se discute, pero es que el exceso de velocidad se dio al probarse una fatiga del trabajador, más de 10 horas laborando, como se indicó.

Que el legislador estableció la jornada de 10 horas por razones de seguridad pública; que la actividad de conducción es una actividad peligrosa, si la demandada se concentró en acumular tiempos efectivos en que estuvo sentado en una capacitación o estuvo sentado conduciendo ahí se desenfocó, ahí se quiebra el argumento porque no tuvo en cuenta que ya venía laborado más horas; que si por ejemplo la ARL se equivocó en la hora de ingreso ésta no tendría inconveniente en corregir, porque se insiste esta basa su informe en el reporte que da el empleador, por medio de los formatos de accidentes de trabajo, no existe alguna corrección y se le puede dar pleno valor probatorio; que si ya llevaba superadas las 10 horas resulta razonable concluir que la fatiga o el cansancio, que pudo haber tenido un micro sueño, estamos hablando de una vía nueva una curva amplia, abierta en descenso y en donde se vio un aumento abrupto de la velocidad; que frente a los excesos de velocidad la demandada quiso argumentar que era una conducta reiterada del trabajador violar los límites de velocidad y para ello allegó la prueba de 5 llamados de atención, en los cuales se hacía esa relación en que momentos había excedido la velocidad el conductor.

Que según el reglamento de trabajo los llamados de atención son faltas disciplinarias y la empresa solo puede emitir un llamado de atención a un trabajador si ha seguido el debido proceso establecido en el mismo reglamento, el art 61 del mismo señala cuales son las sanciones disciplinarias y ahí se incluye llamados de atención lo que fue corroborado por el representante legal en el interrogatorio de parte, los llamados de atención son sanciones disciplinarias que debe estar precedida de un debido proceso, y los llamados de atención no son una verdad, son un indicio de exceso de velocidad.

Que de los antecedentes del conductor no fueron aportados comparendos electrónicos ni manuales sobre exceso de velocidad, sin desconocer que las empresas se apoyan en sistemas de posicionamiento global para hacer controles, que si bien advierten cambios de velocidad del conductor, que el fallecido nunca sobrepasó los 100 km/h como lo dice el historial del gps, no tenía comparendos, no fue demostrado algún incidente o accidente grave; la parte actora aporta el informe de la ARL, la demandada aportó un informe técnico del accidente y allí se dice que venía de una conducción de 5 horas y que había tenido una velocidad máxima de 64 km/h, y por qué en una curva muy amplia llega a una velocidad hasta de 118 km/h, cansancio después de una jornada de 10 horas, por qué se le permitió arrancar casi a las 4 de la tarde, a escasos momentos de cumplir las 10 horas de jornada laboral, porque para la empresa ese era el inicio de la jornada, para el coordinador de mantenimiento se encendió la máquina a las 3 y 40 de la tarde y ahí empezaba su conducción, apenas arrancaba la hora cero y eso le impidió a la empresa enfocarse que llevaba mas de 10 horas, en distintas actividades o disponible, el común denominador del conductor era iniciar el recorrido por las mañanas, y en este recorrido de Bogotá Puerto Boyacá le faltaban tres horas para cumplir la jornada, no hubo control de la empresa porque supuso que apenas iniciaba la jornada laboral, también pudo haber sido el afán del conductor de llegar antes que iniciara la restricción de las 10 de la noche para el transporte de carga.

No desconoce el despacho que el conductor también fallo, porque no se detuvo a descansar, pero la concurrencia de culpas no exonera al empleador; los días previos llevaba trayectos cortos, pero la ruta larga si la comenzó el 4 de abril de Tauramena que según el gps inició 9 y 40 de la mañana y llega a Fontibón aprox a las 5 de la tarde,



**Proceso Ordinario Laboral 05 – 2018 – 0156 – 01 DTE: ANDREA CASTELLANOS MÁRQUEZ Y
OTROS DDO: TRANSPORTES FW S.A.S.**

la demandada no consideró que él estaba esperando, disponible, mientras arreglaban el carro y ahí está la culpa de la empresa.

Que resta valor probatorio a los formatos de capacitación que curiosamente hayan coincidido todos los trabajadores al mismo tiempo para realizar la capacitación, y según el representante legal dijo que pudieron haber coincidido, pero no deja de restar valor probatorio. No son fiel representación de la realidad, no es que sean falsas.

La condena esta dada conforme la orbita del conductor, exceso de jornada laboral, cansancio; y no el tema técnico, porque ahí si la demandada cumplió con acreditar que la herramienta de trabajo se encontraba en optimas condiciones, si se da la culpa suficientemente comprobada, el nexo causal exceso de jornada laboral frente a una actividad peligrosa como conducir, se dieron las condiciones para el accidente.

Se tasan las condenas; conforme el art 16 de la ley 446 de 1998, todo proceso judicial se debe valorar los perjuicios, aquí solamente se solicitó el lucro cesante futuro y consolidado que va hasta la fecha de la sentencia y el futuro va hasta el promedio de vida de los hombres en Colombia asciende a \$451.108.744, para un total entre lucro cesante y daño material cesante y futuro de \$578.541.324, esto en cuanto al daño material lucro cesante y consolidado. Y el daño moral, de la dte e hijos del causante, conforme a sentencia entre otras SL13074 de 2014, rad. 36306, se ha indicado que el daño moral tiene dos facetas el objetivado y el subjetivado, el primero es aquellos daños resultantes de la repercusiones económicas de las angustias o impactos psíquicos que se sufre a consecuencia de un hecho dañoso, lo que no se demuestra en este caso y por eso el despacho entiende que por eso se pidió el subjetivado, es decir, los que lesionan aspectos sentimentales, afectivos, y emocionales que originan angustias, pesadumbre, soledad, dolores internos que no son fáciles de describir, y sobre la presunción judicial se ha entendido que hay presunción del daño moral dada la relación de parentesco de los familiares con el trabajador fallecido, que la demandada no desvirtuó la misma; que el daño moral también corresponde al juicio del funcionario judicial se han puesto limites como 100 smlmv pero a estos limites no se debe sujetar el operador judicial, considera el despacho que le correspondería a la dte la suma de 80 smlmv por daño moral subjetivo, a Juan Pablo la suma de 50 smlmv, y a Camila Andrea Vargas la suma de 40 smlmv, que deben pagarse vigentes al momento del pago; en cuanto a la proporción del lucro cesante el 50% corresponde a la dte y el restante a Juan Pablo Vargas.

Excepciones no probadas, costas a cargo de la demandada, agencias en derecho la suma de 15 millones.

APELACIÓN

DEMANDADANTE

“Interpone recurso de apelación con relación al daño moral, al afirmar que en la jurisprudencia se dice que el daño que recibe el hijo cuando pierde al padre se dice que son 100 smlmv.

Que respecto al resto de la sentencia solicita se confirme la sentencia proferida en primera instancia”.



DEMANDADA

“Interpone recurso de apelación, al manifestar que lo hace por la totalidad de la sentencia proferida, por las siguientes razones:

Que el señor juez encontró probado lo dispuesto en el art 216 del CST que es el presupuesto que autoriza en el evento de prosperar este tipo de condenas. Me permito resaltar esa norma ..., a mi me parece con el respeto del despacho que el análisis probatorio, la crítica probatoria y la decisión tomada como fundamento de las pruebas no concuerdan con la realidad y por lo tanto, lo que ameritaba era una absolución, ya que el patrono había acreditado que había cumplido juiciosamente con todos sus deberes y por lo tanto, no se daba ningún supuesto probatorio, que llevase a la culpa suficientemente comprobada del art 216 del CST.

El señor juez en los aspectos técnicos da la razón a la empresa y acepta las pruebas, por lo tanto no me detendré a cuestionar este aspecto sino que me limitaré contundentemente a discutir que el informe de la ARL no es veraz, no parte de ninguna prueba legal y oportunamente allegada al proceso sino de meras suposiciones, y lo son porque, debe tomarse en cuenta que el juez dice que ese fue el informe que entregó la empresa a la ARL eso no aparece dicho ni acreditado ni expuesto en ninguno de los razonamientos, la empresa en ningún momento facilitó esta información y que tampoco en el cuerpo de la decisión de la ARL aparece como sustento de esto decir que la persona entró a determinada hora y salió a determinada hora es una mera suposición, y las suposiciones no hacen carrera en el derecho laboral y así lo ha tiene la jurisprudencia en la valoración de la prueba al acudir a la sana crítica y a la inteligencia del juzgador.

Que por economía procesal no puedo leer las incongruencias de la empresa, que lo único que si está acreditado, que si es verdad y no fue tachado es que la persona había permanecido 75 minutos y que se precisan con exactitud; me parece que el señor juez se equivocó al analizar de que la ARL tenía la verdad revelada porque las ARL no se equivocan, cuando realmente hay una sospecha y es que la ARL en ningún momento le convenía que este accidente fuese en otro sentido para liberarse de la carga que posteriormente tuvo que aceptar cuando reconoció las cargas prestacionales y se las dio a los herederos que reclamaron oportunamente ante la entidad, entonces no se amerita para ello sustento en los principios probatorios, que consagra el art 164 del CGP, el art 60 y 61 del CPT y por lo tanto el señor juez llegó en su planteamiento a un juicio equivocado porque esto no aparece demostrado.

El juez parte de suposiciones que son imputables a su buen criterio y no son otros que decir que el trabajador salió de la empresa y quedó a disposición de la misma esperando que se le entregase el vehículo que estaba en un parqueadero, pero olvida el señor juez...

(El juez aclara que él juzgado dijo, en el taller, y diferenció las dos opciones, que, si estuviera en un simple parqueadero a que estuviera en un taller, lo anterior, en procura de evitar inducir en error al Tribunal)

Continua el apelante, no pretendo inducir en error al ad quem, entendí que el análisis que hizo el señor juez es que la persona quedaba a disposición dentro de un concepto laboral y que no se había interrumpido hasta el instante en que recibía el vehículo, pero excúseme señor juez, y es de que no se tuvo en cuenta el principio de la subordinación, de la obediencia laboral, que el contrato laboral es un contrato que imprime obligaciones mutuas a las dos partes al trabajador y al empleador, este tenía



Proceso Ordinario Laboral 05 – 2018 – 0156 – 01 DTE: ANDREA CASTELLANOS MÁRQUEZ Y OTROS DDO: TRANSPORTES FW S.A.S.

unas normas que eran que nunca el conductor podría sobrepasar determinadas horas de trabajo, la empresa le exigía al conductor hacer pausas y eso estaba pactado en documentos, en contratos como era el contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo, y el documento aceptado por el conductor y firmado por él y que aparece en el proceso que se llama conductor seguro; el señor juez miró con mucha generosidad la desobediencia total del trabajador, que el juzgador no puede imponer a la persona, en este caso al patrono una situación policial de viajar en la misma cabina del automotor, lo cual está estrictamente prohibido por la ley, para mirar, controlar y decirle en qué momento debe detenerse y arrancar, y los horarios de conducción, eso estaba plenamente establecido, es claro en el proceso, el conducto debía cumplirlo sagradamente porque es ley del proceso y esta respaldado en el contrato de trabajo, en el reglamento interno de trabajo, en el documento del conductor seguro, y las instrucciones verbales y la costumbre que se realizaba con todos los vehículos y todos los conductores y todo el personal que se dedica a este trabajo.

Que si bien el señor juez dijo que no desconocía el fallecido fallo al no detenerse a los descansos, pero que de todas maneras esa culpa no exonera al empleador, me parece que el señor juez fue inequitativo porque no valoró toda la situación de los compromisos de los deberes del trabajador cuando cumplió su tiempo de trabajo debía parar la máquina, eso estaba establecido, y a la empresa no se le puede obligar de ir en los camiones para ver si los trabajadores están sobrepasando el horario de trabajo, por eso el contrato esta precedido por un principio que se llama el de la buena fe, la cual implica que él también, debe procurar el beneficio no solamente suyo sino también el de la empresa y este fallo ruinoso por cierto, porque la empresa con este fallo dejará de existir porque no tiene con qué pagarlo, es una empresa que está luchando por subsistir, que está trabajando con las uñas, que después de tener muchos vehículos, en este momento tiene cero vehículos, que en este momento de la pandemia está logrando que los trabajadores sobrevivan, no tendrá con qué pagar esta condena por me parece que la condena es ruinoso para la empresa; entonces no es argumento del señor decir que por esto se ha equivocado o porque el señor juez tiene parámetros, sabiduría, formación, conocimiento, que no le niego y que lo ha demostrado pero evaluó mal la prueba y dejó de analizar una que es fundamental que es la subordinación y el deber de obediencia del trabajador a las normas y pautas laborales que estaban claramente establecidas.

Si el trabajador hubiese cumplido ese día los horarios que la empresa le imponía porque la empresa no lo conminó ni le obligó a que saliera, él tomó el vehículo y salió y cometió una serie de errores de imprecisión, eso en ningún momento puede imputarse en contra de la parte demandada.

Se está desconociendo lo dicho en el fallo de tránsito que dice una hipótesis y se esta cambiando por otra que el señor juez patrocina, que se llama cansancio, que se llama fatiga, si el fallecido en determinado momento quebrantó las normas de la empresa y le causó uno de los solos perjuicios, es que le tocó pagar un puente, es una empresita imagínese pagando un puente, que hubo que reclamar seguros, los solos partes que le corresponden a la empresa fueron cuantiosas, el vehículo se perdió porque hubo que seguir pagando al banco y cuando se pudo hacer la reclamación eso valía mucho más, es decir, este accidente fue ruinoso para la empresa, y pudo sobrevivir a este accidente pero conociéndola, no podrá sobrevivir a este fallo.

Que la prueba no es acorde con lo aportado al proceso, que fue mal examinada y que algunos documentos fueron dejados de analizar por el juez, y se valió mucho de su buen criterio que no dudo lo tiene, pero está asistido de suposiciones, porque nada de lo que dice esta probado en el proceso.”



CONSIDERACIONES

La Sala resolverá los recursos de apelación interpuestos por las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta la inconformidad, que, en síntesis, obedece por la parte de actora para que la condena por indemnización por concepto de daño moral a favor del hijo menor del trabajador fallecido lo sea en cuantía de 100 smlmv; y por la parte demandada, sustenta el recurso en contra de la totalidad de la condena.

En primer lugar, frente a la condena por indemnización por daño moral subjetivo a favor del menor hijo del trabajador fallecido, la misma se impuso en proporción de 50 smlmv al momento del pago; al respecto, sobre la fijación de los perjuicios la Sala de Casación Laboral ha considerado lo siguiente, en la sentencia SL1530-2021 del 28 de abril de 2021, radicación 68995, M.P. Gerardo Botero Zuluaga:

(...)

*Cabe agregar, que esta Sala ha sostenido que para la fijación de estos perjuicios, al no existir tablas o parámetros que permitan establecer criterios objetivos para cada caso en particular, tal suma debe fijarse de acuerdo a las especiales particularidades que se evidencien en el asunto en estudio, aplicando las reglas de la experiencia y la sana crítica, acorde con lo establecido en artículo 61 del CPTSS (CSL SL 4570 - 2019); esas características o detalles, surgen del análisis de los diferentes medios de convicción arrojados al informativo, con base en los cuales puede llegarse a fijar un criterio para su cuantificación, que en todo caso se hace al arbitrio juris, como jurisprudencialmente se ha aceptado **por la Sala**, entre otras en las sentencias CSJ SL, 2 oct. 2007, rad. 29644; SL, 15 oct. 2008, rad. 32.720 SL, 16 oct. 2013, rad. 42433.*



Así, en la sentencia CSJ SL4570-2019, se dijo:

Si bien el daño moral se ubica en lo más íntimo del ser humano y por lo mismo resulta inestimable en términos económicos, no obstante, a manera de relativa satisfacción, es factible establecer su cuantía. Para ello, es pertinente referir lo expuesto por esta Corte en sentencia CSJ SL 32720, 15 oct. 2008, que se reiteró en el fallo CSJ SL4665-2018, en cuanto a que la tasación del pretium doloris o precio del dolor, queda a discreción del juzgador, teniendo en cuenta el principio de dignidad humana consagrado en los artículos 1.º y 5.º de la Constitución Política, ya que según lo ha sostenido esta Corporación, en esa misma decisión, «para ello deberán evaluarse las consecuencias psicológicas y personales, así como las posibles angustias o trastornos emocionales que las personas sufran como consecuencia del daño».

(...)

Conforme el extracto jurisprudencial antes citado, contrario a lo esgrimido por el apoderado de la parte actora, para la fijación de los perjuicios morales no existen tablas o parámetros que permitan establecer criterios objetivos para cada caso en particular, y, por tanto, no es posible acceder a la condena por dicho concepto en relación con el menor hijo del trabajador fallecido, en los términos solicitados en el recurso.

Aunado a lo anterior, nótese que el argumento del a quo para imponer esta condena específica se centró en el análisis en las diferentes facetas que comportan el daño moral, esto es, *objetivado y subjetivado*, manifestando sobre el primero que éste no logró probarse en el proceso, ya que aquel refiere estrictamente repercusiones de orden económico como consecuencias, por ejemplo, de angustias o impactos de orden psicológico o psíquico, y que por ello, basó la decisión en los daños morales de carácter subjetivo, y consideró para tales efectos que, estos corresponden a aspectos



sentimentales, afectivos, y emocionales que originan angustias, pesadumbre, soledad, dolores internos que no son fáciles de describir, además de la relación de parentesco de los familiares con el trabajador fallecido, consideraciones y tasación que no resulta desproporcionada, y por tanto, se confirmará.

Dicho lo anterior, procede ahora el análisis del recurso de apelación formulado por el apoderado de la empresa encartada, iniciado con la manifestación acerca del reporte del accidente de trabajo que hiciera la empresa ante la Administradora de Riesgos Laborales Seguros Bolívar, del que señala no es veraz, no obstante, contrario a lo así esgrimido, a folio 71 del plenario obra el formato del informe de accidente de trabajo del empleador o contratante, es decir, que en este punto se cumplió con lo establecido en el artículo 62 del Decreto 1295 de 1994, en lo pertinente al reporte del accidente por parte del empleador ante la correspondiente administradora, sin que obre prueba alguna que respecto del informe que elaboró la ARL Seguros Bolívar la empresa demandada haya manifestado alguna inconformidad, el cual se basó en principio en lo informado por el empleador, específicamente en los horarios de inicio de labores del trabajador, no siendo entonces simples suposiciones de la entidad administradora de riesgos laborales.

Por otra parte, le asiste razón al juez de instancia al encontrar la culpa suficientemente comprobada de la empresa demandada en calidad de empleador del trabajador fallecido en la ocurrencia del accidente que le costó la vida a este, al identificar el nexo causal entre el resultado y la excesiva jornada laboral del que fue objeto.

Para el efecto, se tuvo en cuenta el artículo 56 del Decreto 1393 de 1970, norma que establece que, *“las empresas de transporte, por razones de*



seguridad pública no podrán fijar a los conductores jornadas de trabajo superiores diarias a 10 horas”, además de lo dispuesto en el Decreto 869 de 1979, que en su artículo 2° señala que, para efectos de la norma en cita, debe entenderse que la jornada de trabajo comprende el tiempo durante el cual el conductor esté al servicio de la empresa, bien sea sobre el timón o la ruta, o simplemente a disposición de la una o del otro.

Lo anterior, encuentra justificación en el caso concreto, en que la parte demandada intenta exculpar su responsabilidad en el exceso de velocidad en el que incurrió el conductor instantes previos al suceso, que por demás, son significativos al punto de llegar hasta los 118 km/h al tratarse de una curva, conforme lo arrojado en la investigación del accidente de trabajo; aunado a ello, la conclusión a la que arribó el a quo como causa primaria del accidente referida al cansancio del trabajador tras estar disponible y al servicio de la convocada desde aproximadamente las 9 y 40 de la mañana, no resulta desacertada ni desproporcionada si se tiene en cuenta que, el hecho fatídico ocurrió aproximadamente a las 9 y 23 de la noche.

Es decir, que el empleador no previó las condiciones físicas del trabajador para cumplir con la peligrosa labor de conducción, y más aún, de vehículos de transporte de hidrocarburos, y por ello es que no es de recibo que intente disimular que el conductor solo inició su jornada laboral entre las 3 y 4 de la tarde del 5 de abril de 2016, día del accidente, olvidando que éste permaneció disponible a lo largo de la mayor parte del día y al servicio del empleador, que parte de esa jornada, según la demandada, estuvo el señor Jaime Vargas Martínez en una capacitación en las instalaciones de la convocada, y que ello fue así, porque el vehículo estaba siendo objeto de mantenimiento, es decir, que ello obligaba al conductor a permanecer a la espera de su entrega.



Luego, es claro que la culpa del empleador emerge del hecho de no ejercer control sobre la jornada de trabajo a la que había sido sometido el trabajador, previo a iniciar ruta hacia Puerto Boyacá, Boyacá, en las horas de la tarde, y por ende, el deber ser era procurar y vigilar las condiciones físicas al conductor para que ejerciera su labor, como es, mínimamente las de descanso.

En tal orden de ideas, no hay discusión en que el accidente laboral no se causó por deterioro de la herramienta de trabajo, sino por falta de condiciones físicas del trabajador, respecto de las cuales, el empleador debió prever y no lo hizo, y es ello, lo que lo hace responsable por la culpa suficientemente comprobada de este en el accidente laboral, lo cual hace procedente la condena infligida.

Ahora bien, no puede el recurrente solo estarse a manifestar que el resultado del proceso se debió al informe de la ARL, siendo que, como quedó visto, ello devino del análisis en conjunto de los medios de prueba allegados oportunamente y en legal forma al proceso.

Valga indicar que, si bien al interior del proceso y de las motivaciones de la sentencia se hizo alusión a una posible concurrencia de culpas, debido al exceso de velocidad registrado instantes previos al accidente o no detenerse para descansar en el viaje, lo cierto es que, de todas maneras, independientemente si el fatal hecho se originó o no, por la impericia o culpa del operador del tracto camión, lo cierto es que, la conducta omisiva del empleador en procurar la seguridad del trabajador no pudo ser desvirtuada por la demandada, puesto que, nótese que el vehículo no se encontraba detenido por encontrarse precisamente el operador en actividades que en nada tenían que ver con sus obligaciones labores, como descansar entre otras, por el contrario, el vehículo se encontraba en reparación del exhosto, situación



que comprometía la responsabilidad y disponibilidad de su operador, en todo caso, la concurrencia de culpas no exonera al empleador de su responsabilidad (SL4538-2021).

Conforme lo anterior, también refuta lo alegado por el recurrente en el sentido que el trabajador, como subordinado de la convocada, estaba en la obligación de cumplir con las políticas de conductor seguro adoptadas al interior de la empresa, además de las obligaciones plasmadas en el contrato de trabajo, no obstante, se insiste, en el presente asunto no quedó acreditada únicamente la responsabilidad del trabajador, sino también, la omisión del empleador, conforme lo prevé el artículo 56 del CST al indicar que, de modo general, incumben al empleador obligaciones de protección y de seguridad para con los trabajadores, y a estas obligaciones de obediencia y de fidelidad para con el empleador, y por lo tanto, no podría predicarse sin más una eventual culpa exclusiva de la víctima, o en este caso, del trabajador fallecido.

Así las cosas, entre las principales conclusiones a las que se arriba luego del decurso procesal, es la falta de control por parte del empleador en la ejecución de las actividades del trabajador, puesto que, si bien no se trata que el primero deba estar presente en el sitio de trabajo, y menos, al tratarse de un conductor de carga, como era el caso del señor Jaime Vargas, por lo menos, si debió suponer el desgaste físico que comprometía el iniciar la ruta desde la ciudad de Bogotá teniendo como destino Puerto Boyacá, Boyacá, y con mayor razón, en horas de la tarde, y en tal orden de ideas, las mismas no devienen de la falta de apreciación de las pruebas allegadas al proceso como lo pretende hacer ver el recurrente, sino de la consecuencia lógica de los hechos, apreciados bajo la libre formación del convencimiento de acuerdo al artículo 61 de CPT y de la SS.



Así las cosas, se confirmará la decisión de primera instancia por lo así considerado.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 07 2018 717 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: GILMA ROSA BENAVIDEZ GONZALEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 28 de enero de 2021, proferida por el Juzgado Séptimo laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por las demandadas.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la demandada PORVENIR, presentó sus alegatos de conclusión.

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07 2018 717 01 Dte: GILMA ROSA
BENAVIDES GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Solicitó la parte actora se declare la nulidad o ineficacia del traslado y de la afiliación en pensiones que el actor realizó a PROTECCIÓN S.A. el día 01 de octubre de 1.998, Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes incluidos los rendimientos generados y a esta última a que los acepte y al pago de las costas y agencias en derecho y a ésta última a reconocer el tiempo laborado y a emitir la historia laboral actualizada. (fl.-6)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES desde el 22 de febrero de 1.982.
- Que se afilió a la AFP PROTECCIÓN, quienes no le brindaron la información debida, acerca de los efectos y consecuencias del traslado del régimen de prima al régimen de ahorro individual.
- Que los asesores de PORVENIR S.A. le aseguraron que en el RAIS se pensionaría mejor que en el ISS.
- Que le indicaron que en el RAIS, su mesada pensional sería más cercana a los ingresos percibidos por ella durante su vida laboral.
- Que no le fue realizado un comparativo entre regímenes pensionales.
- Que no le indicaron los factores que se tenían en cuenta para el cálculo de su mesada pensional.
- Que no le informaron sobre la tasa de rentabilidad del capital, en relación con la pensión de vejez y como esto podía influenciar en su futura pensión.
- Que elevó solicitud ante las demandadas, a fin de que declarara la nulidad de la afiliación realizada a PORVENIR S.A. (fl.-4-5)

Una vez admitida la presente acción, se dispuso la vinculación a la presente acción a la AFP PORVENIR S.A.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07 2018 717 01 Dte: GILMA ROSA
BENAVIDES GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 2, 18 y 19, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definido, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas. (fl. 128 - 143).

Por su parte la demandada **PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 2 y 21, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones. (fl. 202 - 230).

Por su parte la demandada **PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, señaló que no le constan o que no son ciertos, ya que manifiesta que la actora solo estuvo afiliada a dicha entidad desde el 1 de abril de 2006, hasta el 31 de mayo de 2010. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones reclamadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo y enriquecimiento sin justa causa. (fl. 252-269).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en sentencia de fecha 28 de enero de 2021, resolvió, en lo que tiene que ver con este proceso:

- 1. Declarar la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por:
- la señora GILMA ROSA BENAVIDES GONZALES con la AFP COLMENA hoy PROTECCION el 01 de octubre de 1998 En formulario No. 1010433195*



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 07 2018 717 01 Dte: GILMA ROSA BENAVIDES GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

- la señora GILMA ROSA BENAVIDES GONZALES con la AFP PROTECCION S.A el 01 de marzo de 2001 en formulario No. 5347641

- la señora GILMA ROSA BENAVIDES GONZALES con la AFP PORVENIR el 28 de febrero de 2006 en formulario No. 02497412

- la señora GILMA ROSA BENAVIDES GONZALES con la AFP PROTECCIÓN el 01 de junio de 2010 con formulario No. 8751208

2. ORDENAR a **PROTECCION SA.**, a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora **GILMA ROSA BENAVIDES GONZALES dineros** que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por **COLPENSIONES**.

3. Igualmente, **PROTECCION Y PORVENIR.** debe incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales de la demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a **COLPENSIONES** debidamente indexados.

4. ORDENAR a **COLPENSIONES** a recibir sin solución de continuidad como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la demandante desde su afiliación inicial al ISS.

5. Se declaran no probadas las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES **COLPENSIONES, PORVENIR Y PROTECCIÓN**

6. Se condena en costa al fondo demandado y a favor de la demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de la demandada **PORVENIR S.A Y PROTECCIÓN S.A** .

7. REMITASE EN CONSULTA.

Fundamentó su decisión, realizando en primer lugar un recuento de los antecedentes de la presente acción, posteriormente indicó que que la actora solicita se declare la nulidad o ineficacia de su afiliación, porque no se le brindó la información necesaria, completa, eficiente, eficaz, cierta y oportuna sobre el cambio de régimen pensional que iba a decidir, de las implicaciones que conllevaba las pensiones dentro del régimen de prima media con prestación definida y dentro del de ahorro individual con solidaridad, como tampoco las formas de pensiones que tenía el rais.

Indicó, respecto a la información que debe ser garantizada por parte de las administradoras de fondos de pensiones al momento del trámite del traslado



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07 2018 717 01 Dte: GILMA ROSA
BENAVIDES GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

de afiliados del régimen de prima media, la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia en las sentencias del 9 de septiembre de 2008, bajo los radicados 31989 y 31314, igualmente que han sido ratificadas hasta en la actualidad, entre otras en la sentencia SL4964 del 14 de noviembre de 2018, SL4989 de la misma fecha, SL1452 de 2019, SL1688 de 2019 y la SL4426 de 2019, la corte ha explicado que la información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, estatuto orgánico del sistema financiero, aplicables a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realice, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado. De esta manera como puede verse desde su fundación las sociedades administradoras de fondos de pensiones tienen la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al trabajador afiliado elegir dentro de las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses, no se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro, la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de la AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de esa actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que le asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07 2018 717 01 Dte: GILMA ROSA
BENAVIDES GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

operaciones que realicen, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado. Ahora bien, la información necesaria a la que alude el estatuto orgánico del sistema financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, por lo tanto implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las condiciones jurídicas del traslado.

Es de esa posición que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia ha desprendido ese tipo de acciones que inician los demandantes, lo que se puede concluir es que desde la expedición de la ley 100 de 1993 y de los decretos 663 de 1993, 654 de 1994, siempre existió el deber de información en cabeza de las AFP como lo ha dejado claro la jurisprudencia ya reseñada. Que además reafirma lo dispuesto en la normatividad civil en el artículo 1603 del código civil, que consagra la ejecución de buena fe de los contratos, los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obliga no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenecen a ella, regla válida para las obligaciones, cualquiera que sea su fuente, legal, reglamentaria o contractual, asignándole desde la creación de los fondos privados como administradores del rais, la obligación de brindarle información completa, clara y certera a los trabajadores afiliados, no siendo únicamente su función mercantilista como erróneamente se creía por parte de sus representantes legales, quienes olvidaron que su creación estaba permeada de una función al servicio de los intereses sociales dentro del sistema de seguridad social en pensiones, orientada a la administración y reconocimiento de los derechos pensionales de los trabajadores, por ello esa obligación de informar a los trabajadores afiliados o potenciales afiliados no nació a partir del decreto 2555 de 2010, ni del 2071 del 2015, ni de la ley 1748 de 2014 como se alega por parte de los apoderados de las afp, pues con la expedición de esos preceptos normativos lo que se hizo fue recoger,



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07 2018 717 01 Dte: GILMA ROSA
BENAVIDES GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

expedir, modificar, reglamentar la obligación de brindar la información transparente a los consumidores de servicios financieros, dentro de los que se encuentran los trabajadores afiliados a las AFP y nunca crearla.

Sobre la carga de la prueba en los casos puestos a consideración en este juzgado, se tiene que las reglas jurisprudenciales identificables en la sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia la SL31989 del 9 de septiembre de 2018, la SL31314 de la misma fecha, la SL33083 del 22 de noviembre de 2011, y SL3463 del 2019, aplicable en estos asuntos consiste que por tratarse de un derecho mínimo que consagra garantías a favor de los trabajadores afiliados, las administradoras de fondos de pensiones deben suministrarle oportunamente la información clara, cierta y comprensible de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, si se tiene o no un beneficio transicional, o si está o no próximo a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado considerado en sí mismo, esto desde luego teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto. Por lo anterior, si el trabajador afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, nos encontramos frente a un presupuesto negativo que debe valorarse con la literalidad del artículo 167 del código general del proceso, según el cual las negaciones indefinidas no requieren prueba.

Así las cosas cuando la demandante arguyen que al momento de su afiliación y traslado, el fondo de pensiones no suministró la información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que si se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces como los trabajadores afiliados no pueden acreditar que no recibieron información, corresponde a su contraparte, a los fondos privados, demostrar que si se la brindaron, dado que son quienes están en la posición privilegiada de hacerlo.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07 2018 717 01 Dte: GILMA ROSA
BENAVIDES GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Esa visión de la inversión de la carga de la prueba también tiene asidero en el artículo 1604 del código civil, cuyo tenor enseña que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearlo, de donde sigue la conclusión incontrastable que corresponde al fondo de pensiones acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

De conformidad con lo anterior, encontró que en el caso de la actora, la demandada no demostró el suministro completo, veraz y eficaz del que trata la H. Corte en las sentencias antes señaladas, por lo que accedió a las pretensiones de la demanda, en los términos antes señalados.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión las apoderadas de las demandadas, interpusieron recurso de apelación, señalando:

COLPENSIONES

Muy respetuosamente interpongo recurso de apelación ante el H, Tribunal Superior de Bogotá para que se revoque en su totalidad el fallo proferido y el cual me permito sustentar de la siguiente manera: H. Magistrados, conforme al fallo proferido por el presente Juzgado aquí se vio lo manifestado en el interrogatorio de parte por la demandante que fue negligente frente al aspecto que decidió voluntariamente cambiarse de régimen contando con la posibilidad de trasladarse nuevamente de régimen dados los presupuestos de la Ley 797 de 2003, antes de que le faltaran 10 años o menos de arribar a la edad mínima pensional, también si existió el vicio al momento de realizar el traslado pensional en 1998, el mismo tuvo que ser advertido en dicho momento, por lo que a partir de esa fecha debe contarse el plazo de 4 años con los que contaba la demandante para pedir la nulidad del traslado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del CC, y como no lo hizo este hecho debe tenerse como ratificación tácita del acto que sanea cualquier nulidad. Adicional a ello, señores Magistrados la señora no solamente hizo un traslado, sino hizo varios en forma trasversal que se realizó entre PORVENIR y PROTECCIÓN, no una sino varias veces, por lo que no puede alegar que no tenía conocimiento. También en el interrogatorio de parte, la señora indicó que tenía conocimiento de la prohibición de los 10 años y aun así decisión realizar dicho traslado, también solicito que se estudie la postura que se esta tomando con el Dr. David Correa, en la cual indica que no es viable se declare la nulidad



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07 2018 717 01 Dte: GILMA ROSA
BENAVIDES GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

del traslado cuando el afiliado observó que la misma no estaría de acuerdo con sus aspiraciones económicas y por ende el afiliado debe someterse a las condiciones del sistema por el cual optó. Muchísimas gracias su señoría.

PROTECCIÓN S.A.

señor Juez estando dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito presentar recurso de alzada contra la sentencia proferida en el numeral 3 de la sentencia por la condena a la devolución de las comisiones de administración a PROTECCIÓN dentro del presente proceso, el cual sustento de la siguiente manera: se debe tener en cuenta que la deducción de dinero de esta cuenta de ahorro individual de la demandante se realizó con ocasión a una disposición legal, valida y vigente no por capricho de mi representada, se trata de comisiones ya pagadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, en el hipotético caso en que se ordene la devolución de dichas sumas de dinero debe proceder entonces con la devolución de todos los rendimientos generados mientras estuvo afiliada a mi representada pues estos se generaron producto de una buena administración y en este sentido solo habría lugar a que se trasladara los aportes pensionales generados, por lo que se deben trasladar solo los aportes que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante sin los rendimientos y de estar afiliada al régimen de ahorro individual no hubiera generado estos rendimientos, de acuerdo con lo anterior, dejo sustentado mi recurso de apelación.

PORVENIR S.A.

Gracias su señoría estando dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación en el numeral 3, para que los honorables magistrados sala laboral revoquen en este punto la condena por los siguientes motivos, ya que efectivamente cómo quedó bien se hacen los magistrados en todo el proceso y representada no generó el traslado inicial y tampoco cuenta con dineros de la afiliada puesto que todos estos emolumentos fueron retornados a PROTECCIÓN en el año 2010, sin embargo el fallador de primera instancia considera que se debe generar una entrega de los gastos de administración y de otras sumas de dinero. Al respecto me permito manifestar que de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2 del Artículo 20 de la ley 100 de 1993, también en el régimen de prima media se



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07 2018 717 01 Dte: GILMA ROSA
BENAVIDES GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

define un 3% de cotización a financiar gastos de administración pensión de invalidez y sobrevivientes, Y es que estos gastos no forman parte integral de la pensión vejez y decir no es un emolumento que financia dicha prestación y por tanto aunque se generó o se dio por no probada la excepción de prescripción esos gastos si se gran prescritos ya que no hacen parte integral de la pensión vejez. También es importante mencionar que la superintendencia financiera en varios eventos ha mencionado que cuando exista una ineficacia una nulidad, cuáles son los dineros que se deben trasladar y nos indica que debe ser trasladado la cuenta de ahorro individual del afiliado con los rendimiento sin que proceda la devolución de la prima provisional de seguros en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza y tampoco habla de la devolución de unos gastos de administración en ese orden de ideas, sería generar un enriquecimiento sin causa a la codemandada COLPENSIONES, máxime cuando mi representada todo lo entrego en su momento por la libre voluntad mencionada en el artículo 113 de la ley 100 en la cual la demandante retorno al primer fondo que supuestamente y no le brindó una información que no fue claro ni consistente con la información entregada, aun así se ratificó nuevamente está voluntad de afiliación y no es posible que por ello mi representada sea perjudicada, con todo respeto señores magistrados y por lo anterior solicito respetuosamente revocar la sentencia impuesta y absolver a mi representada. Muchas gracias”

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES se tiene que lo pretendido por la señora GILMA ROSA BENAVIDEZ GONZALEZ, se circunscribe a la resolución del contrato de administración de aportes, que se formalizara mediante formulario suscrito ante la demandada por PROTECCIÓN S.A. antes COLMENA, el 1 de diciembre de 1.998.

En este orden, si bien se peticiona la resolución del contrato de afiliación, lo cierto es que se alega como consecuencia de la falta de información en dicho acto, caso en el cual, lo pretendido se debe abordar bajo la óptica de la ineficacia, figura que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07 2018 717 01 Dte: GILMA ROSA
BENAVIDES GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; oportunidades en que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del RAIS, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Es así como para estos casos, contrario a lo señalado por Colpensiones en su recurso y alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07 2018 717 01 Dte: GILMA ROSA
BENAVIDES GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia, sin que intervengan aspectos relacionados con el régimen de transición, o que se tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por PROTECCIÓN S.A., es el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año de 1998, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas en la suscripción del mismo como señal de aceptación de todas las condiciones. El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en varios pronunciamientos, como el del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07 2018 717 01 Dte: GILMA ROSA
BENAVIDES GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado 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, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”. (Negrilla fuera del texto original)

Conforme criterio jurisprudencial en cita, no resulta de recibo el argumento de la recurrente Colpensiones en alegaciones, según el cual, la administradora no estaba en el deber de soportar la información brindada a la fecha del traslado del actor; cuando lo cierto es que como tantas veces lo ha señalado la línea jurisprudencial aplicable en estos casos, **desde su creación** las administradoras están obligadas a brindar dicha información y soportar la misma, pudiendo determinar las ventajas y perjuicios de los afiliados que pueda conllevar su traslado de régimen, atendiendo a sus condiciones pensionales particulares, por ello es de vital importancia la revisión de cada uno de tales aspectos, en cuanto a los afiliados individualmente considerados, como en efecto lo indica la recurrente ya que



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07 2018 717 01 Dte: GILMA ROSA
BENAVIDES GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

la decisión de primer grado efectuó el estudio de la situación particular del traslado de la señora Gilma Rosa, arribando a la conclusión que no se había cumplido con el deber de información bajo estudio, conclusión que comparte esta Sala ante la orfandad probatoria del cumplimiento del mismo, como lo pone de presente la parte demandante en sus alegaciones, lo que impone **confirmar** la decisión de primer grado.

Ahora bien, en el presente caso, no resulta procedente exigirle al demandante probar vicio en el consentimiento alguno a pesar de haberlo alegado, pues como se indicó al inicio de este pronunciamiento, lo pretendido no se estudia bajo la óptica de la nulidad y así en lo reiteró la Corporación en mención en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

De igual manera, contrario a lo afirmado por Colpensiones en alegaciones, el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no conlleva la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, los que una vez recibidos por esta, entrarán a hacer parte del fondo común propio de dicho régimen y así contribuirán a financiar las prestaciones de los demás afiliados del RPM.

De igual forma, no sale avante el argumento planteado en el recurso de apelación por parte de Porvenir S.A., respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, pues



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07 2018 717 01 Dte: GILMA ROSA
BENAVIDES GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

estos también deben ser objeto de dicho traslado, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados**, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. (Negrilla fuera del texto original)*

Lo anterior por cuanto en virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen no existió y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido y que fueron erogaciones realizadas a los aportes del afiliado; aspecto respecto del cual procede señalar a esta recurrente que el concepto a que alude también en sus alegaciones expedido por la SuperFinanciera, no es de obligatorio observancia por parte de esta jurisdicción, como quiera que tal índole sólo la ostentan los pronunciamientos del organismo de cierre de la misma, esto es, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, se considera que hay lugar a adicionar la sentencia en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07 2018 717 01 Dte: GILMA ROSA
BENAVIDES GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones señaladas en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07 2018 717 01 Dte: GILMA ROSA
BENAVIDES GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**


**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO .**