República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - SENTENCIA
RADICACIÓN.	11001 31 05 **038 2017 00630** 02
DEMANDANTE:	MARÍA CONSUELO ÁLVAREZ DE RODRÍGUEZ, MARÍA MARGARITA ESCOBAR DE TORRES, FLOR DEL CARMEN CASTELLANOS y GLORIA EUGENIA URIBE BARRETO
DEMANDADO:	COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO PARA SERVICIOS EDUCATIVOS - COOPTASED, COLEGIO CAMPESTRE SAN JOSÉ

Bogotá DC, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 1º de julio de 2021, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. CUESTIÓN PREVIA

AUTO

Verificadas las actuaciones que anteceden, y la solicitud elevada por el apoderado judicial de la parte demandante (f.° 6 a 9 y 20 a 23), relacionada con decretar como pruebas en segunda instancia las declaraciones de parte de las demandantes, a fin de que sean escuchadas sobre los hechos de la demanda, es preciso anotar que la misma no reúne los presupuestos contenidos en los artículos 83 y 84 del CPTSS, en la medida en que dicho medio de convicción no fue solicitado en el escrito inicial y en consecuencia tampoco fue decretado en favor de la activa en la primera instancia.

En todo caso, ningún valor probatorio podría atribuirse a las manifestaciones que pudieran llegar a hacer las demandantes sobre aspectos que resultaran beneficiosos a sus intereses, pues se recuerda que de conformidad con lo previsto en el art. 191 del CGP, la prueba de confesión versa sobre los hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.

En consecuencia, la Sala **RECHAZA** la solicitud de práctica de pruebas elevada por el apoderado judicial de la parte demandante.

II. ANTECEDENTES

Pretenden los demandantes, que se declare la existencia de un contrato de trabajo docente a término indefinido con el Colegio Campestre San José, y que la Cooperativa de Trabajo Asociado Para Servicios Educativos - COOPTASED es solidariamente responsable del pago de las acreencias reclamadas. En consecuencia, que se condene al pago de todas las prestaciones sociales causadas en vigencia de cada una de las vinculaciones, la compensación en dinero de las vacaciones, la indemnización por despido injusto, la indemnización contemplada en el art. 65 del CST, la sanción por no consignación de las cesantías, junto con la devolución de los aportes retenidos

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestaron que iniciaron su labor como docentes en la Cooperativa de Trabajo Asociado Para Servicios Educativos - COOPTASED y en el Colegio Campestre San José, antiguo Colegio Siervas de San José, mediante un contrato de trabajo docente a término indefinido denominado "*Contrato de Trabajo Asociado Cooperativo",* María Consuelo Álvarez De Rodríguez del 19 de enero de 2004 hasta el 24 de marzo de 2017, María Margarita Escobar De Torres del 2 de febrero de 1981 hasta el 31 de diciembre de 2016, Flor Del Carmen Castellanos del 1º de abril de 1995 hasta el 31 de julio de 2017, y Gloria Eugenia Uribe Barreto del 1º de febrero de 1996 al 21 de abril de 2017.

Señalaron que se estableció por el empleador que dichas relaciones laborales estarían regidas por la ley cooperativa, el estatuto, los regímenes de trabajo asociado, compensaciones y previsión y seguridad social de COOPTASED; que para el ingreso tuvieron que pagar una cuota de gastos de 3

SMLMV y un aporte inicial de 5 SMLMV; que la terminación de los vínculos de María Consuelo Álvarez De Rodríguez y Gloria Eugenia Uribe Barreto se fundamentó en que no se les asignaría carga académica por razones financieras de COOPTASED; por negligencia en el trámite de la pensión de vejez, en el caso de María Margarita Escobar De Torres a raíz de un accidente laboral y de Flor Del Carmen Castellanos debido a que se jubiló (pág. 3 a 37, archivo 01).

III. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue rechazada, luego de haber sido inadmitida por no haberse aportado el certificado de existencia y representación legal del Colegio Campestre San José (pág. 265 a 285, archivo 01), decisión que fue recurrida por el demandante con fundamento en que no era posible aportar el anexo solicitado debido a que tanto el Colegio en mención como la Cooperativa de Trabajo Asociado Para Servicios Educativos - COOPTASED, estaban registradas bajo el mismo NIT, (pág. 287, archivo 01) y que a su vez, fue revocada por esta Corporación el 14 de marzo de 2018 (pág. 297, archivo 01), ordenando su notificación y traslado a los demandados (pág. 706 archivo 01), por lo que el *a quo* procedió en proveído del 13 de abril de 2018, a admitir la demanda y a ordenar su notificación y traslado a las demandadas (pág. 307 a 308, archivo 01).

La **Cooperativa de Trabajo Asociado Para Servicios Educativos - COOPTASED**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y aceptó la suscripción de los contrato de trabajo asociado con las demandantes, aduciendo que únicamente era cierta la fecha de inicio de la relación que existió con María Consuelo Álvarez de Rodríguez. Arguyó que la Congregación Religiosa "Siervas de San José", edificó un colegio para prestar la educación primaria y bajo el nombre de Colegio Siervas de San José celebró contratos de servicios docentes como profesoras de establecimiento educativo, establecimiento que en sí mismo no era una persona jurídica; que como consecuencia de lo anterior, se le pagaba a las profesoras el salario y prestaciones sociales; que debido a que las leyes colombianas cambiaron respecto de los beneficios otorgados a las congregaciones religiosas, Siervas de San José se retiró del servicio docente y se les dejó a los trabajadores el colegio en administración, y los mismos decidieron constituir una Cooperativa de Trabajo Asociado para servicios educativos; que más tarde, la religiosas dueñas del predio y de las instalaciones exigieron que a la Cooperativa cambiar la razón social de Colegio Campestre San José, el cual es de propiedad de la CTA, quien como arrendadora

de la planta física, administra todo lo pertinente al colegio, por ser dueña de los bienes que se encuentran en el mismo; que la CTA adquirió personería jurídica mediante Resolución n.º 247 del 3 de febrero de 1994 y que las demandantes han gozado entonces de los privilegios de ser asociadas. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del contrato de trabajo reglado por el Código Sustantivo del Trabajo, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe de COOPTASED, prescripción y falta de legitimación por pasiva del Colegio Campestre San José (Pág. 330 a 358, archivo 01).

En auto del 12 de marzo de 2019, el juez de primera instancia declaró la nulidad del auto admisorio de la demanda, para tener como única demandada a la Cooperativa de Trabajo Asociado Para Servicios Educativos - COOPTASED (f.º 369 a 370, archivo 02).

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 1° de julio de 2021, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra (Archivo 014).

Consideró el *a quo* que de las pruebas que militan en el expediente no se podía deducir de manera incontrastable la presencia del elemento subordinación jurídica laboral, propio del contrato de trabajo que se alegó por las demandantes en el escrito inicial, pues al margen de que la actividad que desarrollaban estuviera sujeta a un horario y al cumplimiento de algunas instrucciones o directrices por parte de los asociados no docentes, del rector, los coordinadores o el gerente de la cooperativa, tales situaciones fueron previstas en el régimen de trabajo asociado, documento que fue aceptado por las accionantes con ocasión de la suscripción de los respectivos contratos de trabajo asociado, quienes además, tenían conocimiento de la naturaleza de la entidad en la que se encontraban vinculadas y de las condiciones en que se desarrollaban las labores correspondientes.

Lo anterior, porque en los interrogatorios de parte se admitió que recibieron compensaciones ordinarias y extraordinarias como resultado del aporte de su trabajo, que participaron activamente en las asambleas generales, incluso con fundamento en sus propias declaraciones, aunadas a las declaraciones rendidas en la instancia se evidenció que durante el período de vinculación con la

cooperativa integraron en algún momento órganos administrativos, ya que María Margarita Escobar de Torres hizo parte del consejo directivo y de la Junta de vigilancia, María Consuelo Álvarez de Rodríguez, de la Junta de Vigilancia del Comité de Solidaridad, Flor del Carmen Castellanos de la Junta de Vigilancia y otros estamentos y Gloria Eugenia Uribe Barreto de la Junta de Vigilancia, última, que también admitió su calidad de afiliada en la conciliación celebrada con la Cooperativa demandada ante el Ministerio de Trabajo el 21 de abril de 2017, en la que se dirimió cualquier controversia existente entre las partes respecto de una eventual devolución de aportes al momento del retiro; y que además, María Margarita Escobar de Torres, en su condición de asociada se benefició de créditos otorgados por la Cooperativa Accionada, todo lo anterior en el marco de una relación de trabajo propia del cooperativismo.

En relación con el contrato de prestación de servicios número 001 del 2017 celebrado entre María Margarita Escobar de Torres y la demandada, advirtió que se habría suscrito para normalizar una situación irregular presentada de cara a la configuración de una causal de retiro en su condición de asociada, debido al reconocimiento de la pensión de vejez a la luz de las normas estatutarias y del régimen de trabajo asociado y anotó que la demandante habría comunicado el otorgamiento de la prestación de manera tardía, generándose en criterio de la cooperativa la necesidad de regularizar ese tiempo a través de un contrato de prestación de servicios, atendiendo a que tenía estudiantes y cursos a su cargo, como se advierte de la comunicación de terminación del contrato cooperado del 31 de julio de 2017 y lo explicado por María Susana López Herrera en su declaración. De ahí que concluyó, que a pesar de la existencia del contrato de prestación de servicios, era claro que María Margarita Escobar de Torres continuó ejerciendo su actividad en el marco del contrato de trabajo asociado.

Finalmente, expuso que no era factible emitir pronunciamiento alguno en torno a la devolución de los aportes sociales, en la medida en que tal solicitud se había fundado en la declaratoria de los contratos de trabajo que no se acreditaron en el trámite.

V. RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** presentó recurso de apelación contra la sentencia, e indicó que en este asunto se había demostrado que con ocasión de la presión, abuso y actos de intimidación ejercidos contra las demandantes por Carlos

Beltrán, la madre de Beatriz Jáuregui, María Susana López, Carlos Daza, José Luis Molina, Ernesto Ballén y demás y en general por los miembros del Consejo de Administración, aquellas se vieron sometidas, por la necesidad de trabajar y de garantizar su mínimo vital, a firmar los documentos que reposan en el plenario que contenían cláusulas fraudulentas del cooperativismo, situación a la que también se vio avocada Gloria Eugenia Uribe Barreto con la terminación del vínculo, quien es madre cabeza de familia, condición que también ostenta María Consuelo Álvarez de Rodríguez.

Señaló que en este caso se omitió la aplicación de la presunción legal prevista en el art. 24 del CST, lo que vulnera los derechos laborales y pensionales derivados del contrato realidad alegado en la demanda, sin consideración de las edades y necesidades económicas de las convocantes y las deudas que tienen, sobre todo cuando en este caso, no se ha efectuado la devolución de los aportes sociales, lo que denota que la modalidad de vinculación fue una especie de "*estafa".*

VI. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 28 de julio de 2021 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a cada una para alegar (f.º 2).

La parte demandante presentó alegaciones, reiterando los argumentos expuestos en la alzada (f.º 6 a 9, Cuad. Tribunal).

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consisten en determinar si entre las demandantes y la Cooperativa de Trabajo Asociado Para Servicios Educativos - COOPTASED existió un verdadero contrato de trabajo, y si como consecuencia de ello, había o no lugar a ordenar el reconocimiento y pago de las acreencias reclamadas.

Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del CST, modificado por el art. 1° de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 *ibídem*, modificado por el 2° de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, a quien resiste la pretensión, derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, SL1420-2018, SL1081-2021, y SL781-2022).

Por su parte, el trabajo cooperado, se encuentra regulado en las Leyes 79 de 1988 y 1233 de 2008, primera reglamentada por el Decreto 4588 del 2006, a su vez compilado en el Decreto 1075 de 2016, en donde se conceptúo que las cooperativas son empresas asociativas sin ánimo de lucro, en las cuales los trabajadores son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creadas con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general. Se distinguieron tres modalidades de cooperativas, según su actividad, a saber: *especializadas, multiactivas e integrales* (arts. 61 a 64 y 70 de la Ley 79 de 1988).

Así mismo, dispuso el art. 59 de la Ley 79 de 1988 que los casos donde «*los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, será establecido en los estatutos y reglamentos en razón a que se originan en el acuerdo cooperativo y, por consiguiente, no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes* (…)», norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-211-2000

Adicionalmente, el art. 12 de la Ley 1233 de 2008 previó que «*El objeto social de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado es el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno*», y según lo dispuesto en los arts. 17 del Decreto 4588 de 2006.

De manera que las cooperativas de trabajo asociado nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que deciden unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos. Dado que los socios son los mismos trabajadores éstos pueden pactar las reglas que han de gobernar las relaciones laborales, al margen del código que regula esa materia (CSJ sentencias SL, 2 feb. de 2006 rad 25725 y SL, 28 abr. 2009 rad. 35164).

Bajo los anteriores planteamientos normativos, a fin de determinar la existencia de la prestación personal del servicio junto con la subordinación, se hace necesario revisar las pruebas allegadas al plenario.

En primera medida ser advierte con el certificado de existencia y representación legal de la llamada a juicio, que su objeto social consiste en generar y mantener trabajo para sus asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno, vinculando voluntariamente el esfuerzo personal y los aportes económicos de sus asociados, para la ejecución de labores intelectuales y materiales organizadas por la cooperativa, y que con miras a desarrollar dicho objeto y proporcionar trabajo a sus asociados, se adelantaría como actividad instrumental y socioeconómica, la prestación de servicios educativos a través del Colegio Campestre San José y de cualquier otro establecimiento o entidad creados o adquiridos para tal fin (Pág. 309 a 319, archivo 2).

Adicionalmente, respecto de las vinculaciones que subsistieron frente a cada una de las demandantes se encuentran los siguientes elementos de convicción:

En cuanto a **María Consuelo Álvarez de Rodríguez**, se tiene que: *i).* El 4 de febrero de 2002 celebró contrato de trabajo a término fijo inferior a un año con la Cooperativa de trabajo asociado llamada a juicio, con vigencia hasta el 14 de junio de esa anualidad (Pág. 820 a 822, Archivo 1), prorrogado hasta el 15 de diciembre siguiente (Pág. 823, Archivo 1); *ii).* Presentó carta de renuncia el 16 de enero de 2004, al contrato de trabajo que estaba vigente como profesora del Colegio Siervas de San José, la cual fue aceptada con misiva de la misma fecha en la que Gerente de la Cooperativa refiere haber recibido la dimisión (Pág. 810, Archivo 1); *iii).* Suscribió contrato de trabajo asociado cooperativo con la llamada

a juicio, vigente desde el 19 de enero de 2004, para desempeñarse como docente (Pág. 57 a 58 y 818 a 819, Archivo 1); *iv).* En constancia del 15 de abril de 2004, la demandante manifestó haber recibido tres folletos en cuyo contenido se encontraban todas las normas de los Estatutos y los Reglamentos de la Institución aprobados por la Junta de Asociados, en la asamblea celebrada el 31 de marzo del año 2000 (Pág. 802, Archivo 1); *v).* Mediante comunicaciones emitidas por la demandada se le concedió el descanso anual, referente a las vacaciones remuneradas en 2002, 2003, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2013, 2015 (Pág. 774, 780, 784, 796, 800, 812, 814, 816, 824 y 836, Archivo 1); *vi).* En los años 2003, 2004, 2006 y 2007, le hizo entrega de dotación (Pág. 782, 798 y 804, Archivo 1); *vi).* El 1° de junio de 2015, la CTA emitió certificado de paz y salvo del crédito ordinario concedido a la asociada (Pág. 826, Archivo 1); *vii).* El 20 de noviembre de 2015, se expidió por la demandada certificación que cuenta con recibido de la demandante, en la que se hizo constar que aquella prestaba sus servicios como docente en COOPTASED desde el 4 de febrero de 2002, y que desde el 19 de enero de 2004 se había vinculado como asociada mediante acuerdo mutuo cooperativo (Pág. 828, Archivo 1); *viii).* Mediante comunicación del 27 de enero de 2016, se dio por terminada la relación de trabajo asociado con fundamento en el numeral 14 del literal A del art. 62 y el numeral 2° del art. 63 del régimen de trabajo asociado, relacionado con el reconocimiento de la pensión de jubilación (Pág. 61, Archivo 1); *ix).* En misiva del 23 de enero de 2017, el Gerente de la CTA le manifiesta a la activa que no se hará devolución de aportes (Pág. 63, Archivo 1); *x).* Comunicación radicada el 27 de enero de 2017, dirigida por María Consuelo Álvarez de Rodríguez al Consejo de Administración de la demandada, en la que hace mención a su situación pensional, refiere que el 23 de enero de 2017 no recibió carga académica y que teniendo en cuenta los deberes previstos en el régimen de trabajo asociado informaría oportunamente cuando hubiera adquirido su derecho a la pensión (Pág. 73 a 75, Archivo 1); *xii).* Mediante misiva radicada el 6 de mar de 2017, por María Consuelo Álvarez de Rodríguez al Consejo de Administración de la demandada, refiere a su situación pensional y que "*De acuerdo con lo hablado con el señor José Luis Molina Gerente de la Cooperativa, estoy en disposición de aceptar la propuesta de indemnización de acuerdo con lo estatutos vigentes y una vez que el cheque que la cubra se haga efectivo*" (Pág. 69 a 71, Archivo 1); *xiii).* En comunicación del 24 de marzo de 2017, suscrita por el Gerente de la CTA, se le informó a María Consuelo Álvarez de Rodríguez, que mediante Resolución n.° 001 de esa fecha, emitida por el Consejo de Administración se había aceptado el retiro voluntario presentado por ella, de conformidad con el acuerdo celebrado entre las partes (Pág. 77, Archivo

1); *xiv).* Por medio de la Resolución n.° 001 del 24 de marzo de 2017, se aceptó la renuncia de la demandante, en aplicación al numeral 1° del art. 15 relativa al retiro voluntario, dando alcance a la petición de indemnización por retiro (Pág. 87 a 89, Archivo 1); y, *xv).* En la liquidación definitiva de la demandante, se indicó que el vínculo había iniciado el 19 de enero de 2004 y finalizado el 24 de marzo de 2017, que se pagaba compensación anual diferida, la compensación semestral, el descanso anual compensado y la indemnización por valor de $25.018.048,15 (Pág. 79 y 848, Archivo 1).

A su vez, se advierte que en el interrogatorio de parte, **María Consuelo Álvarez de Rodríguez** admitió la suscripción del contrato asociativo de trabajo, que en la demandada existen los docentes asociados y no asociados; el pago de las compensaciones ordinarias y extraordinarias; que en los estatutos de la CTA se consagraba la figura de un gerente y un rector; que al momento de su retiro recibió una indemnización; que perteneció a la junta de vigilancia de la cooperativa, en virtud de la votación llevada a cabo en la Asamblea General; que conocía los estamentos a los que podía pertenecer en la cooperativa; y, que participó en las votaciones que se hicieron para la elección de los miembros de los distintos órganos al interior de la pasiva y cuando sentía inconformidad votaba en blanco.

Respecto a **María Margarita Escobar de Torres** se tiene que: *i).* Celebró contratos de trabajo de profesores con el Colegio Siervas de San José, por los años lectivos de 1981 a 1993 (Pág. 94 a 149, Archivo 1); *ii).* Se efectuó liquidación definitiva de prestaciones sociales correspondiente al período comprendido entre el 1° de febrero y el 31 de marzo de 1994, firmada por la trabajadora, en la que se manifiesta que el vínculo feneció por mutuo acuerdo (Pág. 578, Archivo 1); *iii).* Celebró contrato de trabajo asociado cooperativo con la Cooperativa de Trabajo Asociado Para Servicios Educativos – Cooptased – Colegio Siervas de San José, desde el 1° de abril de 1994, para desempeñarse como docente (Pág. 91 a 92, Archivo 1); *iv).* En constancia del 7 de octubre del año 2000, la demandante manifiesta haber recibido dos folletos en cuyo contenido se encontraban todas las normas de los Estatutos y los Reglamentos de la Institución aprobados por la Junta de Asociados, en la asamblea celebrada el 31 de marzo del año 2000 (Pág. 596, Archivo 1); *v).* En certificación expedida el 11 de septiembre de 2013, por el Gerente de la demandada, se hizo constar que la activa, prestaba sus servicios en el Colegio Siervas de San José desde el 1° de febrero de 1981 y desde el 1° de abril de 1994, se había vinculado como asociada mediante acuerdo mutuo

cooperativo a COOPTASED (Pág. 732, Archivo 1); *vi).* Mediante comunicaciones emitidas por la demandada, se concedió la compensación anual, referente a las vacaciones remuneradas en 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2009, 2013 y 2015 (Pág. 580, 584, 600, 682, 720, 722, 726, 734 y 740, Archivo 1); *vii).* La demandada efectuó entrega de dotación en los años 2001 y 2002, (Pág. 592, Archivo 1); *viii).* La demandante suscribió cartas de instrucciones para llenar pagarés en blanco, en favor de COOPTASED (Pág. 630 a 636, Archivo 1); *ix).* Se aportan tablas de comportamientos de préstamos efectuados por COOPTASED, durante el año 2013 (Pág. 640 a 646, Archivo 1), relación de los movimientos de créditos concedidos y aportes ordinarios efectuados por la convocante (Pág. 748, Archivo 1) y solicitud de crédito presentada por la convocante a la convocada (Pág. 648, Archivo 1); *x).* Presentó solicitud de pago de compensación extraordinaria correspondiente a las cesantías del año 2016, para reparaciones de un inmueble de su propiedad (Pág. 752, Archivo 1); *xi).* En liquidación definitiva efectuada por COOPTASED, se incluyeron los aportes ordinarios, retornos decretados y revalorización de aportes, se indicó que sobre los mismos había un factor de retención y se descontó lo debido por crédito de consumo personal, crédito ordinario y devolución de compensación ordinaria de diciembre (Pág. 668, Archivo 1); *xii).* En comunicación del 18 de enero de 2017, el Gerente de la demandada le solicitó a la demandante que informara sobre el estado actual de su pensión (Pág. 572, Archivo 1); *xiii).* En misiva del 23 de enero de 2017, la demandante le puso de presente a la encartada que empezó a gozar de su pensión de vejez, por lo que solicitaba no descontar de la compensación ordinaria el aporte a la EPS (Pág. 568, Archivo 1); *xiv).* En comunicación del 27 de enero de 2017, se dio por terminada la relación de trabajo asociado con fundamento en el numeral 14 del literal A del art. 62 y el numeral 2° del art. 63 del régimen de trabajo asociado, relacionado con el reconocimiento de la pensión de jubilación (Pág. 574 a 576, Archivo 1); *xv).* En misiva del 14 de julio de 2017, la demandante, le informa a la demandada la decisión de retirarse como asociada de la CTA, debido a que no se le habían pagado los salarios y prestaciones desde el 1° de marzo de 2017, por lo que le resultaba imposible efectuar sus aportes como asociada y que se reintegraría una vez culminara su incapacidad, en virtud del contrato que estaba vigente con la cooperativa (Pág. 169 y 676, Archivo 1); y, *xvi).* En derecho de petición radicado el 30 de mayo de 2017, la actora solicita a la pasiva la devolución de sus aportes, amparada en el comunicado del Consejo de Administración de la Resolución n.º 001 del 22 de noviembre de 2015 (Pág. 656 a 658, Archivo 1).

Adicionalmente, se arrimó contrato de Prestación de Servicios n.° 001 de 2017, en el que se estableció que la demandante referida se desempeñaría como docente del 1° de enero al 30 de noviembre de 2017 (Pág. 151 a 155, 758 a 762, Archivo 1); cuenta de cobro el 3 de febrero de 2017 (Pág. 764, Archivo 1); y, misiva del 15 de marzo de 2017, dirigida al Consejo de Administración de la CTA, por medio de la cual la demandante solicita, que en atención al accidente ocurrido el 9 de marzo de 2017, sin contar con cobertura de la ARL, pedía que a efectos de sufragar los gastos de cirugía se analizara la situación de sus aportes acumulados con miras a que se hiciera un cruce de cuentas con la deuda que tenía y le colaboraran con un aportes económicos (Pág. 159 a 160, Archivo 1).

Por su parte, en el interrogatorio de parte rendido por **María Margarita Escobar de Torres**, la misma confesó que participó en la primera asamblea general de la precooperativa de trabajo asociado para servicios educativos llevada a cabo en las instalaciones del colegio el 13 de diciembre de 1993; que participó como asociada activa en todas las asambleas generales de la cooperativa; que con la firma del contrato de trabajo asociado, recibió el régimen de compensaciones que regía para todos los asociados; que conocía que una parte de su aporte como asociada a la cooperativa consistía en su trabajo como docente en el Colegio Siervas de San José; que sabía que al interior de la demandada existían docentes asociados y no asociados; que recibía anualmente dotación de vestido correspondiente a una bata; que anualmente se le comunicó por escrito el período de vacaciones; que sabía que existía en la institución un gerente y un rector; que hizo parte del Consejo de Administración, de la Junta de Vigilancia y del Comité de Crédito, en los que fue designada por votación en la asamblea ordinaria que se hacía cada año; y, que sabía que el gerente y el rector eran elegidos por el Consejo de Administración.

En cuanto a **Flor del Carmen Castellanos**, se observa que: *i).* El 1° de febrero de 1996, celebró contrato de trabajo con la Precooperativa de Trabajo Asociado para Servicios Educativos y la demandante, como bibliotecóloga de primaria (Pág. 206 a 212, Archivo 1); *ii).* En misiva del 19 de julio de 1999, el Consejo de Administración de la demandada, le informó a la demandante "*Tenemos el agrado de comunicarle que, en atención a las aptitudes y actitudes que hemos observado en el desempeño de su labor en el Colegio, el CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN en reunión celebrada el 17 de julio de 1999, según acta No. 119, acordó cursarle la invitación para que ingrese como asociada a COOPTASED. Para nosotros sería muy grato contar con usted dentro del grupo de asociados,*

*pues hemos valorado sus capacidades. Para facilitarle la toma de una libre decisión, acompañamos los estatutos de COOPTASED, aprobados en la última Asamblea Genera*l", así mismo se anexaron los requisitos para la admisión (Pág. 217 a 219, Archivo 1); *iii).* Suscribió contrato de trabajo asociado cooperativo con la Cooperativa de Trabajo Asociado Para Servicios Educativos – Cooptased – Colegio Siervas de San José, vigente desde el 1° de agosto de 1999, para desempeñarse como docente (Pág. 215 a 216 y 873 a 874, Archivo 1); *iv).* En constancia del 4 de junio de 2001, la demandante manifestó haber recibido un folleto en cuyo contenido se encontraban los Reglamentos de los Comités de Educación, de vigilancia, de crédito y los Reglamentos de crédito, de funcionamiento del comité de solidaridad y del fondo de solidaridad (Pág. 883, Archivo 1); *v).* En certificación expedida el 28 de marzo de 2007, por el Departamento de Personal de la demandada, se hizo constar que la activa, prestaba sus servicios en el Colegio Siervas de San José desde el 2 de abril de 1995 y desde el 31 de agosto de 1999, se había vinculado como asociada mediante acuerdo mutuo cooperativo a COOPTASED (Pág. 204, Archivo 1), y en la del 2 de agosto de 2017, además se certificó que había estado vinculada como asociada hasta el 31 de julio de 2017 (Pág. 212 y 923 Archivo 1); *vi).* La demandada le comunicó a la demandante, la compensación anual referente a las vacaciones remuneradas en 2003, 2004, 2012 y 2013 (Pág. 891, 903, 905 y 907, Archivo 1); *vii).* Obran constancias de entrega de dotación de los años 2000, 2003, 2004, 2006 y 2007 (Pág. 877, 889, 893, 895 Archivo 1); *viii).* La actora elevó solicitudes de pago de compensación extraordinaria correspondiente a las cesantías de los años 1999 y 2007, para gastos educativos y remodelación de inmueble de su propiedad (Pág. 873, 881, Archivo 1); *ix).* Mediante misiva del 17 de julio de 2017, la demandante solicitó la devolución de los aportes sociales, que fueron descontados por nómina, desde el ingreso hasta la desvinculación, de conformidad con el art. 41 del estatuto vigente, en concordancia con el art. 45 del estatuto expedido el 16 de junio de 2007 (Pág. 223, Archivo 1); pedimento que fue resuelto de manera desfavorable en comunicado del 26 de julio de 2017 (Pág. 225, Archivo 1); y, *x).* En la liquidación definitiva de la demandante, se indicó que el vínculo con la CTA había iniciado el 1° de abril de 1994 y finalizado el 31 de julio de 2017, y se pagó compensación ordinaria (Pág. 229 y 909, Archivo 1).

Adicionalmente, en el interrogatorio de parte rendido por **Flor del Carmen Castellanos** aceptó que cuando ingresó al colegio en el año 1995, ya existía la Cooperativa de Trabajo Asociado; que en 1999, recibió una invitación para hacer parte de la demandada; que firmó el contrato de trabajo asociado, según ella bajo

presión; que a la firma de dicho acuerdo, recibió los estatutos, el régimen de trabajo asociado y el régimen de compensaciones; que en la cooperativa existen los docentes asociados y no asociados; que recibía mensualmente una compensación por su aporte en el trabajo desarrollado en el Colegio Siervas de San José, así como las compensaciones extraordinarias; y, que participó de las asambleas ordinarias de la cooperativa.

Finalmente, respecto a **Gloria Eugenia Uribe Barreto** es plausible que: *i).* celebró contrato de trabajo el 1° de febrero de 1996, con la Precooperativa de Trabajo Asociado para Servicios Educativos, como profesora (Pág. 239 a 245, Archivo 1); *ii).* Suscribió contrato de trabajo asociado cooperativo, con la Cooperativa de Trabajo Asociado Para Servicios Educativos – Cooptased – Colegio Siervas de San José, vigente desde el 3 de enero del año 2000, para desempeñarse como docente (Pág. 233 a 234, Archivo 1 y Pág. 5 a 6, Archivo 2); *iii).* En constancia del 7 de octubre del año 2000, la demandante manifestó haber recibido dos folletos en cuyo contenido se encontraban todas las normas de los Estatutos y los Reglamentos de la Institución aprobados por la Junta de Asociados, en la asamblea celebrada el 31 de marzo del año 2000 (Pág. 143, Archivo 2); *iv).* En constancia del 4 de junio de 2001, la demandante manifestó haber recibido un folleto en cuyo contenido se encontraban los Reglamentos de los Comités de Educación, de vigilancia, de crédito y los Reglamentos de crédito, de funcionamiento del comité de solidaridad y del fondo de solidaridad (Pág. 141, Archivo 2); *v).* Obra constancia de entrega de dotación de los años 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007 (Pág. 143, 145, 147, 149 y 151, Archivo 2); *vi).* En comunicación suscrita por la demandante el 3 de febrero del año 2000, la activa puso de presente al Consejo de Administración de la demandada, del ascenso de escalafón dispuesto por la Secretaría de Educación del Distrito (Pág. 153 a 154, Archivo 2); *vii).* La demandante presentó solicitud de autorización de retiro de compensación extraordinaria correspondiente a cesantías de 2014, 2016, para cubrir costos educativos (Pág. 71, 215, Archivo 2); *viii).* En certificación expedida por la Asociación Colombiana de Cooperativas, se hizo constar que la activa participó en el curso de delegados a la asamblea llevado a cabo el 15 de marzo de 2003 (Pág. 159, Archivo 2).; *ix).* En certificación expedida por Coodansocial – Asociación Cooperativa, se hizo constar que la convocante asistió al curso medio nivel II para entidades de economía solidaria del 16 al 17 de junio de 2003 (Pág. 163, Archivo 2); *x).* A la demandante se le otorgó reconocimiento el 10 de marzo de 2011, por Professional Coaching Project debido a su asistencia y participación en el módulo teórico -práctico de 20 horas, como

"*Líder coach – Directivo – Educativo – Cooperativo*" (Pág. 165, Archivo 2); *xi).* La demandada le comunicó a la convocante la concesión de la compensación anual, referente a las vacaciones remuneradas en los años 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2011, 2013 y 2015 (Pág. 169, 171, 173, 175, 179, 181, 185, 187, 189, 199, 201, 203 y 207 Archivo 2); *xii).* Por medio del memorando del 25 de agosto de 2011, se hizo una amonestación verbal a la demandante de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del art. 57 del Régimen de Trabajo Asociado (Pág. 205, Archivo 2), *xiii).* Mediante solicitud del 5 de mayo de 2015, la demandante peticionó a la pasiva el retiro y paz y salvo del pagaré suscrito en virtud de préstamo concedido por la CTA (Pág. 263, Archivo 2); *xiv).* En certificación expedida el 19 de noviembre de 2014 por la demandada, se hizo constar que la actora, prestaba sus servicios como docente en el Colegio Siervas de San José desde el 1° de febrero de 1996 y desde el 3 de enero del año 2000, se había vinculado como asociada mediante acuerdo mutuo cooperativo a COOPTASED; y en la del 24 de abril de 2017 se indicó además que dicho vínculo se había extendido hasta el 21 de abril de ese año (Pág. 23 y 177 Archivo 2); *xv).* Mediante misiva del 17 de febrero de 2017, el Consejo de Administración de la demandada, inició trámite de exclusión aduciendo la situación financiera grave de la CTA y el cumplimiento de la demandante de los requisitos para acceder a la pensión de vejez (Pág. 255 a 257, Archivo 1); *xvi).* En comunicación fechada del 24 de abril de 2017, la demandante manifestó su intención de retirarse voluntariamente del cargo de docente, y como asociada de la Cooperativa, por motivos personales (Pág. 49, Archivo 2); *xvii).* Obra acta de conciliación expedida el 21 de abril de 2017, por la Inspección de Trabajo RCC19 de la Dirección Territorial de Bogotá del Ministerio de Trabajo, en la que se dejó constancia de que la demandante había manifestado en dicha diligencia que sostuvo un vínculo asociativo de carácter cooperativo con COOPTASED, vigente del 3 de enero del año 2000 al 21 de abril de 2017, fecha en la que finalizó su vinculación como asociada-trabajadora y se puso fin al contrato de trabajo asociado por no existir un puesto de trabajo dada su especialización, así mismo que la demandada había pagado conforme a la ley, a los estatutos y al régimen de compensaciones, la totalidad de auxilios y bonificaciones, días de descanso remunerados, la compensación anual, la compensación semestral, sin embargo, no se había efectuado la devolución de los aportes cooperativos. Adicionalmente, se dejó registrado que la demandada le reconocería la suma conciliatoria de $32.597.733,33, y la activa declaró a paz y salvo por todo concepto a la llamada juicio (Pág. 39 a 41, Archivo 2); *xix).* En la liquidación definitiva firmada por la demandante, se indicó que prestó sus servicios del 3 de enero del año 2000 al 21

de abril de 2017 y que el retiro fue voluntario, así mismo se incluyó el pago de la compensaciones anual y semestral, el descanso anual compensado, y una indemnización por mutuo acuerdo de $32.597.733,33 (Pág. 7, Archivo 2); y, *xx).* El 24 de agosto de 2017, la demandada dio respuesta a la queja formulada por la demandante ante la Superintendencia de la Economía Solidaria, respecto a la devolución de los aportes sociales (Pág. 93 a 97, Archivo 2).

De igual modo, en el interrogatorio de parte rendido por **Gloria Eugenia Uribe Barreto** la misma admitió que recibió el pago de una indemnización al momento del retiro de la CTA; y, que suscribió contrato de trabajo asociado con la demandada.

De otro lado, se tiene que se incorporó al plenario: *i).* El contrato de arrendamiento de los años 2015, 2016, 2017 y 2018, celebrado entre la Congregación Misioneras Siervas de San José y la Cooperativa de Trabajo Asociado Para Servicios Educativos – COOPTASED, del predio ubicado en la Calle 128b n.° 30-80 (Pág. 360 a 370, 378 a 382, 392 a 396, Archivo 1); *ii).* el Pacto celebrado entre la Congregación Misioneras Siervas de San José y la Cooperativa de Trabajo Asociado Para Servicios Educativos – COOPTASED, para fijar los arrendamientos del trienio 2017 a 2019 (Pág. 374 a 376, Archivo 1); *iii).* Estatuto de la Cooperativa de Trabajo Asociado Para Servicios Educativos – COOPTASED, aprobado el 3 de octubre de 2018 (Pág. 406 a 475, Archivo 1); *iv).* Régimen de compensaciones (Pág. 476 a 506 Archivo 1); *v).* Régimen de trabajo asociado, del 21 de marzo de 2015 (Pág. 406 a 566, Archivo 1); *v).* Resolución n.° 001 del 22 de noviembre de 2015, en la que se refiere a las pérdidas sufridas durante los años 2014 y 2015, y se resuelve de acuerdo con el art. 41 de los estatutos y el numeral 6° del capítulo VII de la circular básica contable y financiera de la Superintendencia de Economía Solidaria, que una vez se contara con el cierre contable del año 2015, se determinaría el porcentaje de retención de los aportes sociales (Pág. 99 a 100, Archivo 2); y, *v).* Acta de Asamblea Extraordinaria celebrada el 1° de diciembre de 2015, con 37 de los 39 asociados, citada para la elección del presidente, vicepresidente y secretario de la Asamblea, aprobación del reglamento de la Asamblea, autorización para la aplicación de la reserva para protección de aportes sociales, autorización para la reversión del fondo para la infraestructura física e informe sobre la devolución y retención de aportes sociales y entrega de la Resolución n.° 001 de 2015. Adicionalmente, se observa que en dicha oportunidad Flor del Carmen Castellanos se postuló como

secretaria, y fue elegida por unanimidad por los asistentes (Pág. 103 a 127, Archivo 2).

Sobre las testimoniales recibidas es plausible que María Susana López Herrera, quien fue fundadora de la cooperativa en el año 1994, trabajadora asociada hasta el 2019 y se desempeñó como docente, coordinadora de preescolar y primaria, coordinadora general, coordinadora académica y de convivencia de bachillerato y como rectora encargada durante un año, dijo que conocía a las demandantes debido a que ellas también habían sido trabajadoras asociadas de la demandada, que sabía que Margarita había hecho parte del Consejo de Administración, Gloria Eugenia y Flor del Carmen de la Junta de Vigilancia y María Consuelo del Comité de Solidaridad; que el Colegio Siervas de San José había sido fundado por la Congregación Siervas de San José, que luego dicha congregación decidió retirarse de la misión de la educación y le hicieron la propuesta a los trabajadores del colegio tanto docentes como no docentes, quienes optaron por conformar inicialmente una precooperativa para servicios educativos, momento en el que María Margarita también fungió como fundadora; que los asociados daban un aporte a la demandada del 6% y todos eran conscientes de que si a la encartada le iba bien financieramente todo ganaban, pero si le iba mal todos perdían.

Agregó que había una jornada de trabajo, un manual de funciones y si se incurría en faltas leves o graves se agotaba el debido proceso; que no existían jerarquías en la cooperativa, pues había un proceso de autogestión, autonomía y autogobierno y todos eran dueños, por lo que la directrices y políticas se determinaban en la Asamblea, teniendo en cuenta los principios y valores cooperativos, los estatutos, el régimen de compensación, y el de trabajo asociado; que debido a que María Margarita no le avisó oportunamente a la cooperativa su condición de pensionada, aún cuando era su deber hacerlo, y a que ya había iniciado el año escolar, a fin de no dejar a los estudiantes de preescolar sin profesora se manejó a nivel administrativo su vinculación celebrando un contrato.

Con el material probatorio recaudado, resulta diáfano para esta Corporación que las promotoras del proceso desde el inicio del nexo como asociadas de la demandada y durante su ejecución, tuvieron pleno conocimiento de la forma de vinculación, se sujetaron a las reglas, régimen de trabajo asociado y estatutos de la Cooperativa de manera libre y voluntaria, recibiendo el pago de

las compensaciones ordinarias y extraordinarias, se beneficiaron del régimen de crédito, participaron en los mecanismos de elección de los representantes e hicieron parte de algunos órganos sociales; a lo que se suma, que la labor desempeñada estaba estrictamente ligada al objeto social del Organismo accionado.

Adicionalmente, en punto de la presunción legal establecida en el art. 24 del CST a la que hace mención el apoderado judicial de la activa, es preciso anotar que la realización de llamados de atención, la asignación de funciones y de una jornada laboral, atendiendo al modo en que se ejecutaron los nexos de las demandantes, no dan paso a la configuración de un contrato de trabajo, sino por el contrario a uno de carácter cooperativo, en razón a que la asignación de funciones, jornadas, horarios de trabajo, turnos, regulación de permisos, descansos, sanciones y demás formas de regulación del trabajo asociado, se encuentran expresamente permitidas y ordenadas por los artículo 23 y 24 del Decreto 4588 de 2006.

Adicionalmente, a la luz de la normativa actualmente vigente, se tiene que las Cooperativas de Trabajo Asociado como organizaciones de economía solidaria, fueron creadas con el objeto de producir, distribuir y consumir conjunta y eficientemente bienes y servicios para satisfacer las necesidades de sus miembros y al desarrollo de obras de servicio a la comunidad en general, según el art. 4° de la Ley 79 de 1988, es decir, que al hacer parte del objeto la prestación de servicios, precisamente porque dicho ítem constituye una modalidad en que puede ejecutar su particular actividad socioeconómica tendiente a satisfacer las necesidades de sus propios asociados y propender por el desarrollo de obras de servicio comunitario, tal aspecto no podría por sí solo dar lugar a la configuración de un contrato de trabajo.

También es preciso anotar, que las manifestaciones que hicieron las demandantes en los interrogatorios de parte sobre sus circunstancias personales económicas, así como la supuesta presión ejercida por la demandada para la celebración de los contratos de trabajo asociado y para la terminación por mutuo acuerdo o por retiro voluntario, no tienen ningún valor probatorio, pues se recuerda que a la luz de lo dispuesto en el art. 191 del CGP, la confesión versa sobre los hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria; a lo que se suma, que en contraposición a lo indicado por el apoderado judicial de la activa, con las versiones recaudadas

en primera instancia, se ratifican los supuestos fácticos acreditados documentalmente, que tal como lo concluyó el *a quo,* dan paso a la absolución de la demandada, respecto de los períodos en que existieron los contratos de trabajo asociado con cada una de las demandantes.

Ahora bien, respecto del contrato de prestación de servicios que celebró la llamada a juicio con María Margarita Escobar de Torres vigente desde el 1° de enero de 2017, estima esta Corporación que fue acertada la conclusión del *a quo*, pues se advierte que la convocante en el escrito inicial reclama únicamente el pago de prestaciones hasta el mes de marzo de ese año y que al plenario se arrimó comunicación del 14 de julio siguiente en la que manifiesta su intención de retirarse como asociada de la cooperativa de trabajo asociado desde ese momento, por lo que en virtud de principio de la realidad sobre las formas debe entenderse que fue en virtud del contrato de trabajo asociado que aquella continuó prestando sus servicios, de manera que no es posible imponer condena sobre ese período respecto del pago de compensaciones ordinarias y extraordinarias al no haberse solicitado así en la demanda.

En este orden, habrá de **confirmarse** la sentencia apelada. Sin costas en la alzada ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1º de julio de 2021, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones anteriores.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada

(ACLARO VOTO)

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **adcd1fca0f45b4212f932b502ad5bac6d61b28ec4f2f4d284a1bb8d0f4bc7621**

Documento generado en 14/09/2022 02:58:15 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

ACLARACIÓN DE VOTO

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MAGISTRADA

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - SENTENCIA
RADICACIÓN.	11001 31 05 **038 2017 00630** 02
DEMANDANTE:	MARÍA CONSUELO ÁLVAREZ DE RODRÍGUEZ Y OTROS
DEMANDADO:	COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO PARA SERVICIOS EDUCATIVOS - COOPTASED, COLEGIO CAMPESTRE SAN JOSÉ

En el caso bajo estudio, estimo necesario efectuar aclaración de voto *frente al auto* proferido en sede de instancia - mediante el cual se niega el decreto y práctica de una prueba- pues, aunque comparto la decisión final de no decretar la misma por cuanto la solicitud de la misma fue extemporánea, artículos 83 y 84 del CPTSS, lo cierto es que me aparto de la conclusión de la sala mayoritaria relativa a *la improcedencia* de que las partes soliciten como medio de prueba la práctica de su propia declaración, al considerar que ello sí resulta procedente.

Lo anterior por cuanto si bien es cierto conforme lo dispone el art. 191 del CGP, la prueba de confesión versa sobre los hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria., también lo es que, el artículo 198 del C.G.P., referente al interrogatorio de parte, trajo consigo un cambio destacado en la regulación de los medios de prueba, señalando la declaración de parte como un medio de prueba autónomo y distinto de la confesión. Es así como si bien el interrogatorio de parte puede dar lugar a una confesión, a veces la prueba únicamente queda en el campo de la declaración de parte sin las consecuencias de aquella, por no implicar la aceptación de hechos perjudiciales para quien declara. La norma en mención establece en su inciso primero:

> "**ARTÍCULO 198. INTERROGATORIO DE LAS PARTES.** El juez podrá, de oficio o a solicitud de parte, ordenar la citación de las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos relacionados con el proceso".

Como puede verse, la norma en estudio trajo consigo un drástico cambio, especialmente frente al Código de Procedimiento Civil, pues a diferencia de este, se determinó que se podrá ordenar el interrogatorio de parte por "solicitud de parte" la citación "de las partes", y no únicamente de "la otra parte"; de modo que emerge la posibilidad de que la parte pueda solicitar la práctica de su propia declaración.

Así las cosas, dicha prueba resulta viable, destacando que, en ese entendido está sometida a los requisitos previstos en el artículo 202 del C.G.P., y para su decreto deberá ser útil, pertinente y conducente. Igualmente debe precisarse que, pese a su declaratoria, el juzgador deberá valorar tal declaración, conforme a los principios de la libre formación del convencimiento estatuido en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., prestando especial atención a que nadie puede constituir a su favor su propia prueba.

En los anteriores términos queda consignada la aclaración de voto frente al punto concreto anunciado.

Fecha ut supra,

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN.	11001 31 05 **023 2017 00780** 01
DEMANDANTE:	LUZ ESPERANZA CUERVO CARRILLO
DEMANDADO:	LA COCINA SUIZA FOGS SAS, FABIO ORLANDO GALINDO DÍAZ y NIRSA INÉS DÍAZ como sucesores de FABIO ORLANDO GALINDO SOSA y sus HEREDEROS INDETERMINADOS.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 4 de agosto de 2021, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

CUESTIÓN PREVIA

Previo a abordar el estudio del recurso de apelación que fue presentado y sustentado en la oportunidad procesal oportuna por la parte demandante y concedido por el juez de primera instancia, debe precisar la Sala que no se emitirá pronunciamiento alguno sobre los aspectos planteados por la Curadora Ad Litem de la demandada La Cocina Suiza Fogs SAS, en la alzada que fue presentada por escrito el 31 de agosto de 2021 (f.º 181 a 182), por cuanto de conformidad con lo establecido en el art. 66 del CPTSS "*Serán apelables las sentencias de primera instancia, en el efecto suspensivo, en el acto de la notificación mediante la sustentación oral estrictamente necesaria; interpuesto el recurso el juez lo concederá o denegará inmediatamente*", fue interpuesto por fuera del término, puesto que las oportunidades establecidas

para la realización de los actos procesales de las partes son perentorias e improrrogables (artículos 228 de la CN y 4º de la Ley 270 de 1996).

II. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare que entre ella y Fabio Orlando Galindo Sosa existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 4 de noviembre de 1996; que por sustitución patronal desde el 4 de marzo de 2005, asumió como nuevo empleador la sociedad La Cocina Suiza Fogs SAS; y que, el mismo terminó el 8 de mayo de 2016. En consecuencia, que se condene al reconocimiento y pago de las cesantías, intereses a las cesantías y la sanción por no consignación de las cesantías y por no pago de los intereses durante toda la relación laboral, así mismo, de los salarios, primas de servicios y compensación de las vacaciones desde el mes de septiembre de 2015 hasta la terminación del vínculo, junto con los aportes al sistema general de seguridad social y caja de compensación, la indemnización por despido sin justa causa y la indemnización moratoria prevista en el art. 65 del CST.

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, manifestó que se vinculó como trabajadora desde el 4 de noviembre de 1998, bajo las órdenes y al servicio de Fabio Orlando Galindo Sosa, quien falleció, desempeñándose como cajera y en la atención de comensales de los restaurantes de propiedad de los demandados; que por sustitución patronal desde el 4 de marzo de 2005 asumió como nuevo empleador la sociedad La Cocina Suiza Fogs SAS; que su jornada de trabajo se ejecutó de noviembre de 1998 hasta enero de 2016 de 11:30 a.m. hasta las 4:30 p.m., y el mismo día, de 07:00 p.m. hasta las 11:00 p.m. y desde febrero de 2016 de 11:30 a.m. hasta las 4:30 p.m., y el mismo día, de 07:00 p.m. hasta las 10:00 p.m; que tenía como día de descanso, el que previamente se acordara con la demandada; que en el año 1998, recibía como remuneración $600.000,oo, que no recuerda la pagada de 1999 a 2015 y que la del 2016 ascendió a $1.600.000,oo; que prestó sus servicios hasta el 8 de mayo de 2016, cuando fue terminado el contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa por el empleador; y, los demandados adeudan las sumas deprecadas (f.º 42 a 78).

III. TRÁMITE PROCESAL

La demanda, se admitió luego de ser subsanada el 16 de febrero de 2018, ordenándose la notificación y traslado a los demandados (f.° 86).

El 9 de febrero de 2018, Fabio Orlando Galindo Díaz se notificó personalmente del auto admisorio de la demanda (f.º 98), en auto del 17 de julio de 2019 se ordenó el emplazamiento de La Cocina Suiza Fogs SAS y Nirsa Inés Díaz y se designó curador Ad Litem (f.º 115) y en proveído del 1º de noviembre de 2019, se tuvo por no contestada la demanda.

En audiencia celebrada el 26 de noviembre de 2019, como medida de saneamiento, se dispuso la designación de Curadora Ad Litem de los herederos indeterminados de Fabio Orlando Galindo Sosa, quien dio respuesta a la demanda formulando como excepción de mérito la de prescripción.

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 4 de agosto de 2021, declaró que entre la sociedad La Cocina Suiza Fogs SAS y la demandante, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 22 de febrero de 2005 y el 1º de enero de 2014. En consecuencia, condenó a la demandada a pagar los aportes a pensión de toda la relación laboral, a satisfacción del fondo de pensiones en el que se encuentre afiliada la demandante, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente para cada período. A su vez, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y absolvió a los demandados de las demás pretensiones.

En lo que interesa a la alzada, el juez de primer grado, luego de establecer la existencia del vínculo laboral que medió entre las partes, señaló en cuanto al extremo inicial que la activa no había demostrado los supuestos relacionados con la sustitución patronal alegada, por lo que era menester tener para el efecto la fecha de constitución de la sociedad llamada a juicio, es decir, el 22 de febrero de 2005.

A su vez, expuso que debía tenerse como extremo final de la relación laboral el 1º de enero de 2014, en la medida en que sobre ese particular únicamente había dado cuenta el testigo José Curiel Cárdenas, quien

manifestó haber prestado sus servicios hasta esa anualidad porque se pensionó, y que luego de ello había laborado solo los fines de semana, con lo que el *a quo* concluyó que solo hasta el 2014, el testigo podía dar cuenta de las condiciones en las que se verificó la prestación personal de los servicios de la demandante.

Finalmente, declaró probada la excepción de prescripción que fue propuesta por la Curadora Ad Litem de los herederos indeterminados respecto de todos los derechos laborales reclamados, a excepción de los aportes al sistema general de seguridad social, tras establecer que había transcurrido el término trienal entre la fecha de terminación del contrato y la presentación de la demanda que tuvo lugar el 15 de diciembre de 2017.

V. RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** expresó su inconformidad respecto del extremo final de la relación laboral que se tuvo por probado por el *a quo* en razón a que por esa situación se tuvo por probada la excepción de prescripción y se negaron los derechos procurados, a pesar de que se demostró que la demandada actuó de mala fe al no pagar las acreencias reclamadas con la demanda y no comparecer al proceso, lo que impidió que se llevara a cabo el interrogatorio de parte solicitado, por lo que en aplicación del art. 31 del CPTSS, debió tenerse como indicio grave en su contra tal situación respecto de todos los hechos de la demanda.

VI. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 27 de septiembre de 2021, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (f.° 186).

La Curadora Ad Litem de los herederos indeterminados, presentó alegatos de conclusión solicitando que se confirme la decisión de primera instancia (f.° 188).

A su vez, se advierte que no se tendrán en cuenta los argumentos expuestos por la Curadora Ad Litem de La Cocina Suiza Fogs SAS en sus alegaciones, toda vez que en las mismas se hizo referencia a aspectos que no son materia de la alzada (f.º 190 a 191).

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el artículo 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar el extremo final de la relación laboral, si había lugar a declarar la excepción de prescripción y si procede la condena de las acreencias reclamadas.

No se discute en el trámite procesal, que la demandante estuvo vinculada con la demandada, mediante un contrato de trabajo en virtud del cual se desempeñó como administradora en La Cocina Suiza Fogs SAS, desde el 22 de febrero de 2005.

Para determinar el extremo final de la relación laboral, es preciso traer a colación el reiterado criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en los eventos en los que no se prueba con exactitud la vigencia del contrato, entre otroas, en la sentencia CSJ SL905-2013, en la que rememoró:

> *"La jurisprudencia adoctrinada de esa Sala ha fijado el criterio según el cual, en estos casos, en que no se conocen con exactitud los extremos temporales, se podrían dar por establecidos en forma aproximada, cuando se tenga seguridad sobre la prestación de un servicio en un determinado período, para así poder calcular los derechos laborales o sociales que le correspondan al trabajador demandante.*
>
> *(…) En tales condiciones, si se trata de la fecha de ingreso, teniendo únicamente como información el año, se podría dar por probado como data de iniciación de laborales el último día del último mes del año, pues se tendría la convicción que por lo menos ese día lo trabajó. Empero frente al extremo final, siguiendo las mismas directrices, sería el primer día del primer mes, pues por lo menos un día de esa anualidad pudo haberlo laborado.*
>
> *Cuando el trabajador demandante no precisa o no logra probar con exactitud la totalidad del tiempo servido a su empleador, no implica que deba perder el derecho a percibir los salarios o prestaciones sociales correspondientes al lapso de la actividad que logró demostrar judicialmente y, por tanto, la totalidad del tiempo servido es el que resulte probado en la litis".*

Así las cosas, se advierte que sobre el tópico analizado de las versiones José Julián Cárdenas, quien dijo que prestó sus servicios junto con la

demandante en el establecimiento de comercio La Cocina Suiza, en la ciudad de Bogotá, desde el año 2000 cuando era de propiedad de la persona natural llamada a juicio, y posteriormente, de la sociedad La Cocina Suiza Fogs SAS. Relató que la demandante siempre fungió como administradora, que era la persona encargada de manejar el negocio y organizar los turnos los cuales se cumplían de lunes a domingo, con un día de descanso entre semana. Adicionalmente, expuso que prestó sus servicios como mesero, cumpliendo tales turnos hasta el año 2014 cuando se pensionó, y que de ahí hasta el 2016, prestaba sus servicios los fines de semana, momento en el que la actora continuaba fungiendo como administradora. Dijo que después de su retiro sabía que ella había estado como un año más, en razón a que eso le había comentado la convocante.

A su vez, Benjamín Moreno Pachón narró que trabajó con la demandante durante 11 años en el establecimiento de comercio La Cocina Suiza, que ella era la administradora, que cuando él llegó ella ya estaba presentado sus servicios, que los turnos de trabajo se cumplían todos los días y tenían derecho a un día de descanso entre semana; y que él se había retirado aproximadamente 5 años antes de rendir la declaración ante el juzgado, lo cual tuvo lugar en el año 2021, momento en el que la actora continuaba laborando para la demandada.

Con las probanzas relacionadas, encuentra Sala que contrario a lo establecido por el juez de primer grado, en este caso es factible establecer que la activa prestó sus servicios a favor de la demandada por lo menos hasta el 1° de enero de 2016, en aplicación del criterio jurisprudencial reseñado, pues tal situación se puede deducir de forma aproximada partiendo del hecho relativo a que ambos deponentes laboraron hasta esa anualidad con la pasiva, el primero durante los fines de semana desde el año 2014 y el segundo cumpliendo la misma jornada que la actora de lunes a domingo.

En consecuencia, se modificará el numeral primero de la sentencia proferida por el juzgado de primera instancia, teniendo como extremo final de la relación laboral el 1° de enero de 2016.

Prescripción.- Sobre el particular, es preciso recordar que de conformidad con lo dispuesto en el art. 282 del CGP, la excepción de

prescripción debe alegarse en la contestación en la demanda, y que conforme al art. 60 de la misma norma, los litisconsortes facultativos serán considerados en sus relaciones con la contraparte, como litigantes separados, por lo que los actos de cada uno de ellos no redundarán en provecho ni en perjuicio de los otros, sin que por ello se afecte la unidad del proceso.

En tal sentido, se advierte que no era procedente el análisis que hizo el *a quo* sobre la excepción de prescripción que fue propuesta por la Curadora Ad Litem de los herederos indeterminados de la persona natural Fabio Orlando Galindo Sosa, respecto de quien se solicitó la declaratoria de la relación laboral y se alegó en la demanda que había operado la sustitución patronal con la sociedad La Cocina Suiza Fogs SAS desde el año 2005.

Lo anterior, teniendo en cuenta que de acuerdo con lo establecido en el art. 69 del CGP, en la sustitución de patronos el antiguo y el nuevo empleador responden solidariamente por las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles a aquél, pero si el nuevo empleador las satisficiere, puede repetir contra el antiguo; y, el nuevo empleador responde de las obligaciones que surjan con posterioridad a la sustitución, de lo que surge inequívocamente que la convocatoria de ambos empleadores al proceso es facultativa y no necesaria, de ahí que no podría haberse beneficiado La Cocina Suiza Fogs SAS, de la formulación de la excepción de prescripción que hizo en su oportunidad quien representó judicialmente a los herederos indeterminados de la persona natural llamada a juicio, por lo que se revocará lo resuelto por el *a quo* en el numeral tercero de la sentencia apelada.

Pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones. - Pretendió la demandante el reconocimiento y pago de las cesantías, intereses a las cesantías y la sanción por no consignación de las cesantías y por no pago de los intereses durante toda la relación laboral, así mismo, de los salarios, primas de servicios y compensación de las vacaciones desde el mes de septiembre de 2015 hasta la terminación del vínculo.

En tal sentido, se advierte que en el interrogatorio de parte practicado a la demandante, la misma admitió que la sociedad llamada a juicio para el año 2016, no le adeudaba suma alguna por concepto de vacaciones y primas de servicios, que la encartada estaba atrasada en el pago de los salarios desde

mediados de septiembre de 2015, sin embargo, durante el año 2016 recibió abonos por ese concepto equivalentes a $4.500.000,oo.

De esa manera, se dispondrá la absolución respecto de los dos primeros conceptos, y se hará la imputación de pagos correspondiente sobre los salarios causados desde el 15 de septiembre al 1º de enero de 2016, que corresponden a $4.877.085, por lo que la demandada deberá pagar a la promotora del proceso la suma de **$377.085**.

Por otra parte, se tiene que no se probó el pago de las cesantías e intereses a las cesantías de toda la relación laboral declarada, lo que hace procedente, a su vez, el reconocimiento de la sanción por el no pago de estos últimos, de acuerdo con lo previsto en el numeral 3° del artículo 1° de la Ley 52 de 1975, por lo que se condenará a la demandada a las siguientes sumas:

Año	***Salario***	***Fecha Inicial***	***Fecha Final***	***Días***	***Cesantías***	***Intereses a las cesantías***	***Sanción por no pago Intereses a las cesantías***
2005	$381.500,00	*22/02/2005*	*31/12/2005*	*309*	*$ 327.454*	*$ 33.728*	*$ 33.728*
2006	$408.000,00	*1/01/2006*	*31/12/2006*	*360*	*$ 408.000*	*$ 48.960*	*$ 48.960*
2007	$433.700,00	*1/01/2007*	*31/12/2007*	*360*	*$ 433.700*	*$ 52.044*	*$ 52.044*
2008	$461.500,00	*1/01/2008*	*31/12/2008*	*360*	*$ 461.500*	*$ 55.380*	*$ 55.380*
2009	$496.900,00	*1/01/2009*	*31/12/2009*	*360*	*$ 496.900*	*$ 59.628*	*$ 59.628*
2010	$515.000,00	*1/01/2010*	*31/12/2010*	*360*	*$ 515.000*	*$ 61.800*	*$ 61.800*
2011	$535.600,00	*1/01/2011*	*31/12/2011*	*360*	*$ 535.600*	*$ 64.272*	*$ 64.272*
2012	$566.700,00	*1/01/2012*	*31/12/2012*	*360*	*$ 566.700*	*$ 68.004*	*$ 68.004*
2013	$589.500,00	*1/01/2013*	*31/12/2013*	*360*	*$ 589.500*	*$ 70.740*	*$ 70.740*
2014	$616.000,00	*1/01/2014*	*31/12/2014*	*360*	*$ 616.000*	*$ 73.920*	*$ 73.920*
2015	$644.350,00	*1/01/2015*	*31/12/2015*	*360*	*$ 644.350*	*$ 77.322*	*$ 77.322*
2016	$689.455,00	*1/01/2016*	*1/01/2016*	*1*	*$ 1.915*	*$ 1*	*$ 1*
					$ 5.596.619	***$ 665.798***	***$ 665.798***

Indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías.- Para establecer la procedencia de las indemnizaciones materia de debate, es menester recordar que la jurisprudencia ordinaria laboral ha definido de antaño, que se debe estudiar, en cada caso particular, la conducta remisa del empleador, para con ello establecer si su obrar al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa los salarios y prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual y de no consignar las cesantías a un fondo en el término legalmente establecido, está precedido o no de buena fe, por encontrarse justificado en motivos serios que, a pesar de no resultar jurídicamente acertados, sí pueden ser considerados como atendibles (CSJ SL1285-2016 y CSJ SL572-2021).

En ese orden, se estableció en este asunto que la demandada no cumplió con su obligación de pagar las prestaciones sociales y salarios a la finalización del contrato de trabajo, y se advierte, que se rehúso a comparecer al proceso pese a haber recibido efectivamente el citatorio y el aviso de notificación previstos en los art. 291 y 292 del CGP, los cuales fueron remitidos a la dirección registrada en el certificado de existencia y representación legal para efectos de notificaciones judiciales (f.° 36 a 38, 94 y 106), lo que llevó a que no hubiera ejercido debidamente su defensa y mucho menos probado que su omisión se ajustó a los postulados de la buena fe.

Así las cosas, se condenará al pago de la indemnización de que trata el artículo 65 del CST, en cuantía de un día del último salario equivalente a $22.982, por cada día de mora, desde el 2 de enero de 2016 y hasta la fecha en que se efectúe el pago total de las prestaciones sociales y salarios aquí dispuestos.

A su vez, en cuanto a la sanción por no consignación de las cesantías, se tiene que la misma surge del incumplimiento del empleador de consignar antes del 15 de febrero del año siguiente las cesantías causadas hasta el 31 de diciembre del año anterior, situación respecto de la cual tampoco es posible inferir un actuar de buena fe por parte de la sociedad demandada, ante la inobservancia de las obligaciones que le impone la Ley.

De ahí que, se dispondrá condena por la falta de consignación de las cesantías causadas desde el 22 de febrero de 2005 al 31 de diciembre de 2014, comoquiera que respecto de las de 2015 y 2016, no surgió la obligación para la demandada de consignarlas en el fondo. Por lo que se condenará al pago de los siguientes valores:

Año	***Salario***	***Fecha Inicial***	***Fecha Final***	***Días***	***Salario Diario***	***Subtotal***
2005	$381.500,00	*15/02/2006*	*14/02/2007*	*360*	*$ 12.716,67*	*$ 4.578.000*
2006	$408.000,00	*15/02/2007*	*14/02/2008*	*360*	*$ 13.600,00*	*$ 4.896.000*
2007	$433.700,00	*15/02/2008*	*14/02/2009*	*360*	*$ 14.456,67*	*$ 5.204.400*
2008	$461.500,00	*15/02/2009*	*14/02/2010*	*360*	*$ 15.383,33*	*$ 5.538.000*
2009	$496.900,00	*15/02/2010*	*14/02/2011*	*360*	*$ 16.563,33*	*$ 5.962.800*
2010	$515.000,00	*15/02/2011*	*14/02/2012*	*360*	*$ 17.166,67*	*$ 6.180.000*
2011	$535.600,00	*15/02/2012*	*14/02/2013*	*360*	*$ 17.853,33*	*$ 6.427.200*
2012	$566.700,00	*15/02/2013*	*14/02/2014*	*360*	*$ 18.890,00*	*$ 6.800.400*
2013	$589.500,00	*15/02/2014*	*14/02/2015*	*360*	*$ 19.650,00*	*$ 7.074.000*
2014	$616.000,00	*15/02/2015*	*1/01/2016*	*317*	*$ 20.533,33*	*$ 6.509.067*
						$ 59.169.867

Indemnización por despido sin justa causa.- Para resolver el problema jurídico, es menester indicar que de antaño la jurisprudencia ha enseñado que cuando se pretende la indemnización por terminación sin justa causa del contrato distribuye a cada una de las partes del proceso la carga de la prueba, al trabajador le corresponde acreditar el rompimiento del vínculo por parte del empleador, y al empleador, demostrado el despido, la justa causa de su proceder, si la hubo (CSJ sentencias SL2148 del 13 jun. 2018 rad. 61164, SL1166 del 18 abril de 2018 rad. 46384 y SL5523 de 6 abr. 2016 rad. 41280, entre otras).

En ese orden de ideas, lo primero que hay que advertir, es que carece de fundamento probatorio la afirmación de la demandante referente al modo en que se verificó el finiquito laboral, pues los únicos medios de convicción que existen en el plenario son las versiones de los testigos, quienes no se encontraba prestando sus servicios en favor de la pasiva para ese momento. De manera que se dispondrá la absolución, sobre el concepto analizado.

Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandada de acuerdo con la liquidación que efectúe el *a quo* teniendo en cuenta las condenas aquí dispuestas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida 4 de agosto de 2021, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el entendido de **DECLARAR** que el contrato de trabajo que existió entre las partes feneció el 1° de enero de 2016, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia apelada, para en su lugar, declarar no probada la excepción de prescripción.

TERCERO: CONDENAR a La Cocina Suiza Fogs SAS a reconocer y pagar a Luz Esperanza Cuervo Carrillo identificada con cédula de ciudadanía n.° 51.904.310, las siguientes sumas:

a. $377.085, por concepto de salarios insolutos.
b. $5.596.619, por concepto de las cesantías.
c. $665.798, por concepto de intereses a las cesantías.
d. $665.798, por concepto de sanción por no pago de intereses a las cesantías.
e. $59.169.867, por concepto de sanción por no consignación de las cesantías prevista en el art. 99 de la Ley 50 de 1990.
f. $22.982 diarios, desde el 2 de enero de 2016 y hasta la fecha en que se efectúe el pago total de las prestaciones sociales y salarios aquí dispuestos, por concepto de la indemnización moratoria consagrada en el art. 65 del CST.

CUARTO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera instancia a cargo de la parte demandada de acuerdo con la liquidación que efectúe el *a quo* teniendo en cuenta las condenas aquí dispuestas.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Acceso expediente virtual primera instancia:
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EtTe_lO37R1CrWnigHEe4swBWnPN1lLpb3YmDRcIvh1u_Q?e=koxHyG

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **7cee38596c9171eddd882aec75d97823ad1ca4bb109fe498a2f83ef2cff3d39e**

Documento generado en 14/09/2022 02:58:09 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN. 11001 31 05 **024 2017 00519 02**
DEMANDANTE: JULIUS LEOPOLD HENRY SIEFKEN ARROYO
DEMANDADO: NEXUS LOGISTICS SAS

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 13 de agosto de 2021, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada, desde el 1° de septiembre de 2007 hasta el 30 de mayo de 2017; en consecuencia, que se condene a la reliquidación y pago de las comisiones causadas de enero de 2015 a la finalización del vínculo sobre el 25%, a la devolución de los descuentos efectuados en vigencia de la relación laboral; así mismo, al pago de la indemnización por despido prevista en el art. 64 del CST, de la indemnización moratoria y de la reliquidación de los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones.

De manera subsidiaria solicitó que se declare que las comisiones pactadas en el acuerdo del 1° de marzo de 2015, hacen parte del salario y que hay lugar a su reliquidación sobre el 12,5% de las causadas mes a mes desde

enero de 2015, así como al pago de los descuentos efectuados sobre ese concepto; de la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria y la reliquidación de los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones teniendo como factor salarial las comisiones.

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, manifestó que el 1º de septiembre de 2007, se dio inicio a la relación laboral con la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido; que el cargo para el que fue contratado fue el de gerente general; que producto de la esencia y la naturaleza de la actividad económica de la pasiva y de las labores comerciales a él encargadas, se pactó el pago de comisiones, que fueron reconocidas mensualmente desde el año 2007 y hasta el 31 de diciembre de 2014, sobre el 25% de la utilidad bruta (*Gross profit)* teniendo en cuenta cada uno de los negocios operativos generados en la compañía; y, que la utilidad bruta corresponde a las ventas netas menos el costo de ventas.

Dijo que a causa de un negocio jurídico celebrado el 28 de noviembre de 2014, por intermedio suyo, con Patricio Leopoldo Macías Pizarro, en condición de representante legal de Newport Chile y con José Alejandro Bernate Arbeláez en condición de representante legal de Amex Colombia SAS, el 26 de diciembre de 2014 firmó carta de renuncia dirigida a la demandada, la cual no fue aceptada; que el 1º de marzo de 2015, aceptó que la demandada le pagara un valor inferior por concepto de comisiones, a pesar de que continuó ejerciendo las mismas funciones; que la comisión quedó establecida en el 12,5% y fue calculada sobre la utilidad bruta de USD 50.000 correspondientes al promedio mensual del ingreso durante una anualidad de ejecución, es decir, una utilidad bruta anual de USD $600.000, cuyo pago se estableció inicialmente por un período de tres meses desde el 1º de enero hasta el 31 de marzo de 2015, con la posibilidad de que las partes de común acuerdo ampliaran ese plazo; que las comisiones continuaron generándose en el transcurso de la relación laboral; y, que en el correo electrónico enviado por Carlos Herrera el 24 de febrero de 2016, se puede evidenciar que la utilidad bruta del 2015 fue de USD 648.368 y que la utilidad neta fue de USD 516.247.

Sostuvo que para el año 2015, el valor de las comisiones según liquidación entregada vía correo electrónico por Rosa Elvira Ramírez correspondía a $228.902.681, sin embargo, solo se pagó la suma de

$20.800.776; que también se presentó error en el cálculo de las comisiones causadas durante el año 2016, debido a que se realizaron unos descuentos como resultado de las comisiones de los trabajadores del área comercial que hacían parte de su equipo, se tomó como base $2.194.310.103, siendo el valor correcto $2.393.903.000 y porque el empleador a partir de marzo las liquidó sobre el 9%; que debido a lo anterior la encartada le dejó de pagar $385.809.276, correspondiente a la diferencia en el porcentaje del 9% aplicado y el 25% debido, así mismo el valor de $86.571.401, resultante de la diferencia del 9% aplicado y el 12,5% debido y $38.848.106 de la diferencia entre la base liquidada erróneamente, conforme a los descuentos aplicados por la demandada; y, que respecto al acumulado de las comisiones de 2017 causadas de enero a mayo, la demandada dejó de pagar la suma de $55.833.354, correspondiente a la diferencia en el porcentaje del 9% aplicado y el 25% debido; así mismo el valor de $141.375.131, resultante de la diferencia del 9% aplicado y el 12,5% debido y además no canceló el salario y comisiones de mayo.

Aseguró que el 30 de mayo de 2017, la encartada remitió carta de terminación del contrato sin justa causa, con efectos inmediatos; que la pasiva le envió un correo electrónico en el que adjuntó una relación de deudas a su nombre, por concepto de supuestos préstamos a trabajadores que ascendían a $310.550.712, descuentos que no fueron autorizados por él; que en la liquidación final se estableció como parte del básico el promedio de comisiones equivalente a $20.722.414; que para calcular el monto adeudado, se calculó el salario de los últimos 15 días de mayo, las comisiones de enero a abril de 2017, las vacaciones compensadas entre septiembre de 2015 y mayo de 2016 y la indemnización por despido sin justa causa y respecto a las deducciones se incluyó entre otros conceptos los supuestos préstamos otorgados por la llamada a juicio; y, que la demandada le adeuda los conceptos solicitados (f.° 135 a 160).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda, se admitió el 15 de enero de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 161).

Nexus Logistics SAS dio contestación con oposición a las pretensiones. En el escrito de contradicción la encartada expuso que si bien entre las partes existió una relación laboral en los extremos indicados en la demanda, la misma surgió con ocasión de la suscripción de un contrato de trabajo elaborado por el demandante como propietario de la compañía, por lo que él mismo definió las condiciones de ejecución y la remuneración hasta el mes de febrero de 2015, fecha a partir de la cual con ocasión de la adquisición de la empresa por parte de Amex Colombia SAS, aquella asumió su control, habiendo continuado el actor desempeñándose como gerente de ventas, momento en el que se pactaron las condiciones en las que continuaría prestando sus servicios, así como la remuneración que se causaría a su favor.

Agregó que el 28 de noviembre de 2014, entre el actor, Karen Díaz y Amex Colombia SAS se suscribió un acuerdo comercial, en el que se estableció la cooperación por parte de AMEX para estimular el crecimiento y desempeño de NEXUS, para lo cual la primera sociedad adquirió a la segunda, así mismo se comprometió a garantizar la permanencia del actor, bajo un contrato de trabajo con las mismas condiciones relativas al salario básico, esto es, el mínimo legal integral vigente, más el reconocimiento de unas comisiones.

Mencionó que el 1º de marzo de 2015, las partes convinieron el pago de comisiones por ventas referidas a los clientes que tenía en ese momento NEXUS y los que aportara a partir del 1º de enero de 2015, equivalente al 12,5% calculado sobre la utilidad bruta definida en el acuerdo firmado por NEXUS, las cuales se mantuvieron hasta el 1º de marzo de 2016, tal como constan en correo electrónico de abril de ese año; que dicho concepto era reconocido anualmente, conforme al esquema de pagos diseñado por la sociedad, y que respecto de las mismas se realizaron préstamos a favor del actor, y al final de cada año, al causarse se realizaba un balance, pagando al promotor del proceso los excedentes a los que había lugar.

Sobre la compensación efectuada en la liquidación final del contrato, sostuvo que el valor de $138.586.900, que fue descontado, se debió a la cuenta corriente personal declarada a la fecha del acuerdo de compra suscrito entre NEXUS LOGISTICS SAS y AMEX COLOMBIA SAS, pues de la página 7 de Balances Generales de los estados financieros 2014-2013, que se encuentran suscritos por el actor, se evidencia del activo corriente en el ítem de deudores,

comparado con el desglose de la cuenta de deudores en el balance de prueba 01Ene2014 a 31Dic2014, que para los accionistas existía un cargo por la suma referida, y de acuerdo con la página 8 del libro auxiliar movimiento a tercero a 31Dic2014 de la cuenta 132510 ACCIONISTAS estaba a cargo de quien era el accionista de la llamada a juicio, es decir, el demandante.

Propuso como excepciones de mérito, las que denominó inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, falta de título y causa, enriquecimiento sin justa causa, buena fe, mala fe del demandante, prescripción, y pago, compensación (f.º 177 a 219).

De otro lado, se advierte que el actor presentó **reforma de la demanda** respecto de los hechos 11, 12, 19, 34 y 35, en los que se narró que el 1º de marzo de 2015, las partes establecieron que antes del 1º de enero de 2015 devengaba una comisión sobre la utilidad bruta del 25% y que la encartada se comprometía a pagar una comisión por ventas referidas a los clientes que tenía NEXUS y los que se aportaran a partir del 1º de enero de 2015, equivalente al 12,5% sobre la utilidad bruta (Gross Profit); que en el acuerdo firmado el 28 de noviembre de 2014, en los literales g y h de la cláusula tercera, se estipuló que el actor sería contratado y se le pagaría una comisión en los términos antes indicados, entendiéndose como utilidad bruta los ingresos efectivamente recibidos en caja por ventas de la operación, menos los costos de los mismos; y que el empleador a partir de marzo liquidó las comisiones con el 9%, porcentaje que no fue pactado por las partes.

A su vez adicionó los hechos de la demanda, refiriendo que durante el transcurso de la relación laboral presentó múltiples reclamaciones por el no pago de las comisiones; y que, después de la terminación del contrato, el empleador ha percibido dineros producto de las ventas de los clientes que él consiguió en calidad de gerente.

De otra parte, adicionó las pretensiones principales solicitando que se condene a la demandada a pagar comisiones sobre los ingresos recibidos después de la terminación del contrato de trabajo hasta la fecha en la que se sigan causando y en cuanto a las subsidiarias modificó la segunda relacionada con que tiene derecho a recibir las comisiones desde enero de 2015 a mayo de 2017 y las que se causen con posterioridad a la terminación

del contrato calculadas sobre la utilidad bruta mensual producida, de acuerdo con la interpretación sistemática del numeral 2º del acuerdo del 1º de marzo de 2015, que remite a los literales g y h de la cláusula tercera del acuerdo del 28 de noviembre de 2014 (f.º 723 a 780)

Admitida la reforma de la demanda por auto del 30 de mayo de 2018 (f.º 814), la demandada dio respuesta reiterando los argumentos expuestos en el escrito de contradicción inicial (f.º 815 a 830).

La sociedad llamada a juicio formuló **demanda de reconvención** a fin de que se declare que el demandante le adeuda los valores que ascienden a $29.354.859 y $364.949.218 correspondiente a préstamos otorgados en los meses de mayo, junio y julio de 2015 y mayo de 2017; en consecuencia se condene al pago de $98.452.263,41, debidamente indexados

Tales pedimentos se fundaron en los hechos de la defensa antes anotados, y en que en los meses de enero y mayo de 2015, se le realizaron préstamos al actor, bajo la figura de anticipos de comisiones por la suma de $29.354.859, tal como se desprende del libro contable movimiento de terceros de la cuenta 136595; que desde el mes julio de 2015, hasta mayo de 2017, se realizaron préstamos al actor por el concepto antes indicado por la suma de $364.949.218, cifra sobre la que se realizó un cruce de cuentas con las comisiones causadas por el trabajador, que arrojaron la suma de $295.851.814, quedando a favor de la empresa el saldo de $98.452.263,41 (f.º 1032 a 1036).

Admitida la demanda de reconvención, luego de ser subsanada, el llamado a juicio en reconvención dio respuesta con oposición a las pretensiones, argumentando que no adeuda ninguna suma de dinero a la sociedad empleadora y que no existió entre las partes un contrato de mutuo, pues las sumas que se alegan bajo el concepto de préstamos están relacionadas con las comisiones pactadas constitutivas de salario. Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del contrato de mutuo en calidad de trabajador y la demandante en calidad de empleadora y cobro de lo no debido (f.º 975 a 990).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 13 de agosto de 2021, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente del 1° de septiembre de 2007 y el 30 de mayo de 2017, en virtud del cual desempeñó como último cargo, el de gerente comercial, devengando como último salario el equivalente al mínimo integral y comisiones del 9% de la utilidad bruta.

En consecuencia, condenó a la demandada a reconocer y pagar al actor la suma de $40.134.637, debidamente indexados por concepto de reintegro por descuentos efectuados y la absolvió de los demás pedimentos. Declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido y compensación.

Para lo que interesa a la alzada, la juez de primer grado concluyó que contrario a lo expuesto en la demanda, con las pruebas recaudadas era factible concluir que la **modificación en el pago de las comisiones pasando el 25% al 12.5% de la utilidad bruta**, resultaba válida en la medida en que así fue establecido por las partes desde el 28 de noviembre de 2014 y no desde el mes de marzo de 2015, pues así se desprendía del documento signado en la primera fecha, en el que la activa actuó en su condición de accionista y de trabajador, pues se trataron aspectos de carácter eminentemente laboral, como su permanencia en el cargo, su salario y el monto de sus comisiones, siendo clara entonces la intención de las partes de recoger en un solo instrumento los lineamientos de las transferencias de las acciones a la sociedad Amex Colombia junto con los lineamientos que guiarían la relación de trabajo con el promotor de la Litis; de ese modo, señaló que el acuerdo de fecha 1º de marzo de 2015, se había suscrito como ratificación del documento que lo precedió y que en todo caso el gestor no había formulado reclamo alguno

Agregó que lo acordado el 28 noviembre 2014 y el 1º de marzo de 2015, sobre las comisiones, no se traducía en una desmejora salarial, pues el objeto principal de tales pactos consistía en que tanto el actor como la empresa trabajaran juntos para estimular el crecimiento y desempeño en Nexus, teniendo en cuenta que dicha sociedad en el momento en el que fueron

vendidas las acciones por el gestor carecía del flujo de caja necesario para seguir operando y tenía importantes deudas, además de las que el gestor tenía a nombre propio, lo que justificaba abiertamente la disminución en el monto de las comisiones, ante la crisis económica de la compañía y en aras de cubrir el pasivo del mismo demandante, lo que demostraba la ausencia de vicios del consentimiento y comportaba la validez y la eficacia del pacto de comisiones.

Seguidamente, señaló que examinados con detenimiento los literales g y h del mencionado acuerdo, se extrae que al demandante se le fijó una meta mensual por utilidad bruta en una suma igual de USD 50.000 para que cobrara vigencia lo pactado en el acuerdo comercial, disponiéndose que el actor devengaría como salario la suma igual a $8.008.000, más una comisión por ventas del 12.5% sobre la utilidad bruta definida previamente, que no era otra que la de USD 50.000 a la que se había hecho alusión en el punto inmediatamente anterior, pues no de otra forma se comprendía la precisión en lo que respecta a ese concepto en la medida que de otra manera las partes no hubiesen limitado su valor, sino que por el contrario la definición se habría hecho de manera genérica, resaltando el juzgado que aún en el acuerdo posterior del 1° de marzo de 2015, nuevamente se hace referencia a la utilidad bruta fijada en el documento de noviembre 2014, lo que terminaba por reforzar la existencia no sólo del tope, sino en la intención de los contratantes de fijarlo de esa manera.

En cuanto a la posterior **modificación que se dio sobre el porcentaje de las comisiones, que pasó del 12,5% al 9%**, dijo que aunque no se allegó al plenario acuerdo suscrito entre las partes, no se podía perder de vista que en correo del 20 de abril de 2016 enviado por el actor al señor Óscar y con copia al señor Patricio, aquel había expresado en forma libre, voluntaria y espontánea que sobre el tema de las comisiones se había pactado modificar su porcentaje, en atención a que además de comisionar por los negocios de Nexus, también lo haría sobre los negocios que habían sido heredados por New Port Cargo, modificación en la cuantía que sería efectiva a partir del 01 de marzo de 2016, sin que se hubieran presentado inconformidades al respecto, por lo que se encontraba justificada nuevamente la disminución del porcentaje de la Comisión, en la medida en que a partir de la fecha anterior el gestor tenía una mayor oportunidad de generar más ingresos, lo que

naturalmente redundó en su propio beneficio al contar con mayor número de clientes.

De otro lado, en cuanto a la pretensión del actor relacionada con el **pago de las comisiones causadas con posterioridad a su retiro y el reajuste de las causadas en vigencia del contrato**, estableció que para que dichos pedimentos salieran avante era su deber probar todas las condiciones, los ingresos por concepto de ventas al patrimonio del empleador, el resultado positivo de la gestión desplegada y que lo que se pagó no se ajustó a lo convenido, pues los hechos que sustentan tales pedimentos no se tratan de negaciones indefinidas. Añadió que aunque la demandada remitió la presentación solicitada en medio magnético, la parte actora no indicó ni siquiera en forma genérica, sobre cuáles clientes se adeudaba la Comisión reclamada y sobre qué períodos, de ahí que, no era entonces el Despacho el llamado a efectuar cálculos acomodaticios para determinar cuáles clientes fueron tenidos o no por la accionada para el pago de las comisiones, y más importante, cuáles clientes en efecto fueron producto de la gestión del actor como gerente comercial, por lo que la falta de claridad frente al cálculo de las condiciones conforme a los documentos contables conducía a la improsperidad de tales pedimentos.

En cuanto al **descuento efectuado en la liquidación final, por concepto de cuenta corriente personal declarada en la fecha del acuerdo de la compra**, concluyó que había sido indebido, pues a pesar de no requerirse autorización por parte del trabajador para su procedencia con ocasión a la terminación del contrato de trabajo, lo cierto es que dicha suma, tuvo su origen en el saldo de la cuenta corriente personal del gestor y hacía parte de su pasivo, el cual la sociedad Amex se comprometió a reconocer y pagar a favor del gestor como contraprestación del acuerdo de compra de la totalidad de las acciones de la sociedad Nexus, tal como consta en el literal c). de la cláusula tercera, del acuerdo de compra del 28 de noviembre 2014 y en el cuadro de resumen de obligaciones financieras, de donde claramente se erigen las deudas personales del actor a septiembre de 2014. De ahí que, al haberse aclarado en el mencionado documento, que la sociedad Amex sólo asumiría el pago a los pasivos relacionados en dichos cuadros, con excepción de aquellos distintos a los allí consignados, siempre y cuando superara el 5% del pasivo total, a fin de probar la legalidad del descuento, se debía acreditar que la suma

deducida no se encontraba relacionaba en el acuerdo de compra que superó el 5% del pasivo total, lo que no ocurrió en este caso, por lo que la demandada debía restituir al gestor la suma de $138.586.900.

A su vez, dijo que no ocurría lo mismo con los **descuentos efectuados por concepto de anticipo** de comisiones en la liquidación definitiva de prestaciones sociales, pues aunque durante todo el trámite el accionante alegó que su pago se efectuaba en forma mensual, ello no se había acreditado, toda vez que el dicho de Karen Yohana Díaz Delgado, Mónica Pineda Serrano y Lucía Rivera Martínez carecía de capacidad demostrativa, para esos efectos, por razones de pertinencia, ya que Karen Johana Díaz y Lucía Rivero Martínez no se encontraban vinculadas con la compañía durante el periodo reclamado, pues de la documental contentiva del reporte de transacciones, registros de movimientos, transacciones bancarias, de egresos y las allegadas por la parte actora y de las declaraciones de Rosa Elvira Ramírez Valencia, Mónica Clavijo Aguilar y Jesús Roberto Guzmán, quienes tenían manejo contable, financiero y administrativo de la empresa y fueron consistentes en afirmar que el actor con ocasión de sus necesidades económicas urgentes y personales solicitaba anticipo de las comisiones de manera recurrente, se desprendía que dicho concepto se pagaba de forma anual, por lo que al encontrarse el gestor adeudando sumas dinerarias por el mismo, la demandada estaba autorizada a descontarlas, a fin de satisfacer la obligación, máxime cuando la actora no cuestionó el cumplimiento de la deuda que se le imputó.

Sobre la **indemnización moratoria prevista** en el art. 65 del CST, señaló que en este caso era plausible la buena fe en el actuar de la demandada, en la medida en que debido a que el demandante no se acercó a reclamar el pago de la liquidación final, la encartada resolvió poner a disposición de la autoridad judicial correspondiente el pago de lo debido mediante título judicial, situación que así fue comunicada al trabajador.

Finalmente, en punto de la **demanda de reconvención** señaló que al estar probado que al actor le era desembolsado el anticipo de las comisiones de manera recurrente, y que dichos descuentos eran registrados contablemente como préstamos a trabajadores, no se tornaba necesario acreditar la existencia de un contrato de mutuo entre las partes para el efecto, ya que no se trataba de un crédito de consumo o de otra categoría, con lo que

había lugar a condenar al actor a reconocer y pagar a la demandada $98.452.263, más aún cuando aquel no cuestionó la concesión y satisfacción de tales sumas, ni se desconocieron ni se refutaron como falsos los asientos contables arrimados.

En consecuencia, declaró probada la excepción de compensación y condenó a la demandada a pagar al gestor la suma de $40.134.637.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** arguyó que la juez efectuó una valoración errónea de las pruebas al concluir que el demandante firmó el acuerdo el 28 de noviembre del 2014, no solamente como accionista sino además como trabajador, situación que estima no tiene un sustento jurídico sólido, pues si bien es cierto el acuerdo reguló asuntos laborales estos no se cumplieron ya que Nexus nunca aceptó la renuncia del convocante, y por consiguiente nació a la vida jurídica una nueva realidad que fue regulada por el acuerdo laboral del 1° de marzo del 2015 suscrito por el demandante en calidad de trabajador y la demandada en calidad de empleador; a lo que agregó, que contrario a lo decidido por esta Corporación en decisión que resolvió sobre la excepción previa formulada contra la demanda de reconvención, la *a quo* admite temas inherentes al derecho comercial en un proceso de índole laboral.

Sostuvo, que debe tenerse en cuenta que en el acuerdo firmado el 1° de marzo de 2015, no se estableció que el gestor tuviera que cumplir con la meta de USD 50.000 dólares mensuales, para la causación de la comisión, como lo determinó la juez, pues las mismas no estaban sujetas a condición, ya que lo pactado en torno a la obtención del 10% de las acciones de la sociedad en su condición de comerciante, en nada se relaciona con su situación laboral. Adujo que el pago de las comisiones se pactó de manera mensual, por lo que el trabajador en diferentes ocasiones solicitó su pago, situación que no fue valorada en primera instancia; y que además, no se puede perder de vista que en el mentado acuerdo al hacer referencia al contrato firmado el 28 de noviembre de 2014, el cual es de naturaleza comercial, remite al concepto de utilidad bruta de acuerdo con lo establecido en los literales g y h.

También expuso que la demandada pretendió en la demanda de reconvención el pago de préstamos a sabiendas de que la figura del anticipo de comisión obedecía al manejo contable que la empresa le daba; y que debe analizarse el dicho de los testigos, a quienes no se les puede imprimir credibilidad, pues Luis Alejandro Lara quien era gerente para el año 2015, afirmó que el actor tenía una meta anual para el pago de las comisiones, a pesar de que en el acuerdo firmado no se estableció tal condición, resultando extraño que no conociera tal situación a pesar de su cargo. En cuanto a Mónica Clavijo, contadora de la empresa desde el año 2015, expresó que aquella desconoce la génesis jurídica del pacto que se estableció sobre las comisiones; Oscar Urzúa dijo que era consultor financiero, que no participó de los acuerdos que se celebraron con el actor y no sabía a ciencia cierta quien es Gonzalo Muñoz y sobre Rosa Elvira Martínez, dijo que aquella a pesar de ser la directora de recursos humanos, desconoce aparentemente la existencia del documento signado el 1° de marzo de 2015, y afirmó que las comisiones se regían por el acuerdo del 28 de noviembre de 2014.

Con base en lo anterior, solicitó que se acceda a las pretensiones subsidiarias relacionadas con el pago de las comisiones, partiendo del hecho relativo a que para la causación de las mismas no se requería el cumplimiento de una meta, y que de considerarse que ello si era así, se verifique el correo electrónico de fecha 24 de febrero de 2015, dirigido por Carlos Herrera al actor, en el que se adjunta documento del que se desprende que la utilidad bruta del 2015, fue de USD 648.300 y el promedio fue de USD 54.000, así mismo, que la utilidad neta fue de USD 516.000 y el promedio mensual de USD 43.000, de ahí que bajo la interpretación que hizo la *a quo* tendría que partirse del promedio mensual del ingreso durante una anualidad de ejecución, es decir, una utilidad bruta de USD 600.000.

Finalmente, en cuanto a la indemnización moratoria prevista en el art. 65 del CST, estima que debe ser objeto de condena, porque se probó que existió un descuento ilegal en el contrato de trabajo, más aún cuando la juez de primera instancia tiene en cuenta los valores de deuda relacionados con las cuentas corrientes personales del actor, para compensar tales descuentos.

La **parte demandada** en la alzada expuso que incurrió en error la juez de primer grado al considerar que la suma de $138.586.900, objeto de

descuento en la liquidación final del contrato estaba incluida en los conceptos relacionados en el literal c). del acuerdo suscrito con el demandante el 28 de noviembre de 2014, pues allí se dejó consignado el cuadro de resumen de obligaciones financieras del demandante y acreencias que en su momento adeudaba a algunas entidades financieras y a otras personas, sin que hiciera parte de esos rubros el valor deducido al trabajador.

Al respecto, explicó que en el literal f). de la cláusula tercera del mentado acuerdo, las partes pactaron que los deudores que tenía registrados Nexus en el balance general al 30 de septiembre de 2014 y 2013, el cual fue firmado por quien era su gerente, es decir, el demandante, así como por el contador y el revisor fiscal y en los estados financieros a la misma fecha, había una partida que correspondía a $138.586.900,oo, correspondiente al concepto 1325 - cuentas por cobrar a socios, la cual para el año 2014 ascendía a $165.460.000, tal como se observa en los documentos obrantes en las páginas 326, 327, 355, 371 y 423 del expediente digital.

En ese orden, precisó que tales valores obedecieron a los créditos personales que adquirió el actor cuando era socio y propietario de la empresa y fungía como trabajador, y que en virtud de ello resultaba procedente el descuento, sin que fuera necesario requerir para el efecto autorización alguna, pues la suma descontada era una partida que conocía el convocante, al tratarse de una deuda reportada en los estados financieros, la cual no se incluyó en el acuerdo del 28 de noviembre de 2014.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 20 de octubre de 2021 se admitieron los recursos de apelación interpuestos por las partes; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (f.° 1136).

Las partes presentaron alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la alzada (f.° 1134 a 1143 y 1160 a 1154).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el artículo 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar: *i).* Si la variación en el porcentaje de las comisiones del 12,5% al 9% es válida; *ii).* Si las comisiones se pagaron en su integridad, teniendo en cuenta la base utilizada por la encartada para liquidarlas; *iii):* Si las comisiones eran exigibles mensual o anualmente para efectos del pago de aportes al sistema general de seguridad social en pensiones; *iv).* Si fueron válidos los descuentos efectuados por la demandada en la liquidación final del contrato de trabajo; *v).* Si como consecuencia de lo anterior procede el pago de las diferencias reclamadas.

No se discute en el trámite procesal, que el demandante estuvo vinculado con la demandada, mediante un contrato de vigente del 1° de septiembre de 2007 hasta el 30 de mayo de 2017, y que el último cargo desempeñado fue el de gerente comercial de la compañía.

Para iniciar, se debe indicar en torno a la modificación de la remuneración mensual, que tal conducta podría estar enmarcada dentro de lo que la jurisprudencia y la doctrina denominan como «*ius variandi*» que, consiste en la potestad del empleador de disponer cambios en las circunstancias de modo, tiempo, lugar, calidad y cantidad de trabajo, lo que en principio no requiere la anuencia o consentimiento previo del trabajador, siempre y cuando no se afecten los derechos mínimos constitucionales y legales del trabajador, al disponerse la reducción del salario.

En relación con la reducción o disminución del salario, independientemente de que vaya ligado al cambio de un oficio, ocupación, funciones, u otros aspectos equivalentes, debe advertirse que, por corresponder aquel a un elemento cardinal del contrato de trabajo, se requiere de una manifestación expresa, de claridad rotunda e inobjetable de quien pretende realizarla -el empleador-, así como de una aceptación clara e inequívoca de quien se ve seriamente afectado -el trabajador-. Ello, debido a la trascendencia que tal modificación comporta para el ser humano laborante, dependiente de su fuerza de trabajo para producir una determinada cuantía como retribución, si el monto de la remuneración constituye uno de los puntos mínimos sobre los cuales necesariamente deben concurrir los deseos de las

partes en la contratación, la ausencia de acuerdo sobre alguno de estos puntos impediría el nacimiento del contrato, que es eminentemente consensual, por lo que el intento de variar lo convenido por acto, o iniciativa unilateral de cualquiera de ellos de ninguna manera puede merecer refrendación legal o judicial, ni puede ser fuente de derecho o base para consolidar situaciones jurídicas para quien busque variar por sí, y ante sí, lo pactado (CSJ SL, 2 sep. 2008 rad. 31701, y SL, 10 jul. 2012 rad. 39691).

Partiendo de lo anterior, sobre la reducción en el porcentaje de las comisiones devengadas por el trabajador a partir de marzo de 2016, encuentra la Sala que al plenario se arrimó prueba de correo electrónico dirigido por el demandante el 20 de abril de 2016, por medio del cual le puso de presente al señor Oscar Urzua "*Esta mañana hablando con Patricio me pidió que los acuerdos que fuéramos realizando, yo realizara el respectivo correo soporte… y ¡que él este copiado en el mismo! Así las cosas, sobre el tema de las comisiones de Julius Siefken se acordó el 9% sobre la misma base que se venían considerando anteriormente, dicho porcentaje anteriormente estaba en el 12.5%, pero este bajo al 9% ya que ahora Julius Siefken también comisiona sobre los negocio(sic) que vienen heredados de la Newport Cargo. Estas condiciones corren a partir del 1° de marzo de 2016 hasta el 1° de marzo de 2017"* (f.° 286).

Probanza, que conduce a la misma conclusión a la que arribó la juez de primer grado, sobre el particular, pues de la misma se desprende ciertamente el acuerdo inequívoco de las partes de disminuir el porcentaje de las comisiones reconocidas al actor, en virtud de la posibilidad que se le otorgó al trabajador de causar tal rubro sobre nuevos negocios, lo cual descarta el desconocimiento de los derechos mínimos de aquel y los pedimentos del actor en torno al reajuste del concepto analizado fundado en tal situación.

Ahora bien, sobre la causación anual o mensual de las comisiones, es pertinente traer colación la postura sentada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, *mutatis mutandis*, sobre los conceptos de devengado y percibido que se han explicado así: "(…) *conviene precisar que una cosa es devengar o causar un determinado emolumento o derecho y otra cosa lo es percibirlo y recibirlo. Devengar según el Diccionario de la Real Academia Española es «Adquirir derecho a alguna percepción o retribución por*

razón de trabajo, servicio u otro título», lo que se asimila a causar o dar lugar a algo; en cambio, cuando se habla de percibir, generalmente se asocia a recibir u obtener el pago de algo. Puede decirse entonces que todo lo percibido lo es porque ha sido devengado, pero no siempre lo devengado es o ha sido percibido".

En ese orden, se advierte que al plenario se arrimaron como pruebas, las siguientes:

i. Minuta del acuerdo celebrado entre Julius Siefken y Karen Díaz en su condición de socios de Nexus Logistics SAS y Amex Colombia SAS, en calidad de compradora de la compañía, en el que se estableció en los literales h). y g). de la cláusula tercera, respectivamente "*Las partes acuerdan como condición del presente Acuerdo fijar una meta para la utilidad bruta (gross fit) mensual de CINCUENTA MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD$50.000), con una variación máxima del diez por ciento (10%), sea superior o inferior durante un (1) año, contado a partir de la firma de este acuerdo, siempre y cuando dicha venta de fletes haya sido efectivamente pagada en su totalidad. Lo anterior en cualquier sociedad que se radique la operación de negocios e indistintamente a la que sea empleadora de Julius Siefken. Se entenderá por utilidad bruta los ingresos efectivamente recibidos en caja por ventas de la operación, menos los costos de los mismos. El cumplimiento de dicha meta transcurrido el primer año convencional dará derecho a Julius Siefken al diez por ciento (10%) de la sociedad en que definitivamente se haya radicado la explotación del negocio, además de un contrato laboral a término indefinido, en los mismos términos pactados en este acuerdo"* y "*A la firma del presente documento, AMEX se compromete a contratar para sí o para NEWPORT CARGO COLOMBIA, al señor Julius Siefken mediante un contrato laboral por tres (3) meses inicialmente, con un salario mínimo integral por valor de $8.008.000 más una comisión por ventas referidas únicamente a los actuales clientes de NEXUS y los que aporte a contar de la fecha de contratación, equivalente a DOCE PUNTO CINCO POR CIENTO (12.5%) que se calcula sobre la utilidad bruta (gross profit) antes definida"* (f.° 118 a 131).

ii. Acuerdo celebrado el 1° de marzo de 2015, entre el demandante y el representante legal de la pasiva en el que se estableció que Nexus Logistics

SAS se comprometía a pagarle a Julius Siefken una comisión por ventas referidas únicamente a los clientes que tenia en ese momento la empresa y los que se aportaran desde el 1° de enero de 2015, equivalente al 12.5%, calculada sobre la utilidad bruta (gross profit), definida en el pacto anteriormente referido.

iii. Relación de comisiones de 2015 y 2016 remitidas vía correo electrónico al demandante por la directora de Recursos Humanos de la empresa, el 3 de marzo de 2016 y el 20 de enero de 2017, respectivamente, en las que se relaciona el total de las comisiones causadas por mes (f.° 88 a 89 y 99 a 111). Adicionalmente, de las probanzas concernientes al año 2016, se extrae la relación de los negocios cerrados y las comisiones pagadas a las personas que conformaban el equipo comercial en cada período.

iv. Relación de las comisiones causadas mes a mes de enero a abril de 2017 (f.° 303 a 308) remitidas vía correo electrónico al demandante por la directora de Recursos Humanos de la empresa, el 27 de febrero, el 22 de marzo y el 22 de mayo de 2017 (f.° 304 a 308) y de las causadas en mayo de 2017 (f.° 1119). Documentos de los que se desprende igualmente, la relación de los negocios cerrados y las comisiones pagadas a las personas que conformaban el equipo comercial en cada período.

v. Órdenes de pago, sin firma del actor y extractos bancarios del demandante en los que se encuentran correlacionados los valores adicionales al salario básico, que fueron cancelados desde el 27 de febrero de 2015 hasta el 4 de mayo de 2017, los cuales se denominaron por la sociedad en los comprobantes referidos como anticipos de comisiones, abonos de comisiones o préstamos a trabajadores (f.° 387 a 670 y 44 a 86).

Por otra parte, en cuanto a las versiones de los testigos encuentra la Sala que Luis Alejandro Lara Blanco, quien funge como gerente general de la demandada desde el 2015, indicó que el actor estaba encargado de todas las ventas de la compañía y al finalizar el año se hacía una revisión de los resultados y sobre eso el tenía derecho a una comisión sobre las ventas totales, de acuerdo con la meta anual fijada; que el actor le pedía constantemente a Óscar Urzúa, gerente financiero, que se adelantara su pago para cubrir gastos personales, lo cual era registrado por la empresa como préstamos sobre adelanto a la futura comisión; que los aportes a seguridad social sobre las

comisiones se hacía teniendo en cuenta su causación anual; que a los comerciales que estaban a cargo del demandante, se les pagaba de manera mensual las comisiones causadas; que debido a que el primer año el actor no cumplió la meta, se renegoció el porcentaje de comisiones; y, que él tenía entendido que a principios del año 2015, el actor había firmado un documento con la empresa en el que se estableció la causación anual de las comisiones, pero no había estado presente al momento de su celebración.

A su vez, Mónica Clavijo quien maneja la contabilidad de la empresa desde el 2015, dijo que ella era la encargada de hacer los pagos de nómina; que el actor tenía unas comisiones anuales, que se liquidaban después de generar la utilidad; que el actor debía hacer un tope de ventas para devengar el porcentaje pactado; que al actor se le pagaban anticipos de comisiones, que contablemente se registraban bajo el n.° 1365 y al final se hacia el cruce de cuentas y que para ese efecto el gestor solicitaba el adelanto al Gerente Financiero; que como las comisiones eran anuales en diciembre se cancelaban los aportes a seguridad social sobre 25 salarios mínimos que es el tope legal; que a los demás comerciales se les liquidaba con base en el cierre de las operaciones del mes inmediatamente anterior; que las comisiones del actor se generaban una vez el cliente hubiera pagado la factura; que supo que las comisiones del actor fueron reducidas en razón a que no cumplió con los topes establecidos; que ella no era la persona de liquidar las comisiones, solo se encargaba de pagar los anticipos; y, que no conocía los documentos en los que se acordaron lo anteriores aspectos sobre el pago de las comisiones del actor.

Óscar Roberto Urzúa quien laboró para la demandada desde enero de 2015 hasta finales de 2018, dijo que el actor, previa solicitud y aprobación suya, recibía anticipos contra la liquidación de las comisiones que se hacía de forma anual, para lo cual él hacia unos cálculos sobre las ventas mensuales que ya habían sido pagadas por los clientes; que el recuerda haber visto un documento de marzo de 2015, en el que el actor acordó con la empresa que sus comisiones se causarían de forma anual;

A su vez, Rosa Elvira Ramírez Valencia, quien ha fungido como directora de talento humano desde julio de 2015, sobre el tópico analizado, que el actor tenía una remuneración del salario mínimo integral; que tenía derecho a la liquidación por comisiones las cuales eran calculadas mensualmente, pero

pagadas anualmente, de acuerdo con las ventas que tuviera la compañía; que conoció el acuerdo en el que se estableció que el actor devengaría el 12,5% por comisiones, basado en el *gross profit;* que el actor pedía mediante correos electrónicos el pago de anticipos sobre el referido concepto, debido a que se causaba anualmente, lo cual era autorizado por Óscar Urzúa o por Patricio Macías; que la liquidación de las comisiones se hacía mensual, para poder evaluar al equipo comercial y hacer un estimado de los anticipos, situación que se le reportaba al actor, pero que había un acuerdo en el que se había establecido que estaban supeditadas al pago de los clientes, por lo que podía existir cambios en la información entregada mensualmente; y que el actor quedó debiendo aproximadamente $90.000.000 por concepto de anticipos, lo cual se registraba en la cuenta de anticipos a trabajadores o en la cuenta de préstamos a trabajadores bajo el n.° 1365.

Finalmente, la testigo Mónica Andrea Pineda Castaño dijo que estuvo vinculada con la demandada como *freelance* desde el 2013 hasta el 2017, que ella era vendedora y sobre los negocios que llevaba ganaba una comisión; que desconoce el acuerdo que hizo el actor sobre sus comisiones, pero que sabía que aquel pasaba el presupuesto del equipo comercial y sobre eso se le pagaba; que la compañía manejaba cada negocio bajo un consecutivo, que los mismos se cerraban una vez el cliente había facturado y pagado a la empresa, y que solo hasta ese momento se generaba la comisión; y, que las personas del departamento comercial no tenían que cumplir una meta, pues lo que hacían era una proyección para el año y de acuerdo con eso iban reportando el comportamiento de los negocios.

Con base en los medios de convicción recaudados, encuentra este Colegiado que la razón acompaña a la parte demandante, en punto de la causación mensual de las comisiones que fueron devengadas por el trabajador en vigencia del contrato, pues se advierte que aunque en las declaraciones rendidas por Luis Alejandro Lara Blanco, Mónica Clavijo, Óscar Roberto Urzúa y Rosa Elvira Ramírez Valencia, se refirió que la liquidación de dicho concepto se efectuaba de manera anual debido a los acuerdos suscritos entre las partes en ese sentido, lo cierto es que ni del instrumento signado el 24 de noviembre de 2014, ni del suscrito el 1° de marzo de 2015, se puede inferir esa situación, pues más allá de la discusión que haya surgido frente a la incidencia y aplicabilidad del primero de ellos en el ámbito del contrato de trabajo, de

entenderse que en la cláusula tercera literal g). del acuerdo del 2014, se consagró una meta para que se causaran las comisiones, se tiene que la misma refiere al cumplimiento mensual y no anual, como aducen los testigos.

A su vez, se advierte que de la relación de las comisiones causadas en los años 2016 y 2017, se puede inferir válidamente que las mismas se calculaban teniendo en cuenta los cierres efectuados por los comerciales que estaban bajo la dirección del actor; por su parte, de las versiones de los testigos anotados, se desprende que a dichos comerciales se les pagaba de manera mensual, aspecto sobre el que Mónica Andrea Pineda Castaño, quien hizo parte de esa área, refirió que los negocios se cerraban una vez el cliente había facturado y pagado a la empresa, y que sólo hasta ese momento se generaba la comisión; y, finalmente se tiene que Rosa Elvira Ramírez Valencia señaló que la causación de las comisiones del actor se daba anualmente, pues dependía de que se verificara el pago por parte de los clientes.

Situaciones que valoradas en conjunto, demuestran que aun cuando contablemente la demandada manejó el concepto estudiado de manera anualizada, este fue devengado y causado por el trabajador mensualmente, y percibido en los meses en los que se efectuaron los denominados anticipos de comisiones, los cuales, no eran más sino el propio pago de ese rubro, por lo que no constituían préstamos al trabajador como quiso hacerse ver en algunos comprobantes y en el escrito de contradicción.

Ahora, en cuanto al dicho de varios de los deponentes en torno a que el actor solicitaba el anticipo de comisiones vía correo electrónico, debe indicarse que al plenario se arrimó el cruce de mensajes enviados por el convocante a Oscar Urzúa en noviembre de 2015, febrero, abril y noviembre de 2016, de los que no se desprende que existiera aquiescencia del trabajador en torno a la manera en que se liquidaban las comisiones por la empresa, pues por el contrario refiere haber recibido "*abonos*", encontrándose pendiente el reconocimiento sobre los negocios en los que los clientes ya habían efectuado el pago correspondiente.

Pasando entonces al planteamiento del actor, sobre el reajuste de las comisiones causadas en los años 2015, 2016 y hasta abril de 2017, encuentra esta Corporación que con las relaciones de comisiones emitidas por la llamada

a juicio (f.° 88 a 89, 99 a 111 y 303 a 308), es factible establecer que las causadas en el primer año ascendieron a $228.902.681, las del segundo año al valor de $212.701.174,98, y, las del último año a $54.290.602,06; así mismo, que respecto de las de 2016 y 2017 la demandada dejó registrado que se habían calculado restando al valor de la utilidad base del demandante, lo pagado en comisiones a los comerciales. Por lo que resulta inane, hacer un estudio sobre si el actor debía cumplir una meta o no para dar lugar a su pago, como se indicó en la primera instancia y en el recurso, pues las documentales referidas dan cuenta de la aceptación de la demandada frente a su causación.

En tal sentido, se patentiza que la parte actora solicita que para el reajuste de las comisiones se tenga en cuenta la definición establecida para la utilidad bruta en el literal g). de la cláusula tercera del acuerdo celebrado el 24 de noviembre de 2014, lo que se sustentó en los hechos de la demanda frente a las del 2015, en que con el correo enviado el 24 de febrero de 2016, se probaba que la utilidad bruta fue de USD 648.368 y el promedio mensual fue de USD 54.031 y que con relación al acumulado de las comisiones las mismas correspondían a $228.902.681 y se pagó la suma de $208.101.905. A su vez, que en 2016 y 2017, la demandada para establecer la utilidad bruta descontó los valores pagados por concepto de comisiones a los comerciales de la compañía.

En cuanto a los aspectos planteados por la activa sobre las comisiones de 2015, se tiene que en el mensaje de datos del 24 de febrero de 2016 (f.° 90), el señor Carlos Herrera Green de Consulting & Global Management, le indicó al actor "*JULIUS COMO TE COMENTÉ, AÚN NO ESTÁ CERRADO DEL TODO NEWPORT*", y adjunta un cuadro denominado análisis de gestión de Nexus, sin embargo, no se puede derivar con certeza de dicha instrumental que la información allí contenida se relacionara directamente con la gestión realizada por el actor, más aún cuando en el anexo se refiere "*AUN NO CERRADO NEWPORT, POR EFECTO DIF. DE CAMBIO NO OPERACIONAL*".

Ahora bien, en lo que respecta a la base tomada para calcular las comisiones de 2016 y 2017, es preciso indicar que de la definición dada al concepto de utilidad bruta en el acuerdo del 24 de noviembre de 2014, relativa a que se entendería como "*los ingresos efectivamente recibidos en caja por*

ventas de la operación, menos los costos de los mismos", no se desprende en modo alguno el alcance que le da el actor en el hecho octavo de la demanda, al aducir que la referida utilidad se calcula restando al valor de venta facturada a los clientes (sin incluir IVA), los costos directos de venta, siempre y cuando los mismos hayan sido facturados por terceros, de manera que no se incluyen los costos y gastos internos del empleador.

Y en todo caso, en criterio de la Sala, al estar probado que las comisiones que eran reconocidas al actor como Gerente Comercial, estaban correlacionadas con los negocios cerrados por los comerciales a su cargo, bajo el concepto antes referido, resulta razonable entender que las comisiones generadas por los mismos constituían un costo propio de la operación, por lo que debían descontarse para el cálculo de la utilidad bruta. Por lo que, sobre ese punto resulta improcedente la reliquidación solicitada.

Ahora bien, en cuanto a las diferencias generadas sobre los valores pagados al actor en 2015 y los causados en esa anualidad, es preciso indicar que debido a que la demandada no la cancelaba mensualmente las comisiones, sino que las reconocía como anticipos o préstamos, a fin de determinar si se adeuda alguna suma, es menester incluir los valores adicionales al salario básico, que fueron consignados por la pasiva desde el 2015 hasta el 2017, los cuales se desprenden de los extractos de la cuenta bancaria del convocante, de las órdenes de pago generadas por la demandada y de los comprobantes de las transacciones aportados, así:

Fecha de Pago	**Valor consignado**	**Folio**
2015		
27/02/2015	$ 9.957.640,00	44
27/03/2015	$ 14.566.755,00	45
20/05/2015	$ 7.308.310,00	47
12/06/2015	$ 9.475.569,00	47
25/06/2015	$ 10.000.000,00	48
21/07/2015	$20.000.000,00	387
14/08/2015	$10.000.000,00	51
17/09/2015	$ 71.891.907,00	410
19/10/2015	$2.999.793,00	416
19/11/2015	$15.000.000,00	427
16/12/2015	$30.000.000,00	439
TOTAL	**$ 201.199.974,00**	
2016		
22/01/2016	$10.000.000,00	448
29/01/2016	$15.000.000,00	450

23/02/2016	$20.000.000,00	462
18/03/2016	$4.000.000,00	471
1/04/2016	$ 6.000.000,00	478
1/04/2016	$4.116.595,00	480
22/04/2016	$8.000.506,00	487
6/05/2016	$10.000.000,00	494
18/05/2016	$15.000.000,00	501
27/05/2016	$15.000.000,00	503
20/06/2016	$4.000.000,00	515
30/06/2016	$7.000.000,00	517
8/07/2016	$20.000.000,00	524
25/08/2016	$15.000.000,00	541
26/08/2016	$10.000.000,00	543
9/09/2016	$10.044.515,00	550
1/10/2016	$8.000.000,00	563
25/10/2016	$7.000.000,00	565
10/11/2016	$7.000.000,00	571
21/11/2016	$8.000.000,00	577
9/12/2016	$10.000.000,00	583
16/12/2016	$10.000.000,00	589
TOTAL	**$223.161.616,00**	
2017		
5/01/2017	$12.500.000,00	604
24/01/2017	$2.500.000,00	617
7/02/2017	$5.743.214,00	626
22/02/2017	$13.000.000,00	637
31/03/2017	$4.925.982,00	660
4/05/2017	$9.282.442,00	670
TOTAL	**$47.951.638,00**	

Igualmente, se observa que la encartada incluyó en la liquidación final del contrato dentro de los valores adeudados al demandante el concepto de comisiones de enero a abril 2017, por la suma de $54.803.946 (f.° 708 a 709).

De esa manera, teniendo en cuenta que desde el escrito inicial el actor en el hecho 16 de la demanda, admitió que durante 2015, se le pagó un valor superior al antes indicado, correspondiente a $208.101.681, se incluirá dicha suma para ese año, por lo que se tiene que en total la demandada pagó al trabajador **$534.019.105,00**, valor que resulta superior al consolidado de las comisiones probadas en el proceso que comprenden de enero de 2015 a abril de 2017 y ascienden a $495.894.458,04, lo que arroja una diferencia a favor de la encartada de **$38.124.646,96**.

De manera que, sobre el particular se confirmará la decisión de primera instancia.

Descuentos, excepción de compensación y demanda de reconvención.- Ahora, para resolver la solicitud de ilegalidad del descuento efectuado por la demandada en la liquidación final del contrato de trabajo por "*Cuenta Corriente Personal Declarada a la Fecha de Acuerdo de Compra*" correspondiente a la suma de $138.586.900 (f.° 708 a 709), y simultáneamente, la excepción de **compensación** que plantea la encartada a fin de que se tenga como válida dicha deducción, es preciso traer a colación la postura sentada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en torno a la legalidad de los descuentos no autorizados por el asalariado, cuando se ha verificado la terminación del vínculo laboral, fue así como en sentencia CSJ SL16794-2015, la Alta Corporación rememoró lo siguiente:

> *(…) En lo concerniente a la segunda de estas cuestiones, esto es, que la autorización es un requisito indispensable para la legitimidad del descuento, debe señalarse que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, el empleador se encuentra facultado para compensar en la liquidación final de salarios y prestaciones, los préstamos otorgados al trabajador en vigencia del contrato de trabajo.*
>
> *Ha dicho la Sala que la restricción al derecho de compensación del empleador mediante la prohibición de descuentos sin autorización, se justifica en el desarrollo de la relación de trabajo, pues en ese momento aún se encuentra en vigor la dependencia y subordinación del trabajador en relación con el empleador (CSJ SL, 10 sep. 2003, rad. 21057; CSJ SL, 12 nov. 2004, rad. 20857; CSJ SL, 12 may. 2006, rad. 27278; CSJ SL, 19 oct. 2006, rad. 27425; CSJ SL, 3 jul. 2008, rad. 32061). De suerte que, una vez finalizado el contrato de trabajo, la subordinación desaparece al igual que el respaldo crediticio que ofrecen los salarios y prestaciones devengados por el trabajador y, en ese orden, es admisible, dentro de los límites legales y de forma proporcional, que el empleador acuda a la figura de la compensación como modo para extinguir las obligaciones, entre ellas, la del trabajador de satisfacer los créditos que de buena fe le hayan sido otorgados.*

En tal sentido, se advierte que el medio exceptivo propuesto por la pasiva, se sustenta en lo establecido en el literal f). de la cláusula tercera del acuerdo firmado entre el demandante y Karen Díaz en condición de socios de Nexus Logistics SAS y AMEX de Colombia SAS, adquiriente de la sociedad, en la que se estableció "*Los deudores que a su vez tiene NEXUS, de acuerdo con el Balance general a 30 de septiembre de 2014 y 2013, firmado por el gerente, el contador y el revisor fiscal de NEXUS y las notas de los Estados Financieros a 30 de septiembre de 2014 y 2013, ambos documentos suministrados por NEXUS y que forman parte integral del presente acuerdo, son los siguientes:*

(…)

	2014	2013	Var
CUENTAS POR COBRAR SOCIOS	165.460	135.841	21,80%

Así mismo, se respalda en el Balance General del 1º de enero al 31 de diciembre de 2014 y en las notas a los estados financieros al 31 de diciembre de 2014 y 2013, en los que se indica que bajo la cuenta n.º 1325 "CUENTAS POR COBRAR A SOCIOS" y la subcuenta n.º 132510 "A ACCIONISTAS" existe deuda por valor de $138.586.900,67 (f.º 326 y 731), los cuales fueron certificados en su momento por el actor en calidad de representante legal de la ahora llamada a juicio (f.º 358 a 359).

Sostuvo la demandada que se equivoca la juez de primer grado al señalar que la compensación se tornaba improcedente en razón a que no se había probado que tales sumas estaban incluidas en las previstas en los literal c). y d). de la cláusula tercera del acuerdo.

Sobre lo cual, se verifica que en el primer literal se indicó que el dinero producto de la venta sería utilizado por AMEX para iniciar directamente el pago de las deudas bancarias que tiene NEXUS, de acuerdo con el balance general a 30 de septiembre de 2014 y 2014, relacionándose posteriormente el resumen de obligaciones financieras de la sociedad y de las deudas que tenía el aquí demandante a 30 de septiembre de 2014 con diversas entidades financieras; y en el siguiente literal, se previó que era de la esencia del convenio que las únicas obligaciones por las cuales AMEX se haría responsable, en la medida en que NEXUS y sus accionistas cumplieran el acuerdo, serían las indicadas previamente y que en caso de existir otro pasivos distintos que superaran el 5% de la suma de los pasivos declarados en el literal c)., se entendería que existían pasivos en exceso y AMEX podía dar por terminado el contrato.

En ese orden, debe precisarse que aunque concuerda la Sala con el planteamiento propuesto por la demandada, pues se estima que la *a quo* confunde, el concepto de pasivos al que se refiere el literal c)., con las deudas a favor de la demandada indicadas en el literal d), que corresponderían por el contrario a un activo, no se puede perder de vista que del acuerdo signado el 24 de noviembre de 2014, se desprende además que para el momento de su firma, el actor no era el único accionista de NEXUS LOGISTICS SAS, pues

además figuraba Karen Johana Díaz Mercado con el 3,6% de participación, sin que se pueda desprender de ninguno de los medios de convicción la aceptación de la deuda por parte del actor.

De manera al no existir suficiente evidencia que permita atribuirle ni parcial, ni totalmente la deuda registrada en el asiento contable bajo la cuenta n.º 1325 "CUENTAS POR COBRAR A SOCIOS" y la subcuenta n.º 132510 "A ACCIONISTAS", no encontraría justificación el descuento efectuado por la demandada a la finalización del contrato, por lo que sobre el particular se confirmará lo resuelto en la primera instancia.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en la demanda de reconvención se alegó que el demandante le adeudaba a la sociedad la suma de $98.452.263,41, en relación con las comisiones que fueron pagadas y liquidadas desde enero de 2015 hasta abril de 2017, es preciso indicar como se hizo en líneas anteriores, que en ese interregno solo se demuestra un saldo a favor de la sociedad equivalente de **$38.124.646,96**.

De ahí que, el mismo da sustento al descuento efectuado por la llamada a juicio en la liquidación final del contrato de trabajo bajo el concepto de "*Anticipos de comisiones 2017*", por valor de **$27.208.424** (f.º 708 a 709), pues como se dijo, la sumatoria de los pagos efectuados al actor por comisiones y del rubro incluido por ese concepto en la liquidación final, fue superior al causado por el trabajador, quedando entonces a favor de la encartada el saldo correspondiente a **$10.916.223**, que se deducirá de las sumas que se ordenaron reintegrar previamente.

Por lo expuesto, se modificará el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar a la demandada a restituir al actor la suma total de **$127.670.677.**

Indemnización moratoria.- Para establecer la procedencia de la indemnización deprecada, se debe estudiar en cada caso particular, la conducta omisiva del empleador, con el fin de verificar si su obrar, al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa los salarios y/o prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual, estuvo o no precedido de buena fe, por encontrarse justificado en razones serias que, a

pesar de no resultar del todo viables o jurídicamente acertadas, sí pueden ser consideradas como atendibles (CSJ SL12854-2016).

En el presente caso, reclama el demandante el pago de la indemnización moratoria, con fundamento en los descuentos efectuados por la encartada a la finalización del contrato de trabajo, no obstante, estima esta Corporación, que más allá de las devoluciones ordenadas en este fallo, la conducta desplegada por la pasiva encuentra justificación en el hecho relativo a aquella le consignó al trabajador las sumas que creía deberle de buena fe, sustentada en la situación financiera y en la relación de deudores que fueron declarados en su momento por el actor cuando fungía como socio mayoritario y representante legal de Nexus Logistics SAS y se surtió la venta de esa compañía, resultando entonces razonable que bajo esos postulados se estimara por la llamada a juicio que la deuda era imputable al convocante, y en ese sentido, a la luz de la jurisprudencia reseñada anteriormente (CSJ SL16794-2015), en principio dicho descuento no estaba revestido de ilegalidad, lo que denota que su conducta se ajustó a los postulados de la buena fe.

Aportes a seguridad social en pensiones.- Al haberse establecido previamente, la causación mensual de las comisiones materia de debate, resulta procedente el reajuste de los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, comoquiera que con las planillas de aportes aportadas con la demandada se constata que dicho rubro no fue incluido en todos los períodos (f.° 676 a 705), tal como se indica a continuación:

Año	Mes	IBC Aportes a Pensión	Comisiones
2015	**enero**	$ 5.864.000,00	$ 11.057.103,00
	febrero	$ 5.864.000,00	$ 26.033.388,00
	marzo	$ 5.864.000,00	$ 3.387.993,00
	abril	$ 5.864.000,00	$ 10.260.177,00
	mayo	$ 5.864.000,00	$ 19.081.169,00
	junio	$ 5.864.000,00	$ 17.131.526,00
	julio	$ 5.864.000,00	$ 24.620.135,00
	agosto	$ 5.864.000,00	$ 20.651.046,00
	septiembre	$ 5.864.000,00	$ 32.219.024,00
	octubre	$ 5.864.000,00	$ 20.354.909,00
	noviembre	$ 5.864.000,00	$ 21.739.548,00
	diciembre	$ 5.864.000,00	$ 22.366.663,00
2016	**enero**	$ 6.274.000,00	$ 18.808.621,63

	febrero	$ 6.274.000,00	$ 29.489.468,38
	marzo	$ 6.274.000,00	$ 23.667.272,25
	abril	$ 6.274.000,00	$ 20.970.900,72
	mayo	$ 6.274.000,00	$ 21.301.935,58
	junio	$ 6.274.000,00	$ 15.463.232,58
	julio	$ 6.274.000,00	$ 14.049.241,59
	agosto	$ 6.274.000,00	$ 16.266.200,07
	septiembre	$ 6.274.000,00	$ 10.117.504,05
	octubre	$ 6.274.000,00	$ 16.542.340,65
	noviembre	$ 6.274.000,00	$ 15.742.654,00
	diciembre	**$ 17.236.375,00**	$ 10.281.803,49
2017	**enero**	$ 18.154.822,00	$12.167.878,59
	febrero	$ 6.713.225,00	$ 14.671.836,79
	marzo	$ 6.713.225,00	$13.163.833,62
	abril	$ 10.105.862,00	$14.287.053,06

De esa manera, se tiene que de acuerdo con lo previsto en el art. 18 de la Ley 100 de 1993, la base para calcular las cotizaciones para los trabajadores particulares, será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo, que establece en su art. 127 que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino además, entre otros conceptos, las comisiones, situación que no se debate en este asunto. Así mismo, dicha disposición consagra que "*El límite de la base de cotización será de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes para trabajadores del sector público y privado (…)*".

En consecuencia, se condenará a la demandada a pagar con destino a la administradora de fondos de pensiones en la que acredite encontrarse afiliado el actor, las diferencias generadas en el aporte realizado con ocasión de la base de cotización reportada por la empresa para cada ciclo y la base de cotización que legalmente correspondía, incluyendo las comisiones causadas mes a mes por el trabajador y que se relacionaron previamente, desde el 1° de enero de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2016 y del 1° de enero de 2016 al 30 de abril de 2017, la cual no podrá exceder los 25 SMLMV. Se precisa que no se dispone el reajuste del pago de los aportes del período de diciembre de 2016, en la medida en que fueron efectuados tomando como ingreso base de cotización el tope establecido en la normatividad citada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC,**

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida 13 de agosto de 2021, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el entendido, de **CONDENAR** a la demandada Nexus Logistics SAS a reconocer y pagar a Julius Leopold Henry Siefken Arroyo la suma total de $127.670.677, por concepto de reintegro por descuentos efectuados, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Nexus Logistics SAS a pagar con destino al fondo de pensiones en el que se encuentre afiliado el demandante Julius Leopold Henry Siefken Arroyo, las diferencias generadas desde el 1° de enero de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2016 y del 1° de enero de 2016 al 30 de abril de 2017 en los aportes a pensión, con ocasión de la base de cotización reportada por la empresa para cada ciclo y la base de cotización que legalmente correspondía, incluyendo las comisiones causadas mes a mes por el trabajador y que se relacionaron en la parte motiva, para lo que se precisa que el ingreso base de cotización no podrá exceder los 25 SMLMV, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones de este fallo.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

QUINTO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**
Magistrada Magistrado

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ac4bba5e059f61eae158c630a7d1981cb91fe16d992a9b424ad0f61dce7a5c71**
Documento generado en 14/09/2022 02:58:09 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN. 11001 31 05 **025 2017 00175** 02
DEMANDANTE: RUBÉN DARÍO RUIZ RIVERA
DEMANDADO: CONSORCIO EXPRESS SAS

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 20 de agosto de 2021, por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se condene a la demandada al pago de las sumas causadas y dejadas de pagar por concepto de trabajo suplementario y recargos generados por el trabajo efectivamente prestado durante el tiempo de vinculación con la empresa; así mismo, a pagar la bonificación mensual en los períodos en que no fue reconocida, el reajuste de las prestaciones sociales y salarios debidamente indexados, la indemnización por reparación integral de daños y perjuicios ocasionados y la indemnización moratoria prevista en el art. 65 del CST.

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, el demandante manifestó que laboró para la llamada a juicio a partir del 9 de noviembre de 2012, mediante contrato de trabajo a término indefinido, desempeñándose como operador de bus zonal; que el último salario ascendió a $700.000,oo

más horas extras y una bonificación mensual fija; que los turnos prestados en ejercicio de su función superaban la jornada máxima legal; que el 3 de abril de 2014, la demandada dio por terminado el contrato sin justa causa; que la empresa durante el vínculo laboral no le reconoció de manera completa la bonificación mensual, pues realizaba descuentos sin su autorización (f.º 189 a 197).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda, se admitió luego de ser subsanada el 20 de septiembre de 2017, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.° 209).

Consorcio Express SAS dio contestación aceptando los hechos relativos a la existencia del contrato de trabajo, el extremo inicial de la misma y el cargo desempeñado por el actor. A su vez, se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que al trabajador se le pagaron durante la vigencia y a la finalización de la relación laboral, de manera completa y oportuna los salarios, prestaciones sociales y demás acreencias laborales a que tuvo derecho; que no se efectuaron descuentos ilegales, pues la bonificación reconocida estaba sujeta al cumplimiento de las condiciones previstas en el parágrafo 3º de la cláusula cuarta del contrato de trabajo y que en caso de que el trabajador hubiera prestado sus servicios por fuera de la jornada laboral, se le cancelaron de manera completa y oportuna las horas extras diurnas y nocturnas. Propuso como excepciones de mérito, las que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, falta de título y causa, enriquecimiento sin justa causa, buena fe, pago, prescripción y compensación (f.º 231 a 256).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 20 de agosto de 2021, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Para lo que interesa a la alzada, el juez de primer grado estableció que con las pruebas aportadas por el demandante no se podía establecer en qué días y horas se había verificado el trabajo suplementario, más aun cuando los

documentos arrimados no emanaban de la demanda y no se arrimó la totalidad de desprendibles de nómina que permitieran establecer de manera exacta y precisa si existieron o no diferencias respecto de las horas extras pagadas por la empresa.

Sobre las bonificaciones, expuso que debido a que el actor no había establecido en qué meses se habían producido las diferencias o su falta de pago, no era procedente emitir condena, máxime cuando de los pagos de nómina aportados al plenario se podía advertir que el valor de dicho rubro había presentado variaciones, lo cual estaba plenamente autorizado en la cláusula cuarta del contrato de trabajo.

Finalmente, consideró que las bonificaciones en mención no tenían carácter salarial, en la medida en que así se había establecido en la cláusula tercera del contrato de trabajo y porque de la testimonial rendida por Luis Antonio Torres se desprendía que su pago dependía de criterios definidos por la demandada, tales como accidentalidad, multas y el cumplimiento del trabajador.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** sostuvo en la alzada que la prueba del trabajo suplementario pretendido, se derivaba de las testimoniales recaudadas, de los cuadros elaborados por el propio demandante de la rutas o tablas de rutas de la demandada que identifican la hora de entrada y de salida, pues con estas últimas se puede establecer que se dejaba un espacio importante de tiempo que no era de uso, goce y disfrute del trabajo, pues aquel se encontraba al servicio de la pasiva. Adicionalmente, en cuanto al requerimiento de la autorización por parte del empleador de las horas extras, señaló que debe replanteare el precedente jurisprudencial al que se hizo referencia de primer grado.

En cuanto al pago de la bonificación señaló, que debió declararse su carácter salarial, y que debe tenerse en cuenta que además sobre ese punto no solo se procuró ese aspecto, sino además el pago de esta en los meses en que no fue reconocida por el empleador, sin que se haya demostrado por la encartada que en los mismos el trabajador incurrió en alguna conducta que

haya causado un daño a la empresa o que hubiera ocasionado la pérdida del derecho.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 3 de septiembre de 2021, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (f.° 398).

Las partes no presentaron alegaciones (f.° 399).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el artículo 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si la parte demandante acreditó la causación de horas extras; así como las diferencias generadas respecto de la bonificación que fue reconocida en vigencia del contrato de trabajo.

No se discute en el trámite procesal, que el demandante estuvo vinculado con la demandada, mediante un contrato de trabajo en virtud del cual se desempeñó como operador de bus zonal del 9 de noviembre de 2012 al 3 de abril de 2014.

Trabajo suplementario. - La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha precisado que a quien le corresponde la carga de probar el tiempo extra o suplementario dejado de pagar es al trabajador, y además que debe acreditarse con tal claridad y precisión que no quede duda alguna de su existencia, de tal manera que el juzgador para condenar no tenga que hacer cálculos ni suposiciones acomodaticias.

En este asunto, se observa que la parte actora no cumplió con la carga de la prueba, de conformidad con lo dispuesto en el art. 167 del CGP, pues no se arrimó ningún elemento de convicción del que se pueda desprender con claridad y precisión cuál fue el tiempo extra que laboró ni los turnos que

cumplió a lo largo de la relación laboral y mucho menos si el mismo fue superior al liquidado por la demandada por ese concepto en las nóminas de cada mes (f.º 327 a 345 y 22 a 55).

Pues así como lo estableció el juez de primer grado, se encuentra que el supuesto de hecho analizado no puede ser probado con los cuadros que fueron elaborados por la parte actora (f.º 149 a 167), ni con la documental que fue denominada "*organigrama con jornadas desempeñadas por el demandante*" la cual no se encuentra suscrita por la empresa, su autoría no fue atribuida a la encartada y no indica que la programación allí relacionada correspondiera al actor, y mucho menos que hubiera sido cumplida (f.º 168 a 181). Lo mismo ocurre, con la programación de operadores que reposa a folios 144 a 148 en la medida en que la demandada desconoció tales probanzas indicando para el efecto que no emanaban de ella, y en todo caso no permiten establecer el trabajo suplementario aducido en la demanda.

Finalmente, en cuanto a las versiones de los testigos se tiene que Peter Alexis Talero Muñoz, quien presta sus servicios a la encartada desde el 2013, como jefe de programación de buses, puso de presente que los operadores de bus zonal como el actor tiene derecho a un día de descanso, que como máximo se programaban 30 minutos de horas extras, que el trabajo por fuera de la jornada laboral se distribuía y rotaba entre los conductores de bus y que la empresa reconoce el pago de ese tiempo cuando ha sido efectivamente prestado. Adicionalmente, expuso que la programación se carga en la página web de la empresa.

A su vez, Luis Antonio Torres Rodríguez quien es gerente de relaciones laborales de la pasiva desde junio de 2013, relató que el actor como operador de bus cumplía una jornada ordinaria laboral, la cual estaba sujeta a la programación de servicios que era publicada semanalmente por la empresa; que de manera excepcional los conductores podían verse avocados a situaciones propias de la operación, como manifestaciones, o desvíos que podían conllevar a que se extendiera la jornada; y que, el trabajo suplementario se pagaba, siempre y cuando el trabajador adelantara los trámites internos y la empresa validara la veracidad de la información.

En tal sentido, estima la Sala que las afirmaciones de los testigos tampoco permiten inferir con grado de certeza y precisión, las horas de trabajo adicional que afirmó el actor no fueron liquidadas y pagadas por la demandada, de manera que al verificarse que tanto las documentales arrimadas, como las testimoniales referidas, carecen de eficacia probatoria respecto del tópico analizado, resulta inane hacer un análisis sobre los demás planteamientos del recurso que se sustentan en tales medios de convicción. En consecuencia, se confirmará la decisión de primer grado sobre ese particular.

Bonificaciones.- Para resolver los puntos planteados en la alzada por el apoderado judicial de la parte actora, sobre las bonificaciones que fueron reconocidas por la demandada en vigencia de la relación laboral, debe precisar la Sala que contrario a lo indicado por el juez de primer grado y el apoderado de la parte actora en el recurso, al revisar los hechos y pretensiones de la demanda, así como los hechos y excepciones en los que se sustentó la defensa y la fijación del litigio, se pudo establecer que no fue materia de debate la incidencia salarial del rubro analizado, en tanto no se procuró el reajuste de las prestaciones sociales y vacaciones con fundamento en ese supuesto fáctico, ni se alegó que existiera controversia entre los contratantes sobre ese punto.

Tan es así, que al pasar al análisis de las probanzas recaudadas se advierte que en el parágrafo tercero de la cláusula cuarta del contrato de trabajo las partes expresamente acordaron "*Está bonificación para todos sus efectos constituye salario"* (f.º 257 a 259), situación que fue ratificada por Luis Antonio Torres Rodríguez en su declaración; y además, se advierte que la demandada tuvo en cuenta dicho concepto para liquidar las prestaciones definitivas del trabajador (f.º 344 a 345).

Ahora, en cuanto al pedimento relacionado con el reajuste de la bonificación cabe advertir que la misma fue establecida en el contrato de trabajo, bajo el siguiente tenor literal: "*La empresa reconocerá mensualmente al trabajador, en forma vencida, una bonificación por resultados representada en una suma fija, siempre y cuando el trabajador durante el respectivo mes cumpla con el 100% de las indicaciones, instrucciones, condiciones y reglas establecidas por Transmilenio, con miras a evitar que su incumplimiento genere*

para la empresa sanciones económicas previstas en el contrato de concesión. En ese orden de ideas, el incumplimiento por parte del trabajador de los horarios, prestación de servicios, errores de conducción, golpes al vehículo, colisiones con otros vehículos, infracciones de tránsito parar en la calle sobre las cebras, conducir a velocidades superiores a 60 K/m, no parar en una estación, y todas aquellas imputables al operador, que en cada caso generen para la empresa una sanción económica, hará que en la parte proporcional asignada al trabajador, no se cuente con esta bonificación o se suspenda su causación hasta que se defina la responsabilidad del trabajador o su grado de responsabilidad. El valor de la bonificación, los porcentajes participación de la bonificación en los incumplimientos y fallas cometidas por el trabajador y las demás condiciones y requisitos de causación de esta bonificación, se determinarán en documento separado que elaborará el empleador de conformidad con el reglamento de transmilenio (…) que por las mismas razones puede estar sujeto a ajustes, cambios, supresiones y modificaciones, las cuales deberán ser efectuadas unilateralmente por el empleador, lo cual acepta expresamente el trabajador, con lo cual se entiende que además el trabajador delega en el empleador la facultad unilateral de adicionarlo, cambiarlo, modificarlo o eliminarlo, todo en consideración que se trata de una bonificación sujeta a resultados. Por tratarse de una bonificación que adicionalmente está relacionado con el tiempo efectivamente laborado por el trabajador durante el período de causación de la misma, se establece entre las partes que de esta parte variable del salario, se deducirá de manera proporcional el número de días en los cuales el trabajador no preste sus servicios a la Empresa con ocasión de permisos, licencias no remuneradas, ausencias no justificadas y sanciones disciplinarias".

Establecido lo anterior, encuentra esta Corporación que aunque los comprobantes de nómina aportados con la demanda y con el escrito de contradicción, permiten establecer que la bonificación objeto de estudio fue pagada al trabajador en sumas variables (f.º 22 a 55 y 327 a 345), lo cierto es que de ninguno de los medios de convicción se deriva el valor al que ascendía dicho rubro si se causaba de manera completa, más aún cuando en los desprendibles incorporados no se indica la fracción de días pagados. A lo que se suma, que en los hechos de la demanda no se hizo referencia a tal situación, así como tampoco se mencionó en cuáles mensualidades se había presentado el pago incompleto del concepto solicitado. Circunstancias que impiden

cuantificar y establecer, si en efecto existió un pago deficitario en las bonificaciones reconocidas al convocante.

Por lo anterior se **confirmará** la sentencia apelada, pero por las razones aquí expuestas. Sin costas en la instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 20 de agosto de 2021, por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **6b1e4e2d917f7841c5c70c65c0c9e0963d261775615f994153c7c2699150b5f0**

Documento generado en 14/09/2022 02:58:11 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN. 11001 31 05 **028 2020 00494 01**
DEMANDANTE: GERARDO POVEDA GARZÓN
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS

Bogotá DC, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esa entidad, respecto de la sentencia proferida el 18 de abril de 2022, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare que la AFP Colfondos, incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa al demandante sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional; en consecuencia, se declare ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad y que se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

En consecuencia, que se condene a Colfondos a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensiónales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar

ningún descuento y a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a activar la afiliación en pensión y a recibir la totalidad de los recursos que se le trasladen.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que inició sus aportes a pensión a través del régimen de prima media con prestación definida; que suscribió el formulario de afiliación a la AFP Colfondos, el 20 de marzo de 1996, debido a que el asesor comercial de dicho fondo de pensiones le aseguró que el ISS, hoy Colpensiones, estaría pasando por problemas financieros, lo que hacía incierto el futuro de los afiliados, no le explicó de forma clara y comparada cuáles eran las diferencias entre el RPM y el RAIS, no le informó cuáles eran las ventajas y desventajas del RAIS frente a las ventajas y desventajas del RPM, no le indicó cuáles eran los requisitos para acceder a una pensión en el RAIS, de manera comparativa con el RPM; y, que elevó reclamó ante las demandadas (Pág. 1 a 12, archivo 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 14 de mayo de 2021, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (archivo 9).

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones** se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el traslado se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 toda vez que la parte actora prefirió trasladarse al régimen de ahorro individual e igualmente allí cambió de AFP lo que significa que existe una ratificación tácita que trata el art. 1754 del CC pues acepta las condiciones que hacen parte de éste régimen; que el Decreto 2255 de 2010 en su artículo 2.6.10.1.4, establece que es un deber legal como afiliado del Sistema General de Pensiones estar pendiente de su estatus pensional; y, porque la afiliada no podía trasladarse de régimen cuando le faltaran diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. En su defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia afectación por protección judicial SL373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad (Pág. 1 a 15, archivo 14).

Colfondos SA Pensiones y Cesantías presentó oposición a lo pretendido, con sustento en que, esa entidad brindó al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, de manera que se le indicaron las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Señaló que los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, estipulan como elementos que dan paso a la ineficacia de una afiliación al Sistema General de Pensiones, en primer lugar, que la suscripción de la vinculación no provenga del afiliado, lo cual para el presente caso no ocurrió, pues fue la demandante, quien de su puño y letra, suscribió en el formulario de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Colfondos S.A., así como lo expresa el formulario de vinculación.

Por lo anterior, aseguró que dicha pretensión carece de fundamento jurídico y asidero fáctico, pues en primer lugar no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a esa AFP fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento y en segundo lugar, la parte demandante suscribió el formulario de vinculación al Régimen de Ahorro Individual de manera libre y con su consentimiento expreso, como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por lo que no se puede pretender dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y que ratifica los actos propios de la demandante, trasladándose de régimen pensional y entre administradoras de pensiones con vinculación formal al RAIS hace más de 20 años. En su defensa propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, petición antes de tiempo, y ausencia de vicios del consentimiento (pág. 1 a 23, archivo 17).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado guardó silencio (archivo 12).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 18 de abril de 2022, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por Gerardo Poveda Garzón al régimen de ahorro individual con solidaridad, de fecha 1° de mayo de 1996, por intermedio de Colfondos SA Pensiones y Cesantías, y, en consecuencia, declaró válida la afiliación del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por Colpensiones.

En consecuencia, condenó a Colfondos SA Pensiones y Cesantías, a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual y a Colpensiones a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

En síntesis, la juez de primer grado consideró que conforme a la normatividad vigente para la época del traslado de régimen de la demandante y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el deber de información está radicado en cabeza de las AFP. En ese orden, estableció que al proceso no se aportaron medios de convicción tendientes a demostrar que el demandante hubiese recibido información clara, precisa y detallada por parte de Colfondos SA sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el cambio de régimen al momento de acogerlo como afiliado. Añadió, que aunque se había arrimado al plenario el formulario de afiliación en el que se indicaba que el demandante había efectuado de manera libre, espontánea y sin presiones su afiliación al RAIS, ese no resultaba ser un elemento probatorio idóneo, para demostrar el consentimiento informado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia con fundamento en que en este caso se evidenció que con el paso del tiempo la parte actora nunca realizó actos que sugirieran su no intención o inconformidad de pertenecer a la AFP Colfondos, pues allí reportó una densidad de semanas considerables, que no denotan las falencias alegadas y la falta de información,

sino que por el contrario demuestran la ratificación del actor de conformidad con el art. 898 del CCo, siendo plausible que el origen del presente proceso es meramente económico.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 13 de mayo de 2022 se admitió el recurso de apelación presentado por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, y conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

La demandante y Colpensiones presentaron las alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación, respectivamente.

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole de los que ha conocido, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata en este asunto y en los sucesivos, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** el demandante nació el 14 de octubre de 1961 (pág. 16, archivo 1).; ***ii)*** cotizó 211,14 semanas al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 4 de marzo de 1992 y el 31 de marzo de 1996 (pág. 88, archivo 1); ***iii)*** se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos SA Pensiones y Cesantías, el 20 de marzo de 1996, con fecha de efectividad de 1° de mayo de 1996 (pág. 111, archivo 1).

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones,

será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.° del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

> Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.
>
> La doctrina ha bien elaborado 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 el 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 asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.
>
> Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando

se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo 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; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña."

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

"(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

> (…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento."

En esta providencia, también se dijo:

> "(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.
>
> De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.
>
> Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, el demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos, efectivo desde el 1° de mayo de 1996, AFP en la que se encuentra actualmente afiliado, y si bien en el formulario de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

> "(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como "la afiliación se hace libre y

> voluntaria", "se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones" u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado."

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

> El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.
>
> Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento *«consentimiento»* para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el *«deber de información y buen consejo»* que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.
>
> Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

> De otro lado, ha dicho 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. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021 precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

> Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Colfondos, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó la *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 20 de marzo de 1996, con su afiliación a la AFP Colfondos.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores si los hubo, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente, tal como fue ordenado por la *a quo*.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, "(…) *pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción"*[1], por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de

[1] CSJ SL1688-2019.

devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Por lo expuesto, se **adicionará** el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada, para ordenar a la AFP Colfondos, a la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados, debidamente indexados, y a efectuar la discriminación y detalle de los valores devueltos.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral primera de la sentencia proferida el 18 de abril de 2022, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la **Colfondos SA Pensiones y Cesantías** deberá devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

CUARTO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **8075fac6fa05dcd334c9c2ff914524e7aaec5dac11e3f770aeafaab671669b4b**

Documento generado en 14/09/2022 02:58:12 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN.	11001 31 05 **032 2019 00069** 01
DEMANDANTE:	GLORIA ELENA MARTÍNEZ DUQUE y NEYGER ALEJANDRA VALENCIA MARTÍNEZ
DEMANDADO:	SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR SA y ALBERTO LÓPEZ ROA

Bogotá DC, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 25 de octubre de 2021, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretendieron las demandantes que se condene a Porvenir SA, a reconocer y pagar a su favor la pensión de sobrevivientes, causada por César Julio Bustamante Valencia, desde su fallecimiento ocurrido el 24 de octubre de 1996, de conformidad con lo previsto en el texto original de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre y los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993. De manera subsidiaria, que se condene a Alberto López Roa, en calidad de propietario del establecimiento de comercio La Ola Electrodoméstica, al pago del cálculo actuarial de los aportes en pensión causados del 18 de febrero al 1° de abril de 1996, a fin de que Porvenir SA, reconozca y pague la prestación de sobrevivientes.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestaron que César Julio Valencia Bustamante, falleció el 24 de octubre de 1996 a causa de una lesión recibida en un accidente de tránsito; que contrajo matrimonio con Gloria Elena Martínez Duque el 13 de noviembre de 1993; que de dicha unión nació Neyger Alejandra Valencia Martínez, el 23 de septiembre de 1995; que el causante prestó su servicio militar, como soldado del Ejército Nacional desde el 22 de septiembre de 1990 hasta el 14 de septiembre de 1991 y del 18 de noviembre de 1992 hasta el 1° de abril de 1993; que en la historia laboral de Porvenir SA el afiliado reporta 61 semanas cotizadas con el empleador Alberto López Roa, en calidad de propietario del establecimiento de comercio La Ola Electrodoméstica; que en respuesta a derecho de petición dicha persona natural, certificó que el *de cujus* laboró a su servicio del 18 de febrero al 24 de octubre de 1996; que el 14 de febrero de 2018, se solicitó a Porvenir SA, efectuar la corrección de la historia laboral; y que, el 9 de agosto de 2018, solicitaron el reconocimiento de la prestación de sobrevivientes la cual fue negada por el fondo de pensiones (Pág. 8 a 18, archivo 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el **28 de febrero de 2019**, ordenándose la notificación y traslado a las demandadas (Pág. 87, archivo 1), quienes dieron respuesta oportunamente.

El apoderado judicial de **Alberto López Roa** allanándose a la primera pretensión subsidiaria y oponiéndose frente a las demás con fundamento en que Porvenir SA, requirió el pago y recibió las cotizaciones del mes de junio a 24 de octubre de 1996, en virtud del proceso ejecutivo 2008-00555 conocido por el juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá DC. En su defensa, formuló las excepciones de mérito que denominó prescripción y buena fe (Pág. 98 a 131, archivo 1)

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías - Porvenir SA**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, tras señalar que el afiliado no dejó causado el derecho a una pensión de sobrevivientes, en la medida en que no acreditó 26 semanas cotizadas dentro del año inmediatamente anterior al fallecimiento de acuerdo con lo previsto en el art. 46 original de la Ley 100 de 1993, pues del 25 de octubre

de 1995 al 24 de octubre de 1996, registra 8,57 semanas. Formuló las excepciones de cobro de lo no debido e incumplimiento de los requisitos legales para acceder a la prestación económica, buena fe, compensación y prescripción (Pág. 169 a 173, archivo 1)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 25 de octubre de 2021, absolvió a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, y declaró probada la excepción de Cobro de lo no debido e incumplimiento de los requisitos legales para acceder a la prestación económica.

Como fundamento de su decisión el juez de primer grado señaló que en este asunto no se había acreditado la causación de la pensión de sobrevivientes a la luz de lo normado en el art. 46 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que en la historia laboral de Porvenir SA únicamente se reportaban 16 semanas de cotización, sin que se pudieran tener como válidas las alegadas en el escrito de demanda, pues señaló que a pesar de que obraba certificación laboral expedida por Alberto López Roa en la que se hizo constar que el afiliado trabajó a su favor desde el 18 de febrero al 24 de octubre de 1996, lo cierto es que desde febrero hasta abril de ese año se verificaba que había existido omisión de afiliación pues en las planillas de esos meses, allegadas como prueba, no se incluyó al causante, por lo que sobre esos períodos no existía obligación de cobro por parte de Porvenir SA y por su parte se verificaba que en el proceso ejecutivo que cursó ante el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá DC, se excluyó el cobro de los aportes que comprendieron de junio a octubre de 1996, debido a que el empleador registró que se había verificado novedad de retiro en junio, debido al fallecimiento del trabajador. A su vez, expuso que no era factible tener en cuenta las semanas certificadas por el Ministerio de Defensa Nacional, comoquiera que las mismas habían sido efectuadas por fuera del año anterior al fallecimiento.

Sobre las pretensiones subsidiarias, señaló que debido a que se había constatado que Alberto López Roa no afilió a pensión al causante en todo el interregno certificado y que aquel lo retiró del sistema antes de su deceso, no

era procedente el cálculo actuarial solicitado, sin perjuicio de las acciones legales que se puedan adelantar contra la persona natural llamada a juicio.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandante como fundamento de la alzada indicó que las interpretaciones normativas que realizan los jueces deben atender primordialmente a dos principios, el principio *pro homine,* en cuya virtud el intérprete debe acoger el sentido más extensivo del texto normativo, cuando se trata de la realización de derechos fundamentales, y el principio de la integralidad que presupone que la Seguridad Social brinda cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y, en general, las condiciones de vida de toda la población.

En tal sentido, expuso que de conformidad con lo dispuesto en el art. 46 original de la Ley 100 de 1993, se debía acreditar el cumplimiento de 26 semanas de cotización en el año inmediatamente anterior al fallecimiento del causante, y en este caso, se demostró que el afiliado falleció el 24 de octubre de 1996, que laboró para Alberto López Roa desde el 18 de febrero al 24 de octubre de 1996, por lo que para el momento del deceso reportaba 35,14 semanas y que el fondo de pensiones no actuó de manera negligente al no haber cobrado el pago de los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones al empleador, quien tenía el deber de cotizar y afiliar al trabajador.

Agregó que la relación laboral a la que se hizo en referencia en la demanda no fue negada por la persona natural llamada a juicio y que además se pudo constatar que la novedad de retiro reportada por la misma y aceptada por Porvenir SA, no estaba acorde con la realidad. En consecuencia, solicitó que se condene al pago de la prestación reclamada.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 25 de noviembre de 2021, se admitió el recurso de apelación que fue interpuesto por la parte demandante, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

La demandada Porvenir SA presentó las alegaciones y solicitó que fuera confirmada la decisión de primera instancia, y el apoderado de la parte actora lo hizo reiterando los argumentos expresados en la demanda y en el recurso de apelación (Carpeta 20).

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar, si es procedente la solicitud de corrección de la historia laboral del afiliado fallecido, si como consecuencia de ello, aquel dejó causada la prestación de sobrevivientes, y en caso afirmativo, si las demandantes acreditaron su condición de beneficiarias.

La norma aplicable para resolver la controversia, es la vigente para el 24 de octubre de 1996 (Página 19, archivo 1), fecha de la muerte de la causante, esto es, los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, según los cuales la pensión de sobrevivientes la deja causada el afiliado fallecido, que se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos 26 semanas al momento de la muerte o que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte. Así mismo, que son beneficiarios de esta prestación los miembros del grupo familiar, entre otros, en forma vitalicia, la cónyuge y los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte.

Conforme a lo anterior, encuentra la Sala probado que César Julio Valencia Bustamante falleció el 24 de octubre de 1996 (Página 19, archivo 1); y, que reporta las siguientes semanas válidas para pensión: *i).* el equivalente a 95,29 semanas en el tiempo de servicio como soldado del Ejército Nacional del 22 de marzo de 1990 al 14 de septiembre de 1991 y del 18 de noviembre de 1992 al 1º de abril de 1993 (Página 28, archivo 1), ***ii).*** 76,57 de cotizaciones y aportes al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones y a la AFP Colfondos del 5 de julio de 1994 al 31 de diciembre de 1995 (Página 35 a 36, archivo 1); y, ***iv).*** 8,57 del 1º de mayo al 30 de junio de 1996 (Página 18, archivo "*PRUEBAS*", Carpeta 4).

Situaciones, de las que se colige en principio que el afiliado no dejó causada la prestación, al ubicarse en el segundo supuesto de la norma, por no encontrarse cotizando al momento del deceso y registrar solo 8,57 semanas en el año anterior a su ocurrencia; no obstante, encuentra la Sala que la parte demandante solicita la corrección de la historia laboral con fundamento en la certificación laboral expedida el 8 de septiembre de 2017, por el codemandado Alberto López Roa quien hizo constar en calidad de empleador, que Cesar Julio Bustamante Valencia laboró en el establecimiento de comercio la Ola Electrodoméstica del 18 de febrero al 24 de octubre de 1996 (Página 55, archivo 1).

Para resolver, es preciso anotar el criterio sentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en torno a las consecuencias jurídicas de la mora en el pago de aportes y falta de afiliación de los trabajadores dependientes, cuando se ha materializado el siniestro que conlleva al pago de la prestación.

En tal sentido, sobre el primer supuesto se tiene que en sentencia CSJ SL5665-2021, reiterada en la decisión CSJ SL2163-2022, la referida Corporación, recordó:

> *"(….) no es dable trasladar al trabajador las consecuencias del no pago del aporte por parte de su empleador, así como que la administradora tiene el deber de adelantar las acciones de cobro correspondientes a efectos de persuadir al aportante incumplido de honrar su obligación. Sin embargo, en aquellos eventos en que la administradora no demuestre haber adelantado, o no adelante en debida forma u oportunamente las acciones de cobro frente a los aportes tardíos, será la directa obligada al reconocimiento de la prestación por su inacción.*
>
> *(…) y concretamente frente a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 53 del Decreto 1406 de 1999, en el que la recurrente funda su acusación, de acuerdo con el cual el pago de los aportes en mora solo podrá realizarse, «siempre y cuando no hubiere tenido lugar el siniestro que daría lugar al pago de prestaciones de invalidez y sobrevivencia», debe advertirse que esta disposición en nada se opone al adelantamiento de las acciones de cobro por parte de la administradora, cuyo incumplimiento fue el que condujo en el caso concreto a la imposición de la condena; se itera, es el incumplimiento en la gestión del administrador la fuente de la responsabilidad en el caso objeto de estudio"*

Sobre ello, se tiene igualmente que el artículo 13 del Decreto 2633 de 1994, en desarrollo del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, previó que las entidades administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad deben adelantar la correspondiente acción de cobro ante la jurisdicción ordinaria, sobre los empleadores morosos en la consignación oportuna de los

aportes, así como la estimación de sus cuantías e interés moratorio, con sujeción a lo previsto en el artículo 23 de la misma norma, y que vencidos los plazos señalados para efectuar las consignaciones respectivas por parte de los empleadores, la entidad administradora, mediante comunicación dirigida al empleador moroso lo requerirá, y si de los quince (15) días siguientes a dicho requerimiento el empleador no se ha pronunciado, se procederá a elaborar la liquidación, la cual prestará mérito ejecutivo de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

De otro lado, en torno a la omisión de afiliación se ha explicado por el Tribunal de cierre de esta jurisdicción, que no se puede atribuir incumplimiento alguno a la administradora de pensiones en su obligación de desplegar las gestiones de cobro y que la convalidación de los tiempos dejados de cotizar en ese evento, mediante título pensional o cálculo actuarial, aplica exclusivamente para las pensiones de jubilación y vejez, pero no para las pensiones de invalidez o sobrevivientes, en la medida en que las mismas "*tienen origen en una fecha cierta de causación atada a la realización efectiva del riesgo que cubren y están fundamentadas sobre otras concepciones de solidaridad, financiación y aseguramiento, diferentes de la acumulación de una cantidad suficiente de capital o de aportes, durante largos años, propias estas del riegos de vejez*" (CSJ SL4698-2020)..

No obstante, se ha dicho igualmente que *"(…) tal omisión no genera para el trabajador la pérdida del derecho a la prestación, pero sí apareja, a cargo del empleador el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez o de sobrevivientes o sustitución, por riesgo común, que se llegase a causar, tal como lo dispone el artículo 8.º del Decreto 1642 de 1995 mediante el cual se reglamentó la afiliación de los trabajadores al sistema general de pensiones compilado en el artículo 2.2.4.1.2 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016"* (CSJ SL4698-2020).

Al descender al análisis de las pruebas recaudadas, evidencia la Sala respecto del tiempo laborado por el causante a favor de Alberto López Roa, que este último omitió efectuar la afiliación al sistema general de seguridad social en pensiones en el interregno que comprendió del 18 de febrero al 30 de abril de 1996, pues ello se infiere de los formularios de autoliquidación mensual de aportes al sistema general de pensiones que fueron presentados por dicho

empleador a la AFP Porvenir SA, correspondientes a los ciclos en mención, en los que no se incluyó dentro de los trabajadores cotizantes a Cesar Julio Bustamante Valencia (Pág. 58 a 60, archivo 1), sin que obre en el plenario ningún medio de convicción que permita llegar a una conclusión distinta. De manera que sobre los tiempos en mención, como se explicó en líneas precedentes, no es factible endilgar a la AFP llamada a juicio la omisión de realizar acciones de cobro de los aportes.

Ahora bien, en lo que toca al pago de los aportes que no se registran en la historia laboral y que abarcan del 1º de julio al 24 de octubre de 1996 (fecha del fallecimiento del afiliado), es plausible que el codemandado Alberto López Roa, el día 15 de mayo de 1996, radicó solicitud de vinculación a pensiones del trabajador (Pág. 80, archivo 1); que en noviembre de 2001, Porvenir SA efectuó requerimiento al empleador en mención, por la mora verificada del 1º de julio al 24 de octubre de 1996 (archivo 16, carp. Contestación Alberto López); que en oficio radicado ante el fondo de pensiones llamado a juicio el 14 de febrero de 2002, por parte de Alberto López Roa, aquel puso de presente lo siguiente "*C.C. 94.281.056 CESAR JULIO VALENCIA BUSTAMANTE período 1996-06 cancelado planilla 0435567 de Junio 19 de 1997 anexo planilla, PERÍODOS 1996-07 a 1996-10 se deben: NOVEDAD RETIRO OCTUBRE 24 DE 1996)*" (archivo 20 A 28, carp. Contestación Alberto López); que en formato de reporte de novedades radicado el 17 de octubre de 2008, por Alberto López Roa ante la AFP Porvenir aquel registró que frente al causante se encontraba pendiente por efectuar novedad de retiro desde el 30 de junio de 1996, la cual se sustentaba en la muerte del trabajador (archivo 15), novedad que fue tenida como válida por la entidad de seguridad social (Pág. 8, archivo 14); y, que Porvenir SA inició demanda ejecutiva contra Alberto López Roa, la cual fue conocida por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de esta ciudad, en la que no se pretendió el cobro de aportes pendientes del cotizante Cesar Julio Bustamante Valencia (Archivo 5).

En ese orden, estima la Sala que con las probanzas relacionadas no se puede considerar que la gestión de cobro que estaba a cargo del fondo de pensiones convocado se adelantó en debida forma, como para negar la inclusión de las semanas de aportes que se echan de menos en la historia laboral del afiliado con fundamento en que únicamente existió incumplimiento

del empleador al reportar al sistema una novedad que no encontraba respaldo en la realidad, como se determinó en la sentencia recurrida.

Lo anterior, porque se advierte que la AFP Porvenir, a pesar de haber recibido en el año 2002, una primera comunicación por parte de Alberto López Roa en la que aquel admitía la deuda imputada respecto de los aportes dejados de cancelar del 1º de julio al 24 de octubre de 1996, así como que en esa última fecha tuvo lugar el retiro del trabajador, no adelantó la acción de cobro prevista en el art. 13 del Decreto 2633 de 1994; y, posteriormente aceptó la novedad de retiro retroactiva, que fue registrada 12 años después, en la que se relacionó por el mismo empleador que ello había tenido lugar el 30 de junio de 1996, por el deceso del cotizante, aun cuando existían inconsistencias en las situaciones que habían sido declaradas por el patrono con anterioridad, y sin exigir tan siquiera, bajo ese panorama, documental que acreditara su nueva y alterada afirmación.

Sobre el particular se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL3691-2021, en la que concluyó:

> *"La jurisprudencia ha adoctrinado que las administradoras de pensiones tienen el deber de custodiar y conservar la información contenida en las historia laborales (CSJ SL5170-2019). Ello involucra organizar los datos que allí se consignan, la identificación e individualización de la persona trabajadora, entre otros que permiten conocer la actividad que originan los aportes y en el caso del RAIS la determinación del capital ahorrado y si al respecto hay inconsistencias que deban resolverse, tales como períodos en mora, pagos extemporáneos de aportes y su efectiva validación, traslados de cotizaciones, pagos de aportes de personas no vinculadas, irregularidades en el reporte de novedades, trámites pendientes para emisión o redención de bonos pensionales, etc.*
>
> *Sin duda alguna, el éxito de esa gestión permite que los empleadores o entidades competentes cumplan con sus obligaciones pensionales y evita tardanzas injustificadas en el reconocimiento de las prestaciones del sistema. Asimismo, es preponderante para garantizar que la historia laboral de los afiliados carezca de inconsistencias, pues identifica las irregularidades puntuales que, con la debida diligencia, pueden ser solucionadas de forma eficiente y efectiva.*
>
> *(…) En ese sentido, el efecto del incumplimiento de los deberes de gestión, guarda, conservación y verificación del contenido de la historia laboral debe ser asumido por la entidad administradora, pues esta cuenta con los recursos e infraestructura necesaria y suficiente para identificar con anticipación las inconsistencias que se presenten.*

De esta manera, como la entidad de seguridad social demandada no acreditó en el proceso que hubiera efectuado debidamente la gestión a su cargo respecto de los aportes referidos en los términos de la jurisprudencia

aducida, no podrían trasladarse al afiliado ni a sus beneficiarias las consecuencias adversas del incumplimiento de su empleador, pues con la certificación expedida por Alberto López Roa y la comunicación dirigida a Porvenir SA, se demuestra que el causante cumplió en su momento con la obligación como trabajador dependiente que dio lugar a la contribución que dejó de cobrarse por omisión de la entidad de seguridad social.

Por lo que se ordenará a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, incluir en la historia laboral de Cesar Julio Bustamante Valencia y tener como válidamente efectuados los aportes a pensión que comprendieron del 1º de julio al 24 de octubre de 1996 (Fecha del deceso del afiliado); situación, que a su vez, conduce a tener por demostrada la causación del derecho pensional que se reclama, bajo los postulados del numeral 2º del art. 46 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, en la medida en que, teniendo en cuenta ese periodo, el causante acumuló un total de 34 semanas cotizadas al sistema pensional en el año inmediatamente anterior a su muerte, pero además, es plausible advertir que se encontraba cotizando para el momento de la muerte, o cuando menos desplegando la actividad por la que la contribución se causa, con evidente omisión de la entidad de seguridad social ante la mora del empleador, para proceder a realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de los aportes que estaban en mora en vigencia de la afiliación, lo que conlleva a tenerlos como efectuados; y, claro está, registraba más de 26 semanas en toda su vida laboral.

En cuanto a la condición de beneficiaria de Gloria Elena Martínez Duque de la prestación de sobrevivientes, se advierte que tal situación se encuentra probada con: *i).* El registro civil del matrimonio celebrado con Cesar Julio Bustamante Valencia el 13 de noviembre de 1993, que da cuenta que para la época del deceso llevaban casados un poco más de 2 años y 11 meses (Pág. 17, archivo 1); *ii).* El registro civil de nacimiento de la hija que procreó la pareja de nombre Neyger Alejandra Valencia Martínez, quien nació el 23 de septiembre de 1995 (Pág. 23, archivo 1); *iii).* El formulario de afiliación a Porvenir SA del 15 de mayo de 1996, en el que el causante registró como beneficiarias a su cónyuge y a su hija (Pág. 80, archivo 1); y, *iv).* Con la versión rendida por la testigo Luz Marina Duque, quien dijo ser prima de Gloria Elena Martínez Duque, y refirió que le constaba que la pareja había convivido hasta

la fecha del fallecimiento de Cesar Julio Bustamante Valencia, debido a que para esa época vivían como a seis cuadras de su lugar de domicilio, en el barrio Patio Bonito de esta ciudad, por lo que los veía con frecuencia y que también sabía que ambos trabajaban en una empresa de electrodomésticos por la misma zona.

En lo que respecta, a Neyger Alejandra Valencia Martínez se advierte que, la misma alcanzó los 18 años de edad el 23 de septiembre de 2013 (Pág. 23, archivo 1), y se tiene, que pretende acreditar que se encontraba imposibilitada para trabajar, en razón de sus estudios, con el título de bachiller académico emitido el 7 de diciembre de 2012, por la Institución Educativa Departamental de Funza – Cundinamarca y con el diploma y el acta de grado de técnico en Asesoría Comercial y Operaciones de Entidades Financieras expedido el 19 de agosto de 2015, por el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA (Pág. 78 a 79, archivo 1).

Adicionalmente, obra en el plenario certificaciones laborales expedidas por Megalinea SA el 3 de mayo de 2017 y por el Gerente de Relaciones Laborales Multienlace el 1º de noviembre de 2017, en las que, en su orden, se hizo constar que la hija del causante trabajó para esas sociedades del 4 de mayo de 2015 al 3 de mayo de 2017 como asesora comercial y del 23 de agosto al 19 de octubre de 2017, con una asignación laboral de $737.717 (Pág. 30 a 31, archivo PRUEBAS, carpeta 4).

En tal sentido, se advierte que los diplomas y el acta de grado allegados no permiten establecer que la actora tuvo la condición de estudiante desde el 23 de septiembre de 2013, pues se tiene que de acuerdo con lo previsto en el art. 2º de la Ley 1574 de 2012, para efectos del reconocimiento de la pensión de sobreviviente en los hijos del causante que tengan la calidad de estudiantes, deben aportar certificación expedida por el establecimiento de educación formal de preescolar, básica, media o superior, autorizado por el Ministerio de Educación Nacional para el caso de las instituciones de educación superior y por las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas para el caso de los establecimientos de educación preescolar, básica y media, donde se cursen los respectivos estudios, en la cual conste que el estudiante cumplió con la dedicación a las actividades

académicas curriculares con una intensidad académica no inferior a veinte (20) horas semanales.

Por lo que, a partir del 23 de septiembre de 2013, no se encuentra demostrada su condición de beneficiaria de la prestación de sobrevivientes reclamada, más aún cuando se demuestra que a partir del 4 de mayo de 2015, se encontraba vinculada laboralmente con las empresas referidas en precedencia. Debido a lo anterior, desde la primera fecha se acrecienta al 100% la porción que corresponde a Gloria Elena Martínez Duque, de conformidad con lo previsto en el parágrafo 1º del artículo 8 del Decreto 1889 de 1994.

En punto de la **prescripción** de las mesadas causadas a favor de Neyger Alejandra Valencia Martínez, es menester precisar que si bien el estatuto procesal del trabajo y de la seguridad social, prevé en su art. 151, que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, y a su vez, estatuye que dicho fenómeno se interrumpe por un lapso igual con el simple reclamo, no se puede perder de vista que, los artículos 2530 y 2541 del CC, establecen que la prescripción que extingue las obligaciones se suspende en favor de los incapaces y, en general, de quienes se encuentran bajo tutela o curaduría. Según el art. 1504 del CC, son incapaces los impúberes y los menores adultos que no han obtenido la habilitación de edad, es decir, quienes no han arribado a los 18 años, tal como lo consagran el art. 34 del CC y el art. 1° de la Ley 27 de 1977.

Precisa la Sala que de la normatividad citada, emerge que para su aplicación no es un imperativo que los menores de edad adolezcan de representación legal de sus padres, toda vez que, donde el legislador no distingue, no le corresponde hacerlo al intérprete, por lo que puede decirse, que la suspensión de la prescripción opera, aun en esos casos, hasta el momento en que se alcance la mayoría de edad o hasta que se inicien las acciones respectivas por quienes están facultados para actuar en nombre del menor. Consideración que se acompasa con el reiterada y pacífica postura que ha dejado sentada la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras sentencias, en la CSJ SL12890, 18 oct. 2000, CSJ SL 19796, 22 jul. 2003,

CSJ SL24369, 7 abr. 2005, CSJ SL24369, 25 may. 2005, CSJ SL34641, 31 mar. 2009, CSJ SL2489-2014 y CSJ SL15566-2017.

De ese modo, se tiene que debido a que Neyger Alejandra Valencia Martínez, arribó a la mayoría de edad el 23 de septiembre de 2013, desde ese momento, contaba con tres años para elevar reclamo escrito al fondo de pensiones o para iniciar la acción ordinaria laboral, sin embargo, lo primero solo ocurrió el 9 de agosto de 2018, tal como se desprende del hecho 13 de la demanda aceptado por Porvenir SA en el escrito de contradicción; y, por su parte se advierte que la demanda se presentó el 22 de enero de 2019 (Pág. 88, archivo 1), por lo que transcurrió el término trienal de prescripción analizado, y en tal sentido, se absolverá a la AFP de las pretensiones incoadas en su contra por Neyger Alejandra Valencia Martínez.

En cuanto a la prestación dispuesta a favor Gloria Elena Martínez Duque, se tiene que operó dicho fenómeno respecto de las mesadas exigibles con anterioridad 9 de agosto de 2015, en atención a que el reclamo ante el fondo de pensiones llamado a juicio se presentó en la fecha antes anotada, en consecuencia, se dispondrá el retroactivo de la prestación a partir del 1º de agosto de esa anualidad, por cuanto se hizo exigible con posterioridad a la citada fecha, esto es, el 1º de septiembre de 2015, atendiendo a que la mesada pensional se paga mes vencido.

En lo que respecta a la cuantía de la pensión de sobrevivientes, se advierte que con los reportes de aportes y la historia válida para bonos pensionales, no se puede establecer con certeza los ingresos base de cotización sobre los que se efectuaron las cotizaciones a pensión ni el número total de semanas registradas por el afiliado, por lo que se condenará a Porvenir SA, a calcular la prestación conforme a las reglas del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, que se calcula con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si fuere inferior.

A su vez, el monto mensual o la tasa de reemplazo, deberá ser calculado teniendo en cuenta lo previsto en el art. 48 *ibidem*, es decir, que será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas

(500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación, sin que pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.

Por otro lado, como el derecho pensional se causó el 24 de octubre de 1996, la prestación debe pagarse en 14 mesadas al año, en los términos del inciso 8º y el parágrafo Transitorio 6º, del Acto Legislativo 01 de 2005.

Intereses Moratorios.- Los intereses moratorios contemplados en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, son procedentes cuando existe mora o retardo en el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales, pero no se causan de manera automática, sino después del vencimiento del plazo con que cuentan las entidades de seguridad social para resolver la solicitud de reconocimiento, en este específico caso, de 2 meses, según el artículo 1º de la Ley 717 de 2001 por tratarse de una pensión de sobrevivientes.

En este caso, se verifica que la demandante solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 9 de agosto de 2018, momento en que cumplía los requisitos necesarios para adquirir su derecho pensional, pedimento que no fue resuelto en tiempo oportuno, razón por la cual se consideran procedentes los intereses moratorios pretendidos, los que se liquidarán respecto a cada una de las mesadas pensionales aquí ordenadas, a partir de su exigibilidad, esto es, en el caso de las causadas del 1º de agosto de 2015 al 30 de septiembre de 2018, desde el 9 de octubre de 2018 y de las siguientes a partir del primer día del mes siguiente a su causación y hasta que se verifique su pago, a la tasa máxima de interés moratorio vigente para la fecha en la que se verifique el respectivo pago.

Descuentos en salud.- Finalmente, se autoriza a la entidad demandada a descontar lo correspondiente al aporte a salud en razón a que los pensionados son afiliados obligatorios al sistema de seguridad social en salud en virtud de los artículos 143 inc. 2°, 157 y 204 de la Ley 100 de 1993.

Responsabilidad del empleador.- Está probado que Alberto López Roa, en su condición de empleador, omitió la afiliación del trabajador Cesar Julio Bustamante Valencia del 18 de febrero al 30 de abril de 1996 y que no efectuó

el pago de los aportes a pensión, habiendo registrado previa afiliación, en el período comprendido del 1° de julio al 24 de octubre de 1996.

En tal sentido, sobre el primer interregno, es preciso anotar que pese a que el derecho pensional aquí ordenado se causó sin la inclusión de dichos ciclos, en virtud de la aplicación del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional y a fin de garantizar la inclusión en la cuenta de ahorro individual del causante de todos los recursos que garanticen la financiación de la pensión, se condenará al Alberto López Roa a cancelar el cálculo actuarial con destino a la AFP Porvenir SA, desde el 18 de febrero al 30 de abril de 1996, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2° del parágrafo 1° del art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9° de la Ley 797 de 2003, en concordancia con lo establecido en el Decreto 1887 de 1994; para lo cual, deberán tenerse en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente, al no existir prueba de una remuneración superior.

Igualmente, se precisa que el demandado deberá presentar la respectiva solicitud al Fondo de Pensiones, una vez ejecutoriada la presente decisión y cancelar la suma establecida por dicho Ente dentro del plazo máximo determinado por el mismo.

A su vez, en cuanto a los aportes en mora que comprendieron los ciclos del 1° de julio al 24 de octubre de 1996, se condenará a Alberto López Roa a efectuar el pago de los mismos, teniendo en cuenta para el efecto como ingreso base de cotización el mínimo legal mensual vigente, comoquiera que no se prueba que el trabajador hubiera devengado una suma superior en esos meses.

Sin costas en la instancia, ante su no causación. Las de primera instancia a cargo de los demandados y a favor de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 25 de octubre de 2021, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá DC, para en su lugar, **CONDENAR** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA a reconocer a la demandante Gloria Elena Martínez Duque, la pensión de sobrevivientes, en catorce mesadas al año, causada a partir del 24 de octubre de 1996, la cual deberá ser calculada conforme a lo establecido en los artículos 21 y 48 de la Ley 100 de 1993, conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas y exigibles con anterioridad al 9 de agosto de 2015.

TERCERO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA a pagar a la demandante Gloria Elena Martínez Duque el retroactivo de las mesadas causadas desde el 1º de agosto de 2015 y hasta que se produzca la inclusión en nómina, aplicando para el efecto los respectivos reajustes anuales.

CUARTO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA a pagar a la demandante Gloria Elena Martínez Duque, los intereses moratorios previsto en el art. 141 de la Ley 100 de 1993 sobre las mesadas causadas del 1º de agosto de 2015 al 30 de septiembre de 2018, desde el 9 de octubre de 2018 y de las siguientes a partir del primer día del mes siguiente a su causación y hasta que se verifique su pago, a la tasa máxima de interés moratorio vigente para la fecha en la que se verifique el respectivo pago.

QUINTO: AUTORIZAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA, a realizar los descuentos por concepto de cotización al Sistema General de Salud y girarlo a la EPS de preferencia del demandante, conforme a lo explicado en la parte motiva de esta decisión.

SEXTO: ABSOLVER a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA de todas las pretensiones incoadas en su contra por Neyger Alejandra Valencia Martínez, de acuerdo con lo considerado.

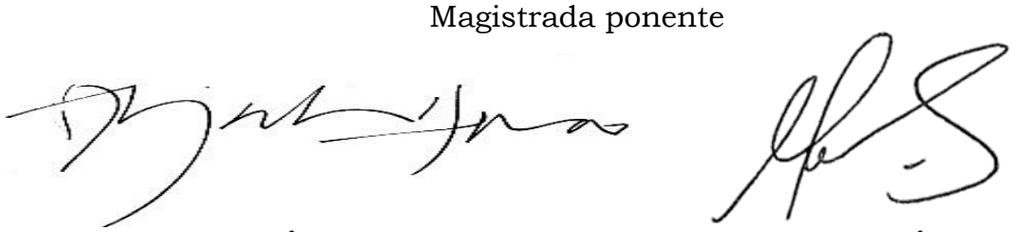
SÉPTIMO: CONDENAR a Alberto López Roa a efectuar el traslado del cálculo actuarial de los aportes pensionales de Cesar Julio Bustamante Valencia, por el período comprendido del 18 de febrero al 30 de abril de 1996, con destino y a entera satisfacción de la la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA; y, a pagar al ente de seguridad social, los aportes en mora del trabajador en mención causados del 1° de julio al 24 de octubre de 1996, teniendo como ingreso base de cotización el salario mínimo legal mensual vigente para esa anualidad, conforme a lo explicado en la parte motiva de esta decisión.

SÉPTIMO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera a cargo de los demandados y a favor de la parte demandante.

OCTAVO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Hipervínculo de acceso al expediente digital:
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/r/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Documents/ANAQUEL/REPARTO%20GENERAL/Juzg.%2032%20Lab.%20Cto%20Bt%C3%A1/032%202019%2000062%2001?csf=1&web=1&e=9UtPYW

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **f9247471256acec1024f3930b4dc953a3b960573767c85b5a3051946309b03d8**

Documento generado en 14/09/2022 02:58:12 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN.	11001 31 05 **035 2021 00322** 01
DEMANDANTE:	CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ DÍAZ
DEMANDADAS:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS SA

Bogotá DC, treinta y uno (31) de agosto dedos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 21 de febrero de 2022, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I.ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la ineficacia y nulidad del traslado efectuado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Colfondos en el mes de abril de 1999; en consecuencia, se condene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones los aportes efectuados en el RAIS, así como los rendimientos y demás sumas causadas a su favor, y a Colpensiones a afiliarla en el régimen que administra y contabilizar para efectos de la pensión dichos rubros.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 26 de febrero de 1968; que en octubre de 1993 se afilió a la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal y en el mes de abril de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad por medio de Colfondos SA; que al momento del traslado no fue asesorada de manera completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las diferencias que existían entre los regímenes pensionales, las prestaciones económicas previstas, los beneficios y desventajas de cada uno; que en septiembre de 2003, se afilió a Porvenir SA y acredita un total de 863 semanas cotizadas; y, que elevó reclamo ante las demandadas (archivo 1).

II.TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 1° de septiembre de 2021, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (archivo 5), quienes dieron respuesta en término oportuno.

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones** se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de las AFP o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo, porque no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario se observa que las documentales que soportan las afiliaciones se encuentra sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Agregó que en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU062-2010, por lo que no procede el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e). del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. En su defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (archivo 13).

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA** presentó oposición a lo pretendido, con sustento en que el traslado de régimen, efectuado por la demandante a través de Colfondos es completamente válido, además de que en la actualidad la actora se encuentra en la prohibición de traslado. Así mismo, expuso que la activa pretende imponer una carga adicional que no estaba a cargo de las AFP, ya que sólo fue hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, que las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general, pues de hecho la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nace sólo a partir del inciso cuarto del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, que modificó a su vez el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010. Adujo que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia o nulidad de la afiliación, razón por la cual se encuentra válidamente afiliada al RAIS y no es dable declarar que se encuentra afiliada en el RPM. En su defensa propuso como excepciones las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (pág. 2 a 22, archivo 23).

Colfondos SA Pensiones y Cesantías presentó oposición a lo pretendido, con sustento en que, esa entidad brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, de manera que se le indicaron las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Señaló que los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, estipulan como elementos que dan paso a la ineficacia de una afiliación al Sistema General de Pensiones, en primer lugar, que la suscripción de la vinculación no provenga del afiliado, lo cual para el presente caso no ocurrió, pues fue la demandante, quien de su puño y letra, suscribió en el formulario de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Colfondos S.A., así como lo expresa el formulario de vinculación. Por lo anterior, aseguró que dicha pretensión carece de fundamento jurídico y asidero fáctico, pues en primer lugar no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a esa AFP fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento y en segundo lugar, la parte demandante suscribió el formulario de vinculación al Régimen de Ahorro

Individual de manera libre y con su consentimiento expreso, como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por lo que no se puede pretender dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y que ratifica los actos propios de la demandante, trasladándose de régimen pensional y entre administradoras de pensiones con vinculación formal al RAIS hace más de 20 años. En su defensa propuso como excepciones las de 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 del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago (pág. 1 a 14, archivo 18).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (archivo 21).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 21 de febrero de 2022, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Lo anterior, tras considerar que no era posible aplicar el precedente sentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos similares, al no darse los presupuestos señalados en el mismo, porque la demandante en el interrogatorio de parte admitió que el traslado de régimen pensional a Colfondos SA, se llevó a cabo sin la intervención de un asesor comercial, ya que dijo que se surtió a través de la oficina de recursos humanos del Departamento Nacional de Planeación, entidad con la que iba a celebrar un contrato en el año 1999, de manera que no podía colegirse que el fondo de pensiones hubiera inducido en error a la convocante, máxime cuando aquella no solicitó información con posterioridad a la suscripción del formulario.

IV.RECURSOS DE APELACIÓN

La **parte demandante** expresó su inconformidad indicando que contrario a lo concluido por el *a quo*, de acuerdo con lo previsto en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, era deber de la AFP Colfondos garantizar el suministro de la información a la convocante sobre las características de cada uno de los regímenes, cuáles

eran los requisitos para pensionarse en cada una de ellos, a cuáles beneficios o prestaciones podían acceder los beneficiarios en caso de muerte y la afiliada en caso de invalidez, cuáles eran los requisitos para poder acceder a una pensión de vejez, que ocurría en caso de que no se cumpliera con estos requisitos y cómo se iba a realizar la liquidación de las prestaciones económicas.

De ahí que al no haberse probado tal situación por el fondo de pensiones, resultaba procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, pues no es viable trasladar los perjuicios ocasionados con dicho acto al empleador.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 23 de mayo de 2022 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la demandante; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (archivo 39)

La parte demandante, Colpensiones y Porvenir SA presentaron alegaciones reiterando la primera los argumentos expuestos en el recurso y las dos últimas solicitando que se mantenga la absolución dispuesta en la primera instancia (Carpeta 40).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole de los que ha conocido, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando si lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las

afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acatará en este asunto y en los sucesivos, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en el artículo 66A del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora privada demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 26 de febrero de 1968 (Pág. 4, archivo 3); ***ii)*** que reporta semanas cotizadas en entidades públicas del 19 de mayo de 1995 al 12 de enero de 1997 (Pág, 26 a 29 y 33, archivo 23); ***iii)***; que el 26 de abril de 1999 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Colfondos (Pág. 16 y 17, archivo 18); ***iv).*** que el 23 de enero de 2004, se afilió a la AFP Porvenir, con fecha de efectividad desde el 1° de marzo de 2004 (Pág. 55, archivo 23), administradora en la que actualmente se encuentra afiliada.

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y

causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.° del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera *'preimpresa'* en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

> Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.
>
> La doctrina ha bien elaborado 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 el 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 asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo 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; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña."

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

"(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió

> voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.
>
> (…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento."

En esta providencia, también se dijo:

> "(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.
>
> De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.
>
> Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos SA, el 26 de abril de 1999, posteriormente se trasladó a Porvenir SA, AFP a la que se encuentra actualmente afiliada, y si bien en el formulario de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

> "(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como "la afiliación se hace libre y voluntaria", "se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones" u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado."

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

> El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.
>
> Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento *«consentimiento»* para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el *«deber de información y buen consejo»* que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.
>
> Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

> De otro lado, ha dicho 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. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021, precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los

afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

> Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de Colfondos SA Pensiones y Cesantías, que hubiese suministrado la información completa, oportuna, veraz y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, y en ese sentido, se **revocará** la decisión apelada, para en su lugar, declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 26 de abril de 1999, con su afiliación a Colfondos SA Pensiones y Cesantías.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, si los hubo, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

En Consecuencia, se **condenará** a la AFP Colfondos y a la AFP Porvenir, a efectuar la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados, debidamente indexados, y a Colpensiones, a recibirlos y reactivar la afiliación de la demandante sin solución de continuidad en el régimen de prima media con

prestación definida, actualizando la respectiva historia laboral con la totalidad de aportes efectuados al Sistema Pensional.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, "(…) *pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción"*[1], y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Sin costas en la alzada. Las de primera instancia a cargo de Colfondos SA Pensiones y Cesantías exclusivamente, en la medida en que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, no tuvieron ninguna injerencia en el acto de traslado de régimen pensional, así como tampoco les era dable resolver sobre la situación de ineficacia que aquí se discutió.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 21 de febrero de 2022, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá DC, para en su lugar, **DECLARAR** la INEFICACIA DEL TRASLADO de régimen pensional realizado el 26 de abril de 1999 por Claudia Patricia Hernández Díaz, identificada con la CC n.° 39.544.007, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de su vinculación a Colfondos SA Pensiones y Cesantías, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

[1] CSJ SL1688-2019.

SEGUNDO: CONDENAR a Colfondos SA Pensiones y Cesantías y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión de las vinculaciones de la demandante, que se encuentre en su poder, los rendimientos financieros de tales aportes, los bonos pensionales; y, los valores descontados por concepto de primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; todo lo anterior, discriminado con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingreso Base de Cotización, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución, conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a recibir las sumas objeto de traslado con el correspondiente detalle ordenado, y a reactivar la afiliación de la demandante sin solución de continuidad en el régimen de prima media con prestación definida, actualizando la respectiva historia laboral con la totalidad de aportes efectuados al Sistema Pensional, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas, acorde con lo expuesto en la motivación anterior.

QUINTO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera instancia a cargo de Colfondos SA Pensiones y Cesantías.

SEXTO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EvBTyxldwKZBr_4LiaYVFHwB_1Kn1-QgztapB2kUOHN4Yw?e=jHSDNP

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d727a4c0dc19318ce725748e0505096aae88d6a031555bda61a34294c175c588**
Documento generado en 14/09/2022 02:58:13 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN.	11001 31 05 **038 2016 00858** 03
DEMANDANTE:	LEIDY CAROLINA ZÁRATE MERCHÁN, JOHANA JARAMILLO PALACIO y SEBASTIÁN MESA CARDEÑO
DEMANDADOS:	OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA y FONDO NACIONAL DEL AHORRO
LLAMADAS EN GARANTÍA:	LIBERTY SEGUROS SA y COMPAÑÍA ASEGURADORA FIANZA SA

Bogotá DC, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y por la Compañía Aseguradora de Fianzas SA – Confianza contra la sentencia proferida el 11 de octubre de 2021, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretenden los demandantes, que se declare que con Optimizar Servicios Temporales SA existió una relación en los extremos indicados en el escrito inicial. En consecuencia, que se condene al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones dejadas de pagar en la liquidación, junto con la indemnización moratoria prevista en el art. 65 del CST y la indexación de las sumas reclamadas. A su vez, que se declare que el Fondo Nacional del Ahorro es solidariamente responsable del pago de tales acreencias. De manera subsidiaria, que se declare que el verdadero empleador

fue el Fondo Nacional del Ahorro, y que Optimizar Servicios Temporales SA fungió como simple intermediaria.

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, los demandantes manifestaron que el Fondo Nacional del Ahorro y Optimizar Servicios Temporales S.A. suscribieron los contratos de prestación de servicios n.º 275 de 2014 y 147 de 2015; que en cumplimiento de los referidos contratos, se vincularon con Optimizar Servicios Temporales SA a través de un contrato de "*obra o labor contratada*" y que las funciones desempeñadas correspondían al giro ordinario de los negocios del Fondo Nacional del Ahorro, las cuales no eran de carácter temporal y hacían parte de la planta de personal de la empresa usuaria.

Agregaron que cumplían sus labores en las instalaciones del Fondo Nacional del Ahorro – Sede Principal, y que Optimizar Servicios Temporales SA se sometió a un proceso de reorganización empresarial ante la Superintendencia de Sociedades, donde reconoció dentro de sus pasivos los valores correspondientes a las liquidaciones de los promotores del proceso. Por último, dijeron que en el informe de interventoría de los contratos 147 de 2015 y 275 de 2014, se concluyó que Optimizar Servicios Temporales SA se encuentra en inminente riesgo de incumplimiento de sus obligaciones contractuales y que el Fondo Nacional del Ahorro debe declarar el incumplimiento contractual (Pág. 2 a 83, archivo 1, Carpeta 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda, se admitió el 9 de noviembre de 2017, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (Pág. 152, archivo 1, Carpeta 1).

Optimizar Servicios Temporales SA aceptó los hechos relacionados con la celebración de los contratos de prestación de servicios con el Fondo Nacional del Ahorro, la existencia de los contratos de trabajo con los demandantes y que la liquidación final de los actores quedó incluida dentro del proceso de reorganización empresarial. A su vez, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, con fundamento en que las acreencias debidas a los trabajadores no se han cancelado porque están sujetas a las reglas del concurso, por expresa disposición de la Ley 1116 de 2006, por lo que serán

pagadas dentro del proceso de liquidación judicial, en la debida etapa procesal, en el orden de prelación legal y hasta la concurrencia de los activos. También argumentó que resulta improcedente el pago de la indemnización prevista en el art. 65 del CST, ya que la mora no es atribuible al empleador, sino a la existencia de un proceso concursal, reglado, preferencial y preferente. Propuso como excepciones de mérito las que denominó existencia de procedimiento concursal en curso para el pago de las prestaciones sociales pretendidas por la demandante y existencia de afectación de póliza para pago de prestaciones sociales objeto de la demanda (Pág. 276 a 291, archivo 1, Carpeta 1).

El **Fondo Nacional del Ahorro** dio respuesta admitiendo los hechos relacionados con la celebración de los contratos de prestación de servicios con Optimizar Servicios Temporales SA. Se opuso a todas las pretensiones de la demanda, con fundamento en que esa entidad ha cumplido con sus obligaciones contractuales de tipo comercial con quien fue su contratista, Optimizar SA, no existiendo ninguna obligación de la que sea responsable frente a lo pretendido por los demandantes. Propuso como excepciones de mérito las que denominó 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 (Pág. 351 a 388, archivo 1, Carpeta 1). Finalmente, llamó en garantía a Liberty Seguros SA, con sustento en la póliza n.º 2436541, tomada por la codemandada (Pág. 3 a 5, archivo 1, Carpeta CuadernoLlamamientoGarantia).

La parte demandante, reformó la demanda solicitando el llamamiento en garantía de la Aseguradora de Fianzas SA, con fundamento en que esa aseguradora expidió las pólizas n.° 24DL006347 y n.° 24DL008460, tomadas por Optimizar Servicios Temporales SA – en liquidación, con las que han sido amparadas las obligaciones laborales de las demandadas (Pág. 400 y 479 a 483, archivo 1, Carpeta 1).

La llamada en garantía **Liberty Seguros SA**, dio contestación con oposición a las pretensiones con fundamento en que no estaban dirigidas a esa aseguradora. Sobre el llamamiento en garantía se opuso alegando que no hay obligación alguna en cabeza suya a la luz de las pólizas base del

llamamiento. Formuló como excepciones de fondo las que denominó caducidad del llamamiento en garantía, prioridad en la afectación de las pólizas n.° DL00637 – DL007987 y DL008460 expedidas por la Compañía Aseguradora de Fianzas SA, aplicación de pago preferente, afectación de las pólizas DL007987 y DL008460 expedidas por la Compañía Aseguradora de Fianzas SA, Confianza SA recibió por parte de la liquidadora Optimizar Servicios Temporales el listado de 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 (Pág. 22 a 75, archivo 1, Carpeta CuadernoLlamamientoGarantia).

La **Compañía Aseguradora de Fianzas SA – Confianza** dio contestación indicando que el Ministerio del Trabajo ordenó el pago de acreencias laborales a favor de los trabajadores en Misión para "*la vigencia de vinculación según el caso 2015 y 2016…*", pero fue en afectación de las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales n.° 24 DL007987 y 24 DL008460, por lo que dichos trabajadores debían tener una relación laboral que estuviera dentro de las vigencias de las pólizas. Formuló como excepciones de fondo frente a la demanda las que denominó ausencia de requisitos para que se puedan hacer efectivas las pólizas 24 Dl006347y 24 Dl008460 - ausencia de cobertura en caso de ser condenado el fondo nacional del ahorro como verdadero empleador y respecto al llamamiento en garantía las que denominó ausencia de cobertura de las acreencias laborales reclamadas – ocurrencia por fuera de la vigencia de la póliza n.° 24DL006347, ausencia de cobertura de las acreencias laborales reclamadas – ocurrencia por fuera de la vigencia de la póliza n.° 24DL008460, agotamiento del valor asegurado de la póliza 24DL007987 y en caso de proceder una indemnización moratoria, ésta quedará limitada a la fecha en que fue admitido el empleador al proceso de reorganización contemplado en la Ley 1116 de 2006 (Carpeta 5).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 11

de octubre de 2021, declaró que entre los demandantes Leidy Carolina Zarate Merchán, Johana Jaramillo Palacio y Sebastián Mesa Cardeño con la sociedad Optimizar Servicios Temporales SA en Liquidación Judicial, existieron respectivamente, contratos de trabajo del 28 de enero de 2015 y el 30 de septiembre del 2015, como directora comercial, con una última asignación salarial de $4.000.000; entre el 2 de diciembre del 2014 y el 30 de septiembre del 2015, como asesora de presidencia, con una última asignación de $10.900.000 y del 4 de mayo del 2015 al 30 de septiembre de esa anualidad, como comercial II, con último salario de $1.334.000.

En tal sentido, condenó a la sociedad Optimizar Servicios Temporales SA en Liquidación Judicial, a pagarle al señor Sebastián Mesa Cardeño, $544.717 por cesantías; $65.366 por intereses de cesantías; 544.717 por primas de servicios; $272.358 por compensación en dinero de vacaciones; y, $6.136.400 por indemnización por falta de pago en los términos del artículo 65 del CST, e indexación de los intereses de cesantías y la compensación de vacaciones; a pagarle a las demandantes Leidy Carolina Zarate Merchán y Johana Jaramillo Palacio, las sumas de $18.400.000 y $50.140.000, respectivamente, a título de indemnización por falta de pago en los términos del artículo 65 del CST. Condenó a la Aseguradora de Fianzas SA Confianza, a pagarle al demandante Sebastián Mesa Cardeño, debidamente indexadas, las sumas reseñadas por concepto de cesantías, interés de cesantías, primas de servicio y compensación en dinero de vacaciones, en el marco del aseguramiento acreditado; y, absolvió, a la demandada Fondo Nacional del Ahorro, así como a la llamada en garantía de Liberty Seguros SA, de todas y cada una de las pretensiones incoadas.

En lo que interesa a la alzada, el juez de primer grado estableció que a pesar de que Confianza SA, había asegurado que se había efectuado el pago de las prestaciones sociales al demandante Sebastián Mesa Cardeño, por medio de una firma de abogados, tal afirmación carecía de respaldo probatorio, por lo que era procedente la condena de los conceptos reclamados.

En cuanto a la indemnización moratoria dispuesta a favor de Sebastián Mesa Cardeño, señaló que su pago se limitaría hasta la fecha en la cual la Superintendencia de Sociedades admitió el proceso de reorganización de Optimizar Servicios Temporales SA, toda vez que de acuerdo con lo previsto

en el art. 17 de la Ley 1216 de 2006, a partir de ese momento no podía predicarse la mala fe en la omisión endilgada a la EST, porque aquella estaba sometida a las reglas del concurso que le impedían hacer pagos relacionados con sus obligaciones.

Sobre la solidaridad deprecada respecto del Fondo Nacional del Ahorro, consideró que debido a que las prestaciones a las que hay lugar por las contingencias que padezcan los trabajadores en misión son carga exclusiva de sus empleadores, no hay lugar a la responsabilidad deprecada en cabeza de la empresa usuaria, que para esos efectos se entiende que es un representante del empleador que ejerce el poder de subordinación por delegación de la empresa de servicios temporales, por lo que no puede ser equiparada a la figura del beneficiario de la obra prevista en el art. 34 del CST.

En cuanto al llamamiento en garantía efectuado por el demandante a Confianza SA, estableció que no se había controvertido en el juicio que en el marco de la póliza terminada en 7987 para el año 2015, dicha aseguradora asumió por disposición del Ministerio de Trabajo, el pago de las acreencias salariales y prestacionales a que tenían derecho los trabajadores en misión de Optimizar Servicios Temporales SA, de ahí que aunque se había aportado certificado que daba cuenta del agotamiento de la suma asegurada, lo cierto es que al haber afirmado la llamada en garantía que efectuó el pago de las acreencias debidas a los tres demandantes, se podía concluir implícitamente que dentro de la cobertura de la póliza, estaban incluidas las sumas reclamadas por Sebastián Mesa Cardeño.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de las demandantes **Leidy Carolina Zárate Merchán** y **Johana Jaramillo Palacio** al sustentar el recurso de alzada expresó su inconformidad respecto de la absolución del Fondo Nacional del Ahorro, por considerar que se probó en el proceso que dicho ente se benefició de la prestación de los servicios de las promotoras del proceso.

La apoderada judicial de **Sebastián Mesa Cardeña** solicitó en la apelación que no se limite el pago de la indemnización moratoria, pues afirmó que aunque se admitió a Optimizar SA en el proceso de reorganización y

liquidación por virtud de la ley, no es menos cierto que a partir de ese momento, tampoco en su calidad empleadora, procuró el restablecimiento de los derechos del trabajador que fueron conculcados con la terminación del contrato de trabajo y la falta de pago oportuno de los salarios y prestaciones debidos. Agregó que no se evidencia prueba de la buena fe de la encartada, debido a que la misma adujo que hubo un pago, pero no obran realmente las evidencias de ello.

De otro lado, expuso que debe imponerse condena en contra del Fondo Nacional del ahorro en los términos del art. 34 del CST, a fin de garantizar las acreencias laborales dispuestas, en la medida en que en la primera instancia se demostró que esa entidad era la directa beneficiaria del servicio del actor, quien cumplió funciones propias y misionales de aquella.

La **Aseguradora de Fianzas SA Confianza** expresó su inconformidad respecto de la condena dispuesta en el numeral tercero de la parte resolutiva del fallo de primer grado, con fundamento en que esa aseguradora procedió, de acuerdo con las órdenes impartidas por el Ministerio del trabajo, relacionadas con afectar una póliza terminada en 7987, que estaba vigente para la anualidad 2015.

Precisó que la póliza tenía un valor asegurado de $5.154.800.000, y que se debe tener en cuenta que las pólizas de cumplimiento tienen un valor asegurado que constituye el límite de responsabilidad con el cual la aseguradora podrá llegar a responder en el evento de presentarse algún siniestro, que en este caso esa sociedad tuvo que ubicar de manera conjunta con la liquidadora a más de 2000 trabajadores, sin embargo, el dinero alcanzó para pagarle la liquidación de sus prestaciones a un poco más de 1600 trabajadores, por lo que hubo algunos a los que no se les alcanzó a pagar, primero porque no fueron ubicados y otros porque se negaron a recibir, y actualmente es imposible asumir sumas adicionales porque el valor asegurado para el año 2015, en el que prestaron sus servicios los demandantes, se agotó.

Agregó que en el caso específico de Sebastián Mesa, se indicó desde el inicio que había recibido la suma de $1.119.549, a través del Grupo Arce, que es la firma de abogados a la que el actor le confirió poder para que adelantara el proceso ante el Ministerio del Trabajo.

Así las cosas, señaló que no era cierto que la aseguradora no hubiera procedido con el pago de estos dineros, y en gracia de discusión, si no hay cómo probarlo, es claro que hoy tampoco es posible que la aseguradora asuma los dineros condenados, por lo antes indicado y de acuerdo con lo previsto en el artículo 1079 del CCo.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 25 de noviembre de 2021, se admitieron los recursos de apelación interpuestos por las partes; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

Liberty Seguros SA y el apoderado judicial de Leidy Carolina Zárate Merchán y Johana Jaramillo Palacio, presentaron alegaciones, el primero reiterando los argumentos expuestos en el escrito de contradicción, y el segundo, los esgrimidos en la sustentación del recurso de apelación.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si se probó el pago de las acreencias laborales reclamadas por Sebastián Mesa Cardeña y si la indemnización moratoria dispuesta a su favor no debió limitarse a la fecha de admisión del proceso de reorganización de Optimizar Servicios Temporales; si el Fondo Nacional del Ahorro, resulta ser responsable solidario en el pago de las condenas impuestas en primera instancia; y si debió negarse el llamamiento en garantía en virtud del agotamiento de la póliza de seguros en la que se sustentó el mismo. |

Prestaciones sociales.- En cuanto al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y compensación en dinero de las vacaciones que fueron materia de condena en la primera instancia a favor de Sebastián Mesa Cardeña, es preciso indicar que verificadas las probanzas arrimadas al cuaderno, no se verifica medio de convicción del que se pueda inferir que en efecto el trabajador recibió, en nombre propio o través de terceros, la suma

total de $1.119.549 por los referidos conceptos, por lo que se confirmará lo dispuesto sobre el particular en la sentencia apelada.

Responsabilidad solidaria.- La activa, pretende derivar la solidaridad del Fondo Nacional del Ahorro, frente al pago de las condenas impuestas en primera instancia a la empresa de servicios temporales demandada, bajo el argumento de que fue beneficiario de los servicios prestados por los demandantes, en su calidad de trabajadores en misión; sin embargo, ha de advertir la Sala que el art. 71 de la Ley 50 de 1990, califica a la EST como empleadora de los trabajadores en misión, por tanto, en los contratos de trabajo que aquí suscribieron los demandantes, es en principio la obligada directa y exclusiva, y solo en los casos expresamente establecidos en la ley, verbigracia los arts. 33 a 36 del CST, se contempla la solidaridad de las personas que no figuran como empleadoras en el nexo contractual, sin que lo establecido en la primera instancia, se enmarque en alguna de las hipótesis allí previstas.

Tal como se advirtió en la sentencia CSJ SL, 24 abr. 1997 rad. 9435, rememorada entre otras, en la CSJ SL16350-2014, *«como la ley no dispuso expresamente que los usuarios respondiesen in solidum, debe excluirse que los afecte tal especie de responsabilidad en lo tocante a las acreencias laborales de los empleados en misión. (…) los usuarios no responden por los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores en misión ni de su salud ocupacional, aunque en este aspecto puedan contraer obligaciones con la EST* (…)».

En tal sentido, al no ser objeto de debate que en este caso se hubiera trasgredido la finalidad del servicio temporal regulado por el art. 77 de la Ley 50 de 1990, en concordancia con el art 6º del Decreto 4369 de 2006; así como la existencia de las relaciones de trabajo con Optimizar Servicios Temporales SA en liquidación judicial, no puede colegirse que las mismas fueron irregulares, pues justamente la activa de manera principal pretendió la declaración que se emitió en la primera instancia, de modo que no se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculte su calidad en los términos del numeral 2º del art. 35 del CST, para que en virtud de esa mala práctica, el

usuario ficticio se considerara como verdadero empleador, caso en el que este se haría responsable con solidaridad.

Indemnización moratoria.- Para establecer la procedencia de la indemnización materia de debate, es menester recordar que la jurisprudencia ordinaria laboral ha definido de antaño, que se debe estudiar, en cada caso particular, la conducta remisa del empleador, para con ello establecer si su obrar al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa los salarios y prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual, está precedido o no de buena fe, por encontrarse justificado en motivos serios que, a pesar de no resultar jurídicamente acertados, sí pueden ser considerados como atendibles (CSJ SL1285-2016 y CSJ SL572-2021).

En ese orden, se estableció en este asunto que la demandada no cumplió con su obligación de pagar las prestaciones sociales y salarios a la finalización del contrato de trabajo, no obstante, concuerda la Sala con los razonamientos expuestos por el juez de primer grado sobre el límite temporal de causación de la indemnización analizada, pues el certificado de existencia y representación legal de Optimizar Servicios Temporales SA (Pág. 256 a 264, archivo 1, Carpeta 1), permite entrever que la Superintendencia admitió en el proceso de reorganización de la Ley 1116 de 2016, a la EST Optimizar SA, mediante auto del 15 de febrero de 2016, el 19 de febrero siguiente, se nombró promotor dentro de dicho proceso, y en providencia del 17 de noviembre siguiente, decretó la apertura del trámite de liquidación judicial de los bienes de la sociedad en referencia.

De modo que, sin desconocer lo establecido en el art. 28 del CST, en cuanto a que los trabajadores no pueden asumir el deterioro económico de la empresa, no se puede olvidar que al tenor de lo dispuesto en el art. 17 de la Ley 1116 de 2016, en cuanto se efectúa la solicitud de admisión al proceso de reorganización, el empresario tiene prohibido realizar pagos, transacciones o acuerdos tendientes a saldar las obligaciones a su cargo, salvo que exista autorización del juez del proceso concursal, lo que justifica la conducta de la empleadora desde ese momento y la ubica en el marco de la buena fe.

En consecuencia, se confirmará lo dispuesto en primera instancia sobre el particular.

Llamamiento en garantía- Es menester memorar que el numeral 5º del art. 83 de la Ley 50 de 1990, impone como requisito a las EST para que el Ministerio del Trabajo autorice su funcionamiento, constituir una garantía con una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia, en favor de los trabajadores de la respectiva empresa, en cuantía no inferior a quinientas (500) veces el salario mínimo mensual vigente, para asegurar salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales de los trabajadores, en caso de iliquidez de la empresa.

Así mismo, que al amparo de lo previsto en el art. 1079 del CCo, el asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, que no es más que el límite máximo de la indemnización que se obliga a pagar aquel al beneficiario de la póliza en el caso en el que ocurra el siniestro; y que, según lo normado en el art. 1111 del mismo código, la suma asegurada se entenderá reducida, desde el momento del siniestro, en el importe de la indemnización pagada por el asegurador.

En este caso, se verifica que el 30 de diciembre de 2014, Optimizar Servicios Temporales SA, en calidad de tomador contrató con Confianza SA póliza DL007987 de Cumplimiento de Disposiciones Legales, en la que se dejó establecido que los asegurados y beneficiarios eran los trabajadores en misión a su favor, que el límite asegurable era de $5.154.800.000,oo y que la cobertura incluía el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de los trabajadores en misión en caso de iliquidez de la EST y que hubieran sido vinculados entre el 1° de enero de 2015 y el 1° de enero de 2016; y se observa, que Confianza SA arrima al plenario certificado expedido por la representante legal de esa aseguradora en la que se hizo constar que el valor de la suma asegurada en la póliza en mención se encuentra agotado.

Así mismo, se advierte que mediante Resolución n.° 003863 del 30 de diciembre de 2016, el Ministerio declaró el siniestro de las Pólizas de Cumplimiento de Disposiciones Legales DL007987 del 5 de enero de 2015 y DL008460 del 4 de enero de 2016, expedidas por la Compañía Aseguradora de Fianzas, que fueron tomadas por Optimizar Servicios Temporales SA, a favor de los beneficiarios trabajadores en misión para la vigencia de la

vinculación, esto es, 2015 o 2016, estableciendo para el efecto que sería hasta el máximo del valor asegurado (Pág. 430 a 435, archivo 1, Carpeta 1).

En ese orden, encuentra la Sala que resulta atendible la postura planteada en la alzada por la llamada en garantía, pues al margen de que la misma haya alegado el pago de las sumas que fueron incluidas en la liquidación final del contrato de trabajo celebrado entre Sebastián Mesa Cardeña y Optimizar Servicios Temporales SA, el cual no se encontró probado, no se puede perder de vista, que de cualquier modo, si el mismo no se efectuó, de acuerdo con la normatividad citada, no puede ser cubierto con la garantía constituida por la empleadora mediante la póliza de Cumplimiento de Disposiciones Legales, comoquiera que quedó establecido en este trámite que se agotó la suma asegurada que representa el límite de responsabilidad de la compañía de seguros.

En consecuencia, se revocará la condena dispuesta en primera instancia en contra de Confianza SA.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia proferida 11 de octubre de 2021, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá DC, para en su lugar, **ABSOLVER** a la Aseguradora de Fianzas Confianza SA, de todas las pretensiones incoadas en la demanda y en el llamamiento en garantía por Sebastián Mesa Cardeña, por lo considerado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada, de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Ev0nBWIzjJFCoQ68BMvrdmUBZeBB4WvXWbAyk-iC35HCRA?e=BL6LHH

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0789dd94957da3ecfcbf61c43f2396e7afea814a7abcf668d9276458156d1bca**
Documento generado en 14/09/2022 02:58:14 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN.	11001 31 05 **025 2013 00841** 02
DEMANDANTE:	JIMMY BARRETO CALDÓN
DEMANDADO:	POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS SA Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia proferida el 11 de junio de 2021, por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante, que se declare que la patología que padece, denominada “Asma ocupacional - neumoconiosis del carbón”, es de origen profesional, y que tiene una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%. En consecuencia, que se condene a la Compañía de Seguros Positiva SA, al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez de origen laboral, las mesadas pensionales causadas desde la fecha de estructuración de la invalidez, y los intereses moratorios previstos en el inciso 5º del parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 776 de 2002. Subsidiariamente, que se condene a Porvenir SA al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez de origen común, las mesadas pensionales causadas desde la fecha de estructuración de la invalidez, y los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que el 27 de mayo de 2010, la EPS Sanitas determinó que la enfermedad que padece,

denominada “Asma ocupacional - neumoconiosis del carbón”, era de origen laboral; que mediante dictamen n.º 64234, Positiva SA descartó dicho diagnóstico, tras indicar que la patología era de origen común; que manifestó su inconformidad sobre la referida decisión ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, quien en dictamen n.º 11343909 de 14 de julio de 2011, determinó que la enfermedad era de origen profesional; que Positiva SA interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra dicha decisión, y que el día 20 de marzo de 2012, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez al resolver el recurso de apelación, concluyó que la enfermedad *“Asma no especificada”* era de origen común.

Sostuvo, que interpuso una acción de tutela contra la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, tras considerar que la entidad vulneró su derecho al debido proceso tras incurrir en omisiones al efectuar la calificación de su enfermedad, cuyo conocimiento le correspondió al Juzgado 10.º Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá; que dicha autoridad judicial resolvió amparar su derecho fundamental al debido proceso, y ordenó a la entidad accionada efectuar una nueva calificación, y por tal motivo, el día 25 de enero de 2013, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez profirió un nuevo dictamen de calificación en el que ratificó que el origen de su enfermedad era común; que como consecuencia de ello, el 5 de marzo de 2013 solicitó ante Porvenir SA el pago de una pensión de invalidez de origen común, y que el 22 de marzo de 2013 la AFP le negó el reconocimiento de dicha prestación, bajo el argumento de que la patología que padece es de origen profesional.

Finalmente agregó, que se desempeñó durante 16 años continuos como minero; que durante ese lapso, realizó actividades de perforación de roca, recolección y selección de minerales, entre otras, por lo que estuvo en contacto directo con varias sustancias tóxicas; que a lo largo de su vida laboral le fueron diagnosticadas diferentes enfermedades según lo consignado en su historia clínica; y que, en concepto de rehabilitación emitido y firmado por el especialista en neumología y epidemiología, doctor Alirio R Bastidas, se estableció un pronóstico de rehabilitación desfavorable por su enfermedad ocupacional.

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 15 de enero de 2014, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (f.º 142), quienes dieron respuesta en término oportuno.

Positiva Compañía de Seguros SA, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Esgrimió, que no debía reconocerle al actor la pensión de invalidez deprecada, por cuanto se estableció que la enfermedad que padece es de origen común de acuerdo con el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el cual es de obligatorio cumplimiento conforme lo establecido en el art. 11 del Decreto 2463 de 2001. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho e inexistencia de la obligación, enriquecimiento sin causa, y prescripción (f.º 157 - 165).

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías - Porvenir SA, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Arguyó, que no estaba obligada a reconocerle una pensión de invalidez al actor, debido a que la enfermedad que padece es de origen profesional, y que por tal motivo no procedía el pago de las mesadas pensionales pretendidas ni de los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de petición antes de tiempo, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, carencia de acción y ausencia del derecho sustantivo, buen fe, prescripción, y afectación del sostenimiento financiero del Sistema General de Pensiones (f.º 194 - 209).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 21 de junio de 2021, declaró que las patologías, apnea del sueño y asma no especificada que padece el actor, son de origen y por enfermedad de tipo común, y que tiene una pérdida de capacidad laboral de 54.30%, con fecha de estructuración del 30 de marzo de 2015; condenó a Porvenir SA a pagarle la pensión de invalidez, a partir del 30 de marzo de 2015, en cuantía mensual de $908.997, junto con las mesadas adicionales y reajustes año por año, y los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 30 de julio del mismo año, descontando los 4 meses de que disponía la entidad para resolver sobre la solicitud de pensión de invalidez, valor que a la fecha de la providencia ascendía a $56.780.000; absolvió a Positiva SA, de todas las pretensiones incoadas en su contra, y condenó a Porvenir en Costas por la suma de $2.500.000

Consideró que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si la patología padecida por el demandante era de origen laboral, y si había lugar a declarar que tenía una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, para luego establecer si Positiva SA debía asumir el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, desde la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral hasta la fecha en que el pago fuera efectivo, y de los intereses moratorios.

De no ser así, determinar si la patología del demandante era de origen común, para establecer si Porvenir SA, era quien debía asumir el pago de dicha prestación, junto con el de las mesadas pensionales y los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

En lo que interesa a la alzada, estimó que con las pruebas arrimadas al proceso, concretamente con el dictamen de pérdida de capacidad laboral que fue decretado de oficio, elaborado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, por ser dicha entidad experta en la materia, pudo concluirse que la patología del actor era de origen común, así como que tenía un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 54.30% con fecha de estructuración del 3 de marzo de 2015, por lo que le correspondía asumir el pago de la pensión de invalidez a Porvenir SA y no a Positiva SA.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante** presentó recurso de apelación respecto de la condena en costas que le fue impuesta a la demandada Porvenir SA. Dijo, que la misma no coincidía con los valores establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura; que no se tuvo en cuenta que Porvenir SA fue condenada al pago de $56.000.000 por concepto de retroactivo pensional, además de los intereses moratorios sobre dicho valor, ni el desgaste que ha generado el presente proceso, por cuanto el mismo ha durado 13 años; se han tenido que programar varias audiencias en donde fueron objetados los dictámenes periciales que se practicaron, y además se tuvieron que adelantar varias actuaciones técnicas.

La parte **demandada** solicitó que fuera revocada la sentencia en su totalidad para en su lugar ser absuelta de las condenas impuestas en su contra. Manifestó que el *a quo* basó su decisión en el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, prueba que fue decretada de

oficio por él, pese a que dicha autoridad no tuvo en cuenta lo dispuesto en el art. 11 del Decreto 1295 de 1994 y en los arts. 2 y 3 del Decreto 1832 de 1994, que establecen que cuando se demuestra la relación de causalidad de una enfermedad con los factores de riesgo ocupacionales, la misma debe considerarse de origen laboral, así como los factores para determinar dicha relación de causalidad; y que tampoco se consideró lo preceptuado en el art. 4 de la Ley 1562 de 2012, que indica que la enfermedad de origen profesional es la que se contrae como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral del medio en el que el trabajador se ha visto obligado a trabajar, pues se desconoció que el demandante laboró por más de 35 años en la actividad minera en donde se vio expuesto a riesgos biológicos y químicos, hecho que daba cuenta de la relación de causalidad aducida.

Arguyó que en sentencia CSJ SL5552 de 2018, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia desestimó un dictamen de pérdida de capacidad laboral tras concluir que la patología sufrida por el demandante en esa oportunidad era de origen profesional en virtud de la teoría de causalidad del factor del riesgo; y que en sentencia SL3992 de 2019, dicha corporación sostuvo que si bien los jueces estaban obligados a observar y respetar el referido medio probatorio, debían también determinar el estado de la invalidez, el origen de la enfermedad o accidente, la fecha de estructuración y el porcentaje de pérdida de capacidad laboral. También, dijo que las altas cortes han señalado que la prueba pericial consistente en un dictamen de pérdida de capacidad laboral debe ser valorado por el juez, junto con los demás medios probatorios de manera racional y sujeta a los parámetros de la sana crítica y no de forma incondicional o mecánica.

Afirmó que el dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá no constituía un elemento de prueba pertinente, dado que en el mismo no se efectuó pronunciamiento específico alguno respecto del origen de la enfermedad del accionante; y que ello fue corroborado con lo dicho por el doctor José Daniel Gómez, perito de dicha Junta Regional, quien indicó que si no se hizo un pronunciamiento al respecto fue porque no fue requerido para ese efecto en la orden judicial que recibió.

Esgrimió que el aludido dictamen es errado por cuanto desconoció lo dispuesto en el art. 4.4. del Manual Único de Calificación de Invalidez, adoptado mediante el Decreto 1507 de 2014, que establece que para la valoración de las patologías debe tenerse como criterio el factor principal, esto es, el que determina

la clase funcional en cada tabla de calificación, y por ende el de mayor importancia y objetividad, que en el caso del actor, teniendo en cuenta que el asma que presuntamente padece es una deficiencia por trastorno respiratorio, corresponde al establecido en el art. 3.3.1. *ídem*, cuyo tenor literal consagra lo siguiente: *"La valoración de la deficiencia se fundamentará en el resultado de pruebas funcionales objetivas, como la espirómetro forzada, la capacidad de difusión del monóxido de carbono y la medida de la capacidad de ejercicio, complementada con criterios clínicos".*

Dijo que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá no efectuó las pruebas funcionales objetivas referidas en el citado artículo para calificar la deficiencia por asma, por lo que no contaba con la evidencia necesaria para ello; y que para evaluar la deficiencia consistente en el síndrome de apnea del sueño tuvo en cuenta una *"Polisomnografía"* elaborada el 14 de diciembre de 2008, esto es, hace más de 11 años, por lo que con ella no era posible determinar la evolución o el estado actual de dicha patología; motivo por el cual, debió la sala de la junta calificadora ordenar que se practicará una nueva *"Polisomnografía"*, para contar con elementos de juicio actualizados.

Así, concluyó que la pérdida de capacidad laboral que le fue determinada al actor en el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, no estaba soportada en resultados objetivos por no haberse practicado las pruebas exigidas en el Manual Único de Calificación de Invalidez, y que por tanto no obraba prueba válida en el expediente que pudiese establecer el origen de la invalidez del actor.

De otra parte, adujo que los intereses moratorios a los que fue condenada solo podían hacerse efectivos en caso de que se confirmara la condena; ello, por cuanto el porcentaje de invalidez del demandante únicamente fue determinando en el curso del presente proceso pues no se había establecido la misma en un dictamen proferido con anterioridad.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 28 de julio de 2021 se admitieron los recursos de apelación interpuestos por las partes; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a cada una para alegar (f.º 798).

Las parte demandante presentó alegaciones reiterando los argumentos expuestos, en la demanda y en la sustentación del recurso de apelación (f.º 801 - 805).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 66A del CPTSS, los problemas jurídicos en este asunto consisten en establecer ***i)*** si la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá omitió efectuar las pruebas requeridas en el Decreto 1507 de 2014 - Manual Único de Calificación de Invalidez - para evaluar la deficiencia por trastorno del sistema respiratorio que padece el actor; ***ii)*** si se demostró la existencia de un nexo causal entre dicha patología y la exposición a un factor de riesgo ocupacional, y por ende, que la enfermedad es de origen profesional; ***iii)*** en caso contrario, si le corresponde a Porvenir SA asumir el reconocimiento de la pensión de invalidez deprecada por el actor; ***v)*** si debe ser condenada a los intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993, y, finalmente ***vi)*** si hay lugar a aumentar el monto de las costas impuestas a la recurrente en primera instancia.

Dentro del plenario no fue objeto de discusión que: ***i)*** en mayo de 2010 la EPS Sanitas determinó que Jimmy Barreto Caldón padecía la patología denominada *"Asma Ocupacional - Neumoconiosis del Carbón",* y que la misma era de origen profesional (f.º 22); ***ii)*** el 12 de julio de 2010 Positiva SA emitió el dictamen de pérdida de capacidad laboral n.º 64234 en el que se concluyó que tenía la enfermedad de asma severa, y que esta era de origen común (f.º 28); ***iii)*** el 14 de julio de 2010 la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá DC y Cundinamarca profirió el dictamen n.º 11343909, en donde se le diagnosticó la enfermedad de *"Asma severa ocupacional",* y se determinó que era de origen profesional (f.º 29 - 34); ***iv)*** contra dicho dictamen Positiva SA interpuso recurso de reposición (f.º 36); ***v)*** al resolver el mismo, el día 20 de marzo de 2012 la Junta Nacional de Calificación de Invalidez profirió el dictamen n.º 11343909, mediante el cual se modificó la calificación emitida por la Junta Regional, y se definió que el actor padecía la enfermedad "Asma no especificada", la cual era de origen común (f.º 37 - 41); ***vi)*** el demandante interpuso acción de tutela contra la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, tras considerar que le había sido vulnerado su derecho al debido proceso en la calificación efectuada el 20 de

marzo de 2012, cuyo conocimiento le correspondió al Juzgado 10º Penal de Circuito de Conocimiento de Bogotá DC, quien mediante fallo de 10 de julio de 2012, dispuso dejar sin efectos el referido dictamen, y ordenó a la entidad accionada emitir uno nuevo con estricta observancia al debido proceso (f.º 42 - 55), ***v)*** y el 31 de octubre de 2012, en cumplimiento de dicha orden judicial, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez profirió el dictamen n.º 11343909 en el que igualmente concluyó que el actor padecía la enfermedad denominada "Asma no especificada", de origen común (f.º 58 - 61).

De los dictámenes de pérdida de capacidad laboral - Para resolver es preciso recordar que de acuerdo con lo previsto en el art. 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, le corresponde a Colpensiones, a las Administradoras de Riesgos Laborales, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral, calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias; siendo las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, en caso de controversia, las llamadas a desatar las inconformidades planteadas sobre tales aspectos, decisión que es apelable ante la Junta Nacional, con base en lo cual, se fijan las prestaciones a que haya lugar para el afiliado, las condiciones para acceder a ellas, y la obligación de las entidades de seguridad social de asumir su reconocimiento dependiendo del subsistema responsable de su pago.

En este orden, en reiterados pronunciamientos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido la importancia de los dictámenes de pérdida de capacidad laboral, por provenir los mismos de entidades científico técnicas autorizadas por el legislador, y por el deber en cabeza de estas de fundamentarse en la historia clínica, exámenes médicos y diagnósticos del afiliado, y de ceñirse a los parámetros dispuestos en el Manual Único de Calificación de Invalidez que se encuentre vigente al momento en el que se efectúe la calificación para determinar el estado de salud de aquel (CSJ SL3992-2019, CSJ SL4571-2019, CSJ SL1578-2022). No obstante, ha sostenido también que los referidos dictámenes, aún cuando provienen de entidades habilitadas por la regulación laboral para determinar la pérdida de capacidad laboral, son susceptibles de ser enjuiciados ante la jurisdicción ordinaria laboral, conforme con lo dispuesto en el art. 44 del Decreto 1352 de 2013; y por ende, «(…) *los criterios científicos allí plasmados no son vinculantes para el juez que conoce una controversia relativa a la causación de una pensión por invalidez*» (CSJ SL5157-2020).

De modo que, si bien es cierto que dichas experticias deben ser observadas y respetadas por el juez del trabajo, también lo es que las mismas no constituyen una prueba definitiva, incuestionable o solemne para la determinación del estado de salud y pérdida de capacidad laboral del afiliado; por el contrario, deben concebirse como una prueba más del proceso, respecto de la cual el juez se encuentra habilitado para valorarla conforme a las facultades de libre formación del convencimiento y libre valoración de la prueba (CSJ SL, 18 mar. 2009, rad. 31062, CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 35450, CSJ SL3090-2014, CSJ SL9184-2016, CSJ SL697-2019 y CSJ SL3380-2019, CSJ SL3992-2019, y CSJ SL1578-2019). Lo anterior, por cuanto la labor del funcionario judicial en este tipo de controversias, es precisamente determinar la deficiencia que padece el afiliado, con la mayor precisión posible, de acuerdo a sus condiciones de salud y las circunstancias particulares del caso, sin sujetarse únicamente a un simple dictamen de pérdida de capacidad laboral.

Empero, nuestro máximo órgano de cierre ha explicado que aun cuando el operador judicial tiene competencia para examinar los hechos que contextualizan la invalidez establecida por las juntas, ello «*(…) no llega hasta reconocerle potestad al juez de dictaminar en forma definitiva, sin el apoyo de los conocedores de la materia, si el trabajador está realmente incapacitado o no y cuál es la etiología de su mal, como tampoco cuál es el grado de la invalidez, ni la distribución porcentual de las discapacidades y minusvalías (…)*» (CSJ SL 29622, 19 oct. 2006, reiterada en la sentencia CSJ SL4571-2019). De ahí que el juez pueda, como ocurrió en este caso, ordenar una nueva valoración para decidir conforme a la sana crítica sobre la pretensión deprecada.

Así, el *a quo* para determinar el origen de la enfermedad del actor y su pérdida de capacidad, decretó la práctica de un nuevo dictamen, el cual fue emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, quien determinó que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de este ascendía a 52,00%, con fecha de estructuración de 30 de marzo de 2015, y que la enfermedad que padecía era de origen común (f.º 278 - 281). En la experticia, se concluyó lo siguiente: *"Trabajador con Asma no especificada, se califica la deficiencia derivada de la disnea permanente, con requerimiento de O2 en forma permanente, CAP III. Tab. 3.3. Clase 4 y Sahos Leve Tab. 3.4 Clase 2. Respecto al episodio depresivo moderado diagnosticado en el año 2010, se considera remitido, debido a que no se aportan valoraciones posteriores a la fecha 14.07.2010".*

El dictamen fue puesto en conocimiento de las partes para su contradicción; Porvenir SA solicitó la comparecencia del médico ponente a la audiencia (f.º 284 - 287), y aportó un nuevo dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por Seguros de Vida Alfa SA (f.º 288 - 293); mientras que la parte demandante presentó objeción al dictamen, y solicitó su aclaración (f.º 289 - 304) la cual fue resuelta por la Junta el día 7 de octubre de 2017 (f.º 308 - 309). Posteriormente, el *a quo* citó a los doctores José Daniel González Luque y Yasmith Elena Agudelo Ocallos, médicos ponentes del dictamen, a audiencia llevada a cabo el 19 de septiembre de 2019 (f.º 436), en la cual, tanto él como la Procuraduría y el apoderado de Porvenir SA interrogaron a los expertos del contenido del mismo; mientras que la parte actora manifestó estar conforme con las conclusiones que fueron plasmadas en él, y con la aclaración rendida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá.

El apoderado de Porvenir SA, al interrogar al Dr. José Daniel González Luque le indicó que conforme al contenido del dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, la deficiencia respiratoria padecida por el demandante se determinó con base en una prueba de función pulmonar efectuada el 12 de agosto de 2012, motivo por el cual le preguntó que si no se habían efectuado pruebas más recientes, y si era posible que entre dicha data y en la fecha que se hizo la valoración hubiesen habido cambios o modificaciones, bien fueran mejoras o no en el estado de salud del actor; a lo que el experto respondió que la prueba referida hacía parte de la valoración integral efectuada al demandante, y que la invalidez de este no se determinó únicamente con ella, sino con base en toda la evolución de este establecida por su médico tratante especialista en neumología, que se evidenciaba en las consultas a las que se sometió en esta especialidad en los años 2012, 2015 y 2017, y en la valoración simultánea que se le efectuó al demandante por dos médicos y una fisioterapeuta, la cual coincidió con lo consignado en la historia clínica del actor.

También, el apoderado de la recurrente le manifestó al perito que al efectuar la calificación de invalidez del actor no se realizó la prueba de volumen espiratorio forzado, pese a ser su realización obligatoria conforme con lo dispuesto en el Decreto 1507 de 2014, - Manual Único de Calificación de Invalidez -; e insistió en ello al sustentar su recurso de apelación, pues indicó que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá no realizó las pruebas que se en encuentran establecidas en el art. 3.3.1. de dicha normativa,

el cual establece que la valoración de las deficiencias por trastornos del sistema respiratorio se fundamentará en el resultado de pruebas objetivas, *"como la espirometría forzada, la capacidad de difusión del monóxido de carbono y la medida de la capacidad de ejercicio, complementada con criterios clínicos"*.

Al respecto, encuentra esta Sala que al revisar el dictamen en controversia se evidenció que efectivamente la entidad experta tuvo en cuenta lo consignado en la historia clínica del actor para efectuar la valoración de pérdida de capacidad laboral, en tanto que se remitió a las consultas de neumología a las que este asistió los días 22 de agosto de 2012, 30 de marzo de 2015, y 3 de abril de 2017; y a la prueba específica de ecocardiograma que le fue realizada el 20 de agosto de 2010, y de función pulmonar efectuada el 16 de agosto de 2012. Se resalta, que en la experticia se consignó que en la última consulta de neumología a la que asistió el demandante (3 de abril de 2017) le fueron practicadas las pruebas de función pulmonar, con base en las cuales se determinó que padecía de la patología denominada *"Asma de origen ocupacional"*; que presentaba un deterioro considerable en su estado funcional, y que no había sido posible la rehabilitación pulmonar; por lo que requería de la continuación de la terapia inhaladora completa, y de suministro de oxigeno de forma permanente. (f.º 278 - 283).

De manera que no es cierto lo indicado por el apoderado de Porvenir, en cuanto a que en la valoración efectuada al demandante por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, únicamente se tuvo en cuenta la prueba de función pulmonar que le fue realizada el día 12 de agosto de 2012, pues es claro que dicha entidad valoró en su totalidad el historial clínico del actor en el cual reposaban los antecedentes, la evolución y el estado actual de la patología que se estaba evaluando. Sumado a ello, el día 29 de abril de 2017 la Junta le efectuó una valoración física al actor; y en esta, fueron evaluados los resultados de las pruebas objetivas a las que se sometió tanto el 12 de agosto de 2012, como en la consulta de neumología llevada a cabo el 3 de abril de 2017, las cuales a juicio de esta Sala podían dar cuenta del estado de salud del actor para la fecha en que se llevó a cabo el examen físico por la Junta (29 de abril de 2017).

Es claro entonces que contrario a lo aducido por la recurrente, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá sí fundamentó la valoración realizada al demandante en el resultado de las pruebas objetivas requeridas para la determinación de patologías derivadas de deficiencias en el sistema

respiratorio, tal y como lo dispone el art. 3.3. del Decreto 1507 de 2014 - Manual Único de Calificación de Invalidez, por lo que sí contaba con evidencia suficiente para determinar tanto el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del actor como el origen de la misma, así como que la deficiencia por asma padecida por el actor era de "Clase 4", esto es, la de mayor gravedad conforme a la tabla 3.3. *ídem,* que consagra los criterios para la calificación de dicha patología

De otra parte, el apoderado de Porvenir SA afirmó que en la experticia en controversia no se determinó con exactitud el origen de la enfermedad del actor, y que ello fue confirmado por el Dr. José Daniel González Luque, pues en su interrogatorio indicó que la solicitud expresa que se recibió del Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá DC, fue que se realizara únicamente la calificación de pérdida de capacidad del demandante, y no la calificación del origen. Ahora, aún cuando al escuchar el interrogatorio se constató que en efecto, el experto afirmó que el *a quo* en ningún momento solicitó la calificación del origen de la pérdida de capacidad laboral del actor, lo cierto es que en el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, de todos modos, se determinó que el origen de la enfermedad era común. Y dicha conclusión coincide con la establecida en el dictamen pericial emitido por Seguros de Vida Alfa SA (f.º 292 - 293), aportado por Porvenir SA al controvertir el primer dictamen.

Debe aclarar esta Sala que las aludidas experticias únicamente difieren en el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que le fue establecido al actor, pues en el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá se concluyó que el mismo ascendía a 52.00%, y en el dictamen de Seguros de Vida Alfa SA, se determinó que era de 42.26%; así como en la fecha de estructuración, dado que en el primer dictamen se determinó que acaeció el 30 de marzo de 2015, mientras que en el segundo, esta data del 3 de abril de 2017.

Al respecto, a juicio de esta Sala resulta más certero el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, como quiera que para determinar la pérdida de capacidad laboral del demandante le efectuó un examen físico, el cual constituye uno de los criterios para evaluar las deficiencias, conforme con lo establecido en el art. 5 del Decreto 1507 de 2014 - Manual Único de Calificación de Invalidez -, y está definido en dicha normativa como la *"Evaluación metódica de una persona mediante inspección, palpación, auscultación, percusión y medida de los signos vitales*, y el mismo puede dar cuenta de los síntomas de la enfermedad que se pretende establecer, y de los

indicadores de la gravedad o la severidad de la situación particular del evaluado, los cuales pueden corroborarse con la historia clínica de este; mientras que el dictamen proferido por Seguros De Vida Alfa SA, el mismo no fue realizado, y únicamente se valoró lo consignado en la historia clínica del actor.

Y respecto de la fecha de estructuración de la invalidez se tiene que el Dr. José Daniel González Luque en su interrogatorio, explicó que el establecimiento de dicha data se determina con base en las secuelas que ha dejado una enfermedad, y que en el caso del actor, la secuela generada por su deficiencia respiratoria consiste en requerir oxigeno de forma permanente, la cual se generó a partir del 30 de marzo de 2015, de acuerdo con la consulta de neumología que se llevó a cabo en esa fecha.

Lo dicho por el experto, coincide con lo establecido en el Decreto 1507 de 2014 - Manual Único de Calificación de Invalidez -, pues en su art. 3, la fecha de estructuración se define como *"la fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos".*

De otra parte, el apoderado de Porvenir SA esgrimió que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá desconoció lo dispuesto en el art. 11 del Decreto 1295 de 1994 y en el art. 2 del Decreto 1832 de 1994, disposiciones que establecen que cuando una enfermedad no figure en la tabla de enfermedades profesionales, pero se demuestra la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacionales, será reconocida como enfermedad profesional; y lo dispuesto en el art. 4 de la Ley 1562 de 2012, el cual prevé que la enfermedad de origen profesional es la que se contrae como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral del medio en el que el trabajador se ha visto obligado a trabajar dado que se desconoció que el actor trabajó por más de 35 años en la actividad minera, y que se vio expuesto a riesgos biológicos y químicos, hecho que demostraba la relación de causalidad aducida.

Sobre este aspecto, se precisa que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que conforme al inciso 1.º del art. 12 del Decreto 1295 de 1994 *«toda enfermedad o patología, accidente o muerte, que no hayan sido clasificados o calificados como de origen profesional, se consideran de origen común»*

(CSJ SL, 19 feb. 2002, rad. 17429, CSJ SL, 4 jul. 2007, rad. 29156 y CSJ SL2582-2019). Y en la reciente sentencia CSJ SL5699 de 2021, explicó:

> "de modo que en caso que la citada presunción quiera ser derruida, como en efecto lo puede ser, requiere, en el evento de las enfermedades, que se acredite la existencia de un nexo causal entre la patología y la exposición a un factor de riesgo ocupacional, conforme a los trámites de calificación previstos en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 y, en el caso de los accidentes, que el suceso ocurrió con causa o con ocasión del trabajo."

Así, le correspondía o a la parte recurrente o la parte actora derruir la presunción legal del aludido artículo demostrando la existencia de un nexo causal entre la patología que padece el demandante y la exposición a un riesgo de factor ocupacional, y demostrar con medios de prueba conducentes y pertinentes que la enfermedad era de origen profesional. No obstante, Porvenir SA aportó como pruebas la solicitud de vinculación del demandante al fondo de pensiones (f.° 210); el historial de vinculaciones del actor registrado en el interactivo *"SIAFP"* (f.° 211); y la relación histórica de movimientos del demandante (f.° 211 - 223), elementos probatorios que evidentemente no están asociados al hecho concreto a demostrar, que se itera, corresponde a demostrar el referido nexo causal.

Y aún cuando aportó un dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por Seguros de Vida Alfa SA, a efectos de controvertir el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, lo cierto es que el mismo reproduce la conclusión a la que se arribó en el primero, esto es, que la enfermedad del actor es de origen común.

Ocurre lo mismo con las pruebas aportadas por el actor, pues únicamente allegó los dictámenes emitidos por EPS Sanitas en mayo de 2015 (f.° 22); por Positiva SA el 12 de julio de 2010 (f.° 28); por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá DC el 14 de julio de 2010 (f.° 29 - 34), y por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 20 de marzo de 2012 (f.° 37 - 41), y el 31 de julio de 2012 (f.° 58 - 61). Y las certificaciones laborales emitidas por Seguros de Vida Colpatria SA, el 11 de mayo de 2010 en donde se indicó que el demandante laboró para la empresa "ABAD SERVICIOS TEMPORALES", entre el 7 de enero de 2009 y el 4 de marzo de 2009 (f.° 66), y que laboró para la empresa "GEPCO CTA" desde el 1° de julio de 2007 hasta el 30 de julio de 2007, y desde el 1° de febrero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2008 (f.° 67), y la expedida por "MAPLE MINERALS EXPLORATION & DEVELOPMENT INC - SUCURSAL COLOMBIA", del 22 de agosto de 2012, en la cual se consignó que el actor

laboraba para esa empresa desde el 8 de mayo de 2009 mediante un contrato de trabajo a término indefinido desempeñando el cargo de logístico *"con funciones inherentes a la logística, compra de bienes y servicios para el campamento, adecuación del campamento para los geólogos, manejo de presupuesto, reporte de gastos a contadores, conductor para el transporte de personas y cosas, manejo de inventario del campamento, dar atención y trámite a los requerimientos de los geólogos, embalaje y envío de muestras de rocas al laboratorio";* y un documento suscrito por el mismo, el día 17 de agosto de 2012 en donde relató que desde hacía 23 años laboraba en el sector minero, y que durante ese tiempo estuvo expuesto a polvo de carbón (f.º 69 - 70).

Conviene precisar que en el dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el día 31 de octubre de 2012 la entidad señaló que de acuerdo con la historia clínica del actor que fue aportada, la patología de "Asma no Especificada" le fue diagnosticada en el año 2008, por lo que el factor de riesgo debía evaluarse de esta fecha hacía atrás para poder establecer donde se configuró el mismo, y que para ello debían tenerse en cuenta las certificaciones laborales expedidas con anterioridad a la emitida por la empresa "MAPLE MINERALS EXPLORATION & DEVELOPMENT INC - SUCURSAL COLOMBIA", en tanto que esta certifica labores desde el 8 de mayo de 2009. Así, explicó que como en la certificación laboral emitida el 11 de mayo de 2010, en donde se indicó que el actor laboró en los periodos comprendidos entre el 1º de julio de 2007 y el 30 de julio de 2007, y desde el 1º de febrero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2008 no se especificaron las funciones y los cargos que ejerció, no se acreditó que ejecutara la labor de minero y que estuviese expuesto al polvo de carbón. Por tales motivos, concluyó que la patología que padece el actor es la de "Asma no Especificada", de origen común (f.º 59 - 61). Deducciones que comparte esta Sala pues resulta imposible determinar que la referida enfermedad es de origen profesional sin tener claridad respecto a las funciones que el actor desempeñó antes del año 2008, y a lo largo de su vida laboral, resultando insuficiente para tal efecto su propia afirmación.

Por su parte, Positiva SA al emitir el dictamen de calificación del origen de la enfermedad del actor el día 12 de julio de 2010, concluyó que la exposición del demandante a polvos en explotación de minas de oro fue continua durante apenas 5 años, como quiera que el resto de su vida laboral se desempeñó como administrador de minas de carbón, labor en la cual no estuvo expuesto directamente a polvos de carbón; y destacó que en la última empresa en la que

trabajó, se desempeñó como coordinador logístico y no fue participe directo de tareas de explotación minera. Así, dedujo que no se había demostrado la relación directa de causalidad entre el asma presentada por el demandante y la exposición laboral que este refirió, por lo que determinó que el origen de la enfermedad era común. Cabe resaltar, que para dicho diagnóstico, la demandada valoró la totalidad de historias clínicas del demandante y realizó un análisis de su puesto de trabajo a través de una entrevista con el empleador y con el trabajador como se consignó en la experticia (f.º 23 - 28).

Ahora bien, se tiene que en el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca el día 14 de julio de 2011, fue el único en el cual se determinó que la enfermedad del actor era de origen profesional (f.º 30 - 34). No obstante, observa esta Sala que en el mismo no se estableció con precisión la existencia de un nexo causal entre la patología del actor y la exposición a un factor de riesgo ocupacional; no se hizo referencia a los documentos o pruebas que se valoraron para determinar el origen de la enfermedad del demandante, como si fue realizado en los dictámenes emitidos tanto por Positiva SA y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez; e incluso en este último se efectuó un análisis minucioso respecto del factor de riesgo y su relación causal con la actividad laboral del actor, del cual adolece el dictamen elaborado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca (f.º 30 - 34), pues aparentemente en él, únicamente se tuvo en cuenta una historia clínica emitida por la Clínica Teletón del 28 de junio de 2011, para efectuar la calificación del actor, ya que solo enlistó este documento.

Así las cosas, bajo las reglas de la experiencia y la sana crítica, al tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del CPTSS, considera esta sala que, con el material probatorio analizado de manera conjunta y global, se acreditó que la patología que padece el demandante es de origen común. De manera que sobre este tópico habrá de **confirmarse** la sentencia apelada.

De la pensión de invalidez - De acuerdo a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se tiene decantado de manera pacífica y reiterada que en materia de pensión de invalidez la norma aplicable es la vigente a la fecha de estructuración de la invalidez (CSJ SL2203-2016, SL6397-2016, SL3660 de 2020, SL4261 de 2020 y SL5157 de 2020); en este caso la invalidez de Jimmy Barreto Caldón, se estructuró el 30 de marzo de 2015 (f.º 278 - 280), por lo que la norma aplicable es el artículo

1º de la Ley 860 de 2003, la cual exige que el afiliado haya sido declarado inválido, esto es, que tenga una pérdida de 50% o más de su capacidad laboral y acreditado este supuesto, que haya cotizado como mínimo 50 semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, condiciones que se cumplen en este asunto, en tanto que, conforme al dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá se determinó que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del actor es del 52.00%, de origen común, estructurada el 30 de marzo de 2015 (f.º 278 - 281), y cuenta con 51.57 semanas cotizadas en los 3 años anteriores a esa fecha (f.º 71 - 78).

El reconocimiento de la pensión de invalidez procede entonces a partir del momento en el que se estructuró tal condición, conforme dispone el art. 40 de la Ley 100 de 1993. La cuantía de la mesada pensional, fijada en primera instancia para el año 2015 en la suma de **$908.997** no fue controvertida, empero, se **modificará** el numeral **segundo** de la providencia, para adicionar la condena en concreto, acorde con lo dispuesto en el art. 283 del CGP, en cuanto al valor adeudado por concepto de retroactivo de las mesadas pensionales causadas entre el 30 de marzo de 2015 y hasta la fecha de la sentencia, evidenciando la Sala que asciende a la suma de **$103.109.257,90,** sin perjuicio de las que se sigan causando, así:

Año	Desde	Hasta	Incremento	Valor mesada	No. Pagos	Retroactivo anual
2015	30/03/15	31/12/15		$ 908.997	10,03	$ 9.120.269,90
2016	1/01/16	31/12/16	6,77%	$ 970.536	13	$ 12.616.968,00
2017	1/01/17	31/12/17	5,75%	$ 1.026.342	13	$ 13.342.446,00
2018	1/01/18	31/12/18	4,09%	$ 1.068.319	13	$ 13.888.147,00
2019	1/01/19	31/12/19	3,18%	$ 1.102.292	13	$ 14.329.796,00
2020	1/01/20	31/12/20	3,80%	$ 1.144.179	13	$ 14.874.327,00
2021	1/01/21	31/12/21	1,61%	$ 1.162.600	13	$ 15.113.800,00
2022	1/01/22	31/08/22	5,62%	$ 1.227.938	8	$ 9.823.504,00
Valor del retroactivo pensional desde el 30/03/2015 al 31/08/2022						**$ 103.109.257,90**

Intereses moratorios art. 141 L. 100 de 1993 - En sentencia CSJ SL14528-2014, reiterada en la CSJ SL2117-2022, nuestro máximo órgano de cierre precisó que los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de las mesadas pensionales, independientemente de la buena o mala fe de la entidad que deba asumir el pago de la prestación pensional, o de las circunstancias que hayan rodeado la solicitud del derecho pensional en sede administrativa, como quiera que lo que se busca con dicho rédito es el resarcimiento económico para aminorar los efectos adversos causados por la mora del deudor en el

cumplimiento de sus obligaciones, debido a su carácter resarcitorio y no sancionatorio. Y, en sentencia CSJ SL3130-2020, el máximo órgano de cierre señaló que existen situaciones que exoneran de la imposición de los intereses moratorios, siempre que existan razones atendibles que estén amparadas por el ordenamiento jurídico vigente, o por la aplicación de reglas jurisprudenciales.

En el presente caso se tiene que para la data en la cual el actor presentó la demanda, esto es, el 3 de diciembre de 2012 (f.º 141), se desconocía si acreditaba el requisito exigido en el art. 1.º de la Ley 860 de 2003, para tener derecho a la prestación objeto de condena, esto es, el porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, en tanto que en ninguno de los dictámenes aportados al plenario se determinó dicha cuestión. No obstante, como se indicó en líneas precedentes, el *a quo* ordenó la realización de una nueva valoración, la cual estuvo a cargo de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, en donde se estableció que el porcentaje de invalidez del actor ascendía a 52.00%, y que la fecha de estructuración de la misma es del 30 de marzo de 2015.

En este orden, se tiene que para la fecha en que el demandante impetró la demanda no había consolidado el derecho pensional aquí deprecado, por cuanto el requisito referente al porcentaje de invalidez se satisfizo en el transcurso del proceso, con el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá el 15 de mayo de 2017, en donde se determinó una fecha de estructuración de la invalidez el 30 de marzo de 2015, posterior a la de la presentación de la demanda. Al respecto, resulta menester precisar que lo descrito consiste en un hecho sobreviniente que debía ser considerado por el juez, como en efecto ocurrió, por emanar de una prueba practicada en juicio y versar sobre la pretensión contenida en la demanda, reconocimiento a la pensión de invalidez, en virtud de lo dispuesto en el art. 281 del CGP, y del deber que le asiste al operador judicial de garantizar la prevalencia del derecho sustancial conforme a lo establecido en el art. 228 de la CN (CSJ SL, 18 sep. 2000, rad. 14214, reiterada en la CSJ SL16805-2016, y CSJ SL3707-2018).

De manera que acertó el juzgador de instancia al otorgar la pensión de invalidez, aún cuando el derecho se estructuró en el curso del proceso. Empero, se equivocó al condenar a la recurrente al reconocimiento de los intereses moratorios, pues como se explicó, al momento en que se impetró la

demanda Porvenir SA no tenía la obligación de reconocer el aludido derecho pensional por falta de requisitos formales; además, la certeza de la situación de invalidez surgió con un hecho sobreviniente, por lo que no había lugar a endilgarle mora alguna.

En consecuencia, habrá de **revocarse** la condena por intereses moratorios impuesta en el numeral segundo de la sentencia apelada, y en su lugar, se ordenará el reconocimiento de la indexación sobre el retroactivo pensional, desde la causación de cada mesada y hasta la fecha de su pago efectivo, para compensar el efecto inflacionario que sufrió el valor de las mesadas pensionales con el simple transcurrir del tiempo.

Finalmente, se autoriza a la entidad demandada a descontar lo correspondiente al aporte a salud en razón a que los pensionados son afiliados obligatorios al sistema de seguridad social en salud en virtud de los artículos 143 inc. 2°, 157 y 204 de la Ley 100 de 1993, y por ello la sentencia de primer grado será **adicionada** en ese sentido.

De las costas del proceso - Frente al aumento solicitado por la demandante, respecto del monto fijado por el *a quo* de las agencias en derecho, debe advertir la Sala que no es el momento procesal oportuno para verificar tal situación, de conformidad con el n.º 5º del art. 366 del CGP, por lo que resulta prematuro cualquier pronunciamiento que se haga en esta decisión.

Sin costas en la alzada ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 21 de junio de 2021 por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el sentido de **CONDENAR** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA a pagar en favor de Jimmy Barreto Caldón, el retroactivo pensional correspondiente a la pensión de

invalidez, causado a partir del 30 de marzo de 2015, esto es, desde la fecha de estructuración de la invalidez, el cual a 31 de agosto de 2022, asciende a la suma de ciento tres millones ciento nueve mil doscientos cincuenta y siete pesos con 90 centavos (**$103.109.257,90)**, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el numeral **SEGUNDO** de la sentencia apelada, para en su lugar **ABSOLVER** a La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías - Porvenir SA de los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, y en su lugar **ORDENAR** la indexación de las mesadas pensionales ordenadas, acorde con lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

TERCERO: **ADICIONAR** la sentencia apelada, en el sentido de autorizar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA a descontar de las mesadas pensionales ordenadas, el porcentaje correspondiente al aporte con destino al sistema de seguridad social en salud, por las razones expuestas.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

QUINTO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

SEXTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **054f27da3b2cefce69bc431d9d4848631bbb6610bd924bed770b81d4baad3c87**

Documento generado en 14/09/2022 02:58:17 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN.	11001 31 05 **010 2018 00036** 01
DEMANDANTE:	CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL HUILA - COMFAMILIAR
DEMANDADO:	CONSORCIO SAYP 2011 y LA NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

Bogotá DC, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 3 de septiembre de 2021, por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende Comfamiliar del Huila, que se declare que giró al Fondo de Solidaridad y Garantía Fosyga la suma de $287.955.052 en exceso, como parte de los excedentes del subsidio familiar que se destinan al régimen subsidiado en salud, sin que ellos reúnan esa condición, razón por la cual solicita se condene al Consorcio Sayp 2011 junto con La Nación Ministerio de Salud y Protección Social (Adres) a reintegrar dicha suma.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que mediante el formato CCF4 reportó al Fosyga antes del 15 de septiembre de 2011 los recursos de excedentes recaudados del subsidio familiar y destinados al régimen subsidiado de salud no comprometidos con corte al 31 de diciembre de 2010, que ascendieron a la suma de $3.571.202.048 sin rendimientos; que el 20 de marzo de 2012 a través del formato CCF5 reportó al Fosyga los recursos

excedentes recaudados del subsidio familiar y destinados al régimen subsidiado de salud no comprometidos, con corte al 31 de diciembre de 2011, que ascendieron a la suma de $1.223.880.262,59; que el consorcio Sayp requirió a la demandante para que adecuara su solicitud, pues la vigencia de 2011 debe contener los recursos de abril a diciembre de 2011, y los meses de enero a marzo de 2011 deben incluirse en la vigencia 2010 en el formato CCF4; que en tal sentido procedió Comfamiliar, y quedó para la vigencia 2010 la suma de $3.767.606.025 y para la vigencia 2011 la suma de $956.397.324. No obstante, el 1° de noviembre de 2012 el Consorcio Sayp requirió nuevamente a la demandante al advertir inconsistencias, lo que fue atendido efectivamente en el mes de diciembre de 2012.

Afirmó que virtud de las aclaraciones, se estableció a favor de Comfamiliar la suma de $56.42.208,69, la cual fue autorizada por parte del Ministerio de Salud y Protección Social como cruce con recursos de la vigencia 2012; que en el mes de febrero de 2013 se presentó por parte de Comfamiliar el formato CCF5 de la vigencia 2012, por un total de $155.515.834, suma de la cual se dedujo lo autorizado por el ministerio, y quedó finalmente en $99.089.625. Posteriormente, Comfamiliar advirtió que reportó y giró entre las vigencias 2010, 2011 y 2012, como excedente la suma de $287.955.051,85, de recursos propios de la caja de compensación y que no financian el régimen de salud, por lo que procedió a realizar los ajustes correspondientes con la discriminación año a año del mayor valor girado, y solicitó la devolución con cargo a los recursos de la vigencia 2013, lo que fue negado por el consorcio.

Señaló que el 31 de diciembre de 2014, utilizando el formato CCF5, Comfamiliar reportó los recursos recaudados del subsidio familiar y destinados al régimen subsidiado de salud no comprometidos con corte a 31 de diciembre de 2013, por un total de $780.066.127, pues el total de esa vigencia fue $1.068.021.179 a lo que dedujo los $287.955.051,85 de las vigencias 2010, 2011 y 2012; que en respuesta el Consorcio Sayp reiteró que el Ministerio de Salud y Protección Social no había autorizado el cruce, en consecuencia estableció como saldo a favor del consorcio la suma de $287.955.051,85 y determinó que existe una apropiación sin justa causa.

Advirtió que el Decreto 2687 de 2012 que reglamentó los recursos a que hacen referencia el artículo 46 de la Ley 1438 de 2011 para la vigencia 2012, fue declarado nulo por el Consejo de Estado, por lo que el Ministerio de Salud y Protección Social expidió el Decreto 2562 de 2014, que en el artículo 5° estableció

un esquema de compensación de los recursos incluidos en la liquidación mensual de afiliados para las CCF que operaban el régimen subsidiado en el año 2013; que mediante nota externa de 18 de marzo de 2015 se realizó la proyección de los valores a compensar por las CCF que administran el régimen subsidiado, en la cual además de desconocer lo reportado en el formato CCF5, no se incluyó el mayor valor girado de $287.955.051,85; y que, el 21 de mayo y el 24 de junio de 2015, fue requerida Comfamiliar para que procediera a reportar y aclarar los formatos CCF4 vigencia 2010, y CCF5 vigencias 2011 y 2012 pendientes de aprobación (pág. 124-126, archivo 01).

II. TRÁMITE PROCESAL

Dentro del presente asunto el Consejo Seccional de la Judicatura Sala Jurisdiccional del Huila al dirimir el conflicto negativo de competencia, suscitado entre el Juzgado Segundo Laboral de Neiva y el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva, estableció en proveído de fecha 19 de julio de 2017 que el conocimiento correspondía a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, por lo que las diligencias fueron remitidas al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva, quien en auto de fecha 24 de diciembre de 2017 declaró su falta de competencia territorial y lo remitió a la ciudad de Bogotá, y le correspondió su conocimiento al Juzgado Décimo Laboral del Circuito de esta ciudad.

La demanda fue admitida el 11 de mayo de 2018, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (pág. 181, archivo 01), quienes dieron respuesta en término oportuno.

La Nación Ministerio de Salud y Protección Social, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Arguyó que no tuvo que ver directa ni indirectamente con el trámite para reconocimiento y pago ante el Fosyga por parte de Comfamiliar. Propuso como excepciones las de falta de jurisdicción y competencia, falta de legitimidad en la causa por pasiva, no comprender a todos los Litis consortes necesarios y/o decretar la sucesión procesal y prescripción (pág. 187-196 archivo 01).

La **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud Adres**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Arguyó, que no existe prueba de que se deban reintegrar los

excedentes peticionados. Propuso como excepciones las de ausencia de prueba del daño que se demanda reparar, ausencia de la responsabilidad de la demandada, y como excepción previa la de prescripción (pág. 209-241 archivo 01).

Mediante auto de fecha 16 de enero de 2019, se declaró la sucesión procesal de La Nación Ministerio de Salud y Protección Social a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud Adres (pág. 267-269 archivo 01).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 3 de septiembre de 2021, declaró probada la excepción denominada ausencia de prueba del daño que se demanda propuesta por la Adres, en consecuencia, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Estimó, luego de realizar la trazabilidad de los formatos CCF4 de la vigencia 2010, y CCF5 de la vigencia 2011 y 2012, así como de las modificaciones y las solicitudes de devolución, que no se demostró la existencia de ese mayor valor girado de $287.955.051,85 que aduce la demandante le debe ser reintegrado; que no se allegaron las diferentes versiones de los formatos CCF4 y CCF5, ni se acreditó cuáles fueron los cambios en los libros contables, estados financieros o documentos fuente que permitieran establecer cómo fueron contabilizadas las UPC de 2010 y 2011, y tampoco fueron aportadas las liquidaciones.

Consideró que lo aseverado por la demandante en sus comunicaciones, no se acompasa con las cuentas que realizó el juzgado; que no probó que omitió hacer el registro de las UPC de octubre y noviembre de 2010, así como las de marzo y abril de 2011, y que además no fueron verificadas por el perito; que ante la inexistencia en el plenario de los documentos fuente que permitan establecer cuál fue la verdad contable de los ingresos y de las UPC, no se logra demostrar el saldo a favor de Comfamiliar.

En relación con el dictamen pericial, se apartó de las conclusiones que allí se consignaron, como quiera que el perito informó que lo realizado fue la verificación de los saldos de las cuentas contables junto con el balance de prueba y los libros auxiliares, siendo coincidentes los valores allí consignados con la

reclamación de reintegro. En relación con las diferencias que se advierten entre las varias versiones de los CCF4 y CCF5, el auxiliar no verificó de donde surgen las mismas, pues tomó como punto de partida los formatos entregados por la parte demandante y corroboró lo allí consignado con los balances de prueba y los datos que fueron verificados del sistema; tuvo en cuenta la afirmación del perito en cuanto a que su labor correspondió a una revisión financiera y no contable, además de la omisión de allegar la totalidad de la información que le sirvió para realizar el dictamen; y, observó que el perito no estableció cuáles eran las sumas que se debían trasladar por parte de Comfamiliar al Fosyga en cada vigencia, en los términos ordenados al momento de decretar la prueba.

Finalmente, tuvo en cuenta que para la vigencia 2013, Comfamiliar no giró la totalidad de los recursos, sin previa autorización del Ministerio de Salud y Protección Social, por lo que no resultan de recibo las pretensiones de pago indexado de la suma de $287.955.051,85.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia, respecto de la decisión de la *a quo* de absolver a la demandada, al considerar que no fueron debidamente valoradas las pruebas aportadas. Señala que fue el Ministerio de Salud y Protección Social quien reglamentó los formatos CCF4 y CCF5, y que no comparte lo afirmado por la juez en relación con la falta de estudio por parte del perito de todas las versiones de estos formatos. Además, insistió en los requerimientos elevados por la demandada y que conllevaron al cambio de los formatos.

Reiteró los hechos sustento de la demanda, adicionó que existe prueba documental donde el Consorcio Sayp requiere a Comfamiliar para que se cambien los formatos CCF4 y CCF5 ya presentados y los ajuste en cada vigencia según los periodos por ellos determinados; que se aportaron los formatos con sus modificaciones. En punto del dictamen, luego de reiterar lo consignado en el informe presentado por el auxiliar, dijo que el perito afirmó que la técnica utilizada es avalada desde el punto contable, por ello es aceptable que hubiera tomado los formatos finales y los hubiera verificado; que el perito también analizó la cuenta contable n°. 2852 y 2862 con destinación específica del Fosyga y las detalló de manera minuciosa en su informe, lo que fue comparado con los libros contables y el balance de prueba, así como el pasivo general; que el auxiliar no

necesitaba verificar los formatos anteriores puesto que ellos fueron cambiados en atención a los requerimientos del Consorcio Sayp; que determinó que en el valor del pasivo a efectos del traslado final se debió traer los valores contenidos y reconocidos de la UPC del año 2010 y que fueron contabilizados posterior al cierre contable, según los soportes contables, corroborado con los libros contables y auxiliares; que el perito verificó la información contable bajo su experiencia y conocimiento, que correspondiera con los valores contenidos en los formatos en los cuales se efectuaron los pagos, CCF4 para la vigencia 2010 y CCF5 para las vigencias 2011 y 2012; y que, los valores de los saldos de la cuentas con destinación específica del Fosyga se acompasan con lo aquí pretendido, que además itera es la realidad contable, lo que habilita a la demandante a reclamar esas sumas pagadas en exceso.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 25 de noviembre de 2021 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a cada una para alegar (f.º 2).

Las partes presentaron alegaciones reiterando los argumentos expuestos, en la demanda, la contestación de la demanda y en sus alegaciones (f.º 3 - 14).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si la demandada debió ser condenada al reintegro de la suma de $287.955.051,85, por concepto de mayor valor pagado por recursos recaudados del subsidio familiar y destinados al régimen subsidiado de salud no comprometidos.

Conforme las previsiones del artículo 217 de la Ley 100 de 1993, las Cajas de Compensación Familiar deben destinar un porcentaje de los recursos del subsidio familiar que administran para financiar el régimen de subsidios en salud.

> ***ARTÍCULO 217. DE LA PARTICIPACIÓN DE LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR.*** *Las Cajas de Compensación Familiar destinarán el 5% de los recaudos del subsidio familiar que administran, para financiar el régimen de subsidios en Salud, salvo aquellas Cajas que obtengan un cuociente superior al 100% del recaudo del subsidio familiar del respectivo año, las cuales tendrán que destinar un 10%. La aplicación de este cuociente, para todos sus efectos, se hará de acuerdo con lo establecido en el artículo 67 de la Ley 49 de 1990, y a partir del 15 de febrero de cada año.*
>
> *Las Cajas de Compensación Familiar podrán administrar directamente, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto, los recursos del régimen subsidiado de que trata el presente artículo. La Caja que administre directamente estos recursos constituirá una cuenta independiente del resto de sus rentas y bienes. Las Cajas de Compensación Familiar que no cumplan los requisitos definidos en la reglamentación, deberán girar los recursos del subsidio a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía.*

Estos recursos hacen parte de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía – Fosyga en virtud de lo normado en el num. 2° del artículo 214 de la Ley 100 de 1993, el que fue modificado por el artículo 11 de la Ley 1122 de 2007, el artículo 34 de la Ley 1393 de 2010 y el artículo 44 de la Ley 1438 de 2011.

Ahora, el artículo 46 de la Ley 1438 de 2011 en punto de los recursos de las cajas de compensación familiar, dice:

> ***ARTÍCULO 46. RECURSOS DE LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR.*** *Sin perjuicio de los recursos de que trata el artículo 217 de la Ley 100 de 1993, se destinará un cuarto (1/4) de punto porcentual de la contribución parafiscal, establecida en la Ley 21 de 1982 en los artículos 11, numeral 1, y 12, numeral 1, a favor de las Cajas de Compensación Familiar, a atender acciones de promoción y prevención dentro del marco de la estrategia de Atención Primaria en Salud y/o en la unificación de los Planes de Beneficios, de forma concertada entre el Gobierno Nacional y las Cajas de Compensación Familiar, conforme al reglamento.*
>
> ***PARÁGRAFO 1o.*** *La asignación prevista en el presente artículo, conforme a la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, no podrá afectar el cálculo de los recursos que las Cajas de Compensación Familiar deben apropiar para los Fondos para el Subsidio Familiar de Vivienda –FOVIS– y para los programas de infancia y adolescencia.*
>
> ***PARÁGRAFO 2o.*** *Los recursos del cuarto de punto porcentual (1/4) de la contribución parafiscal que trata el presente artículo serán administrados directamente por las Cajas de Compensación Familiar y harán parte de las deducciones previstas en el parágrafo del artículo 217 la Ley 100 de 1993.*

La norma anterior, fue reglamentada a través del Decreto 2562 de 2014, en cuanto a los recursos de la vigencia 2012, indica:

> ***Artículo 3°. Destinación de los recursos.*** *Los recursos de que trata el artículo 46 de la Ley 1438 de 2011 correspondientes al recaudo efectivo de la vigencia 2012 se destinarán así:*
>
> *1. El cincuenta por ciento (50%) a la financiación de la continuidad de la unificación de planes de beneficios. Estos recursos serán administrados directamente por las Cajas de Compensación Familiar que operan el Régimen Subsidiado de Salud.*
>
> *2. El restante cincuenta por ciento (50%) en cualquiera de los siguientes programas de promoción y prevención en el marco de la estrategia de atención primaria en salud, así:*
>
> *a) Prevención y control de deficiencias de micronutrientes;*
>
> *b) Servicios Amigables para Adolescentes;*
>
> *c) Servicios de atención psicosocial a víctimas del conflicto armado;*
>
> *d) Servicios de la prevención y mitigación del consumo de sustancias psicoactivas;*

e) Prevención y mitigación de las enfermedades cardiovasculares.

Parágrafo 1°. *Las entidades que decidan no operar los programas a que hace referencia el numeral 2 de este artículo, girarán al Fosyga - Subcuenta de Promoción de la Salud, dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, los recursos recaudados en la vigencia 2012, para que sean distribuidos por el Ministerio de Salud y Protección Social entre las Cajas de Compensación Familiar que hayan manifestado su voluntad de ejecutar estos programas.*

Parágrafo 2°. *Los programas de promoción y prevención a que hace referencia este artículo se entenderán adicionales a las actividades de promoción y prevención que se deben financiar con los recursos de UPC que reconoce el Sistema General de Seguridad Social en Salud a las EPS y a las Cajas de Compensación Familiar (CCF) que participan en el aseguramiento en salud. Los servicios que se presten con ocasión de estos programas no generarán para el beneficiario cobro de copagos, cuotas moderadoras o cualquier otro recurso a cargo de los beneficiarios.*

Parágrafo 3°. *Las acciones de promoción y prevención a que hace referencia el numeral 2 del presente artículo, se ejecutarán directamente por las Cajas de Compensación Familiar o las EPS en las cuales tengan participación las Cajas de Compensación Familiar, para lo cual, en los casos que corresponda se entenderán habilitadas para prestar dichos servicios.*

Que mediante el Artículo 12 del Decreto 050 de 2003, se establecieron reglas para el recaudo y giro de los recursos de que trata el mencionado artículo 217, disponiendo que, de resultar excedentes a favor del Fondo de Solidaridad y Garantía - Fosyga, se estableció que éstos deberán ejecutarse de acuerdo con los criterios que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

De otra parte, el Decreto 3136 de 2011 modificó el Artículo 12 del Decreto 050 de 2003, el cual quedó así:

*"**Articulo 12. Recursos del recaudo del subsidio familiar que se destinan al Régimen Subsidiado administrados directamente por las Cajas de Compensación Familiar.** Las Cajas de Compensación Familiar que administren directamente los recursos correspondientes al recaudo del subsidio familiar destinados al Régimen de Subsidios en Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, informarán sobre su recaudo al administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, a más tardar el tercer (3) día hábil siguiente a la fecha límite mensual establecida en las normas para el giro de los aportes del subsidio familiar por parte de los empleadores. Los recursos de que trata el presente artículo deberán ser manejados en cuentas contables y bancarias separadas del resto de los recursos y no podrán hacer unidad de caja con los demás recursos que maneja la Caja de Compensación Familiar.*

La información a que se refiere el presente artículo, correspondiente a recaudos efectuados con posterioridad a la fecha límite mensual establecida para que los empleadores efectúen los aportes y hasta el último día del mes, se reportará el mes siguiente al del recaudo, en la misma fecha indicada en el inciso anterior, identificando el período al cual corresponden.

Cuando al cierre de la vigencia fiscal, el recaudo de los recursos a que hace referencia este artículo y los rendimientos financieros de los mismos, supere el monto de las Unidades de Pago por Capitación~ UPC reconocidas en el respectivo año, teniendo en cuenta sus afiliados durante el mismo, el excedente deberá ser girado al FOSYGA-Subcuenta de Solidaridad- durante el mes de enero del año siguiente al que corresponda el recaudo junto con la información respectiva.

Los recursos de excedentes que se generen a partir de la vigencia 2011, se usarán en la cofinanciación del Régimen de Subsidios en Salud a cargo del FOSYGA.

De resultar saldos a favor de las Cajas de Compensación Familiar al cierre de la vigencia fiscal, el FOSYGA previa verificación, reconocerá los recursos que correspondan directamente a éstas.

La información de los excedentes o saldos a favor de las Cajas de Compensación Familiar de que trata este artículo, deberá ser certificada por el representante legal y por el revisor fiscal de la respectiva Caja de Compensación.

El Ministerio de la Protección Social, adoptará los formatos y mecanismos operativos que se requieran para dar cumplimiento a lo previsto en este articulo.

Parágrafo Transitorio. *Los recursos excedentes del subsidio familiar con corte a 31 de diciembre de 2010, se girarán al FOSYGA antes del 15 de Septiembre de 2011.*

Dichos recursos serán utilizados para el pago de las obligaciones superiores a noventa (90) días registradas en los estados financieros con corte a 30 de junio de 2011, a cargo de los departamentos y distritos por servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado prestados a los afiliados de las EPS de este Régimen, siempre que los recursos para el pago de estos servicios según lo ordenado por la ley y los reglamentos resulten insuficientes, todo lo cual deberá ser certificado al Ministerio de la Protección Social por el representante legal de dichos entes territoriales.

Para este fin, el Ministerio de la Protección Social o la entidad que haga sus veces, asignará los recursos entre los departamentos y distritos de acuerdo con la participación de la deuda de cada entidad territorial, por un lado con las Cajas de Compensación Familiar que administran el Régimen Subsidiado, frente al monto total de la deuda consolidada con estas entidades, y por otro lado en proporción a la participación de la deuda de cada entidad territorial con las demás EPS que administran el Régimen Subsidiado, frente al monto total de la deuda consolidada con estas entidades, sin que en cada caso la asignación supere la obligación reportada, conforme a lo dispuesto en este parágrafo.

Las deudas en cuestión deberán ser depuradas, conciliadas, auditadas y liquidadas por el respectivo departamento o distrito, previo al envío de la certificación que remita la entidad territorial al Ministerio de la Protección Social. Para estos efectos deberá tenerse en cuenta las deudas canceladas previamente, con otros recursos de origen territorial o nacional, incluyendo los asignados mediante las Resoluciones 530,3797, 5441 Y 5510 de 2010 y 2675 de 2011. No se considerarán deudas, los intereses causados por la mora en su pago, ni los gastos, costas y honorarios que se ocasionen por cobros judiciales o prejudiciales.

Los recursos de que trata este parágrafo se girarán directamente por el FOSYGA a los prestadores de servicios de salud de mediana y alta complejidad con quienes las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado tengan cuentas por pagar dando prioridad a la cartera más antigua.

La respectiva entidad territorial, las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado, así como los prestadores de servicios deberán hacer el saneamiento contable correspondiente conforme a los recursos que le sean asignados y girados según lo previsto en el presente parágrafo, situación que también deberá serlé certificada al Ministerio de la Protección Social por el representante legal de estas entidades, para que dicho Ministerio realice el balance correspondiente.

Conforme a la normatividad en cita, la CCF Comfamiliar tenía la obligación de destinar el 5% de sus recaudos para financiar el régimen de subsidios en Salud, recursos que contablemente deben ser manejados en cuentas contables y bancarias separadas, con la precisión que no pueden hacer unidad de caja con los demás recursos que maneja la CCF. No obstante, solo con la regulación aquí descrita se dispuso que se debían transferir al Fosyga los recursos excedentes del subsidio familiar que se destinan al Régimen Subsidiado administrado directamente por las Cajas de Compensación Familiar.

Al efecto, en la resolución n°. 4025 de 2011 del Ministerio de Salud y Protección social se estableció la obligación de las Cajas de Compensación Familiar de reportar al Administrador Fiduciario del Fosyga el formato CCF4 denominado "*Reporte de excedentes de Recursos del Régimen*

Subsidiado girados al FOSYGA" con la información concerniente a la ejecución de los "*Recursos del recaudo del subsidio familiar que se destinan al Régimen Subsidiado administrados directamente por las Cajas de Compensación Familiar", antes del 15 de Septiembre de 2011.*

Luego, mediante la resolución 148 de 2012 emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social se estableció la responsabilidad por parte de las Cajas de Compensación Familiar de adoptar el Formato CCF5 "*Reporte Anual de Excedentes de Recursos del Régimen Subsidiado, administrados directamente por parte de las Cajas de Compensación Familiar*", el cual deberá ser reportado al Administrador Fiduciario del Fosyga con la información anual de los *"Recursos del recaudo del subsidio familiar que se destinan al Régimen Subsidiado administrados directamente por las Cajas de Compensación Familiar", durante el mes de Enero del año siguiente al que corresponda el recaudo.*

Formato CCF4 vigencia 2010. El Decreto 3136 de 2011 previo que los recursos excedentes del subsidio familiar con corte a 31 de diciembre de 2010 se trasladarían al Fosyga antes del 15 de septiembre de 2011, lo que debía realizarse en el formato CCF4.

Es de anotar que si bien no fueron allegados los formatos CCF4 y CCF5 a los cuales se hace mención, lo cierto es que en las diferentes comunicaciones fueron incorporados, así como la información contenida en ellos, de donde se desprende que en esa primera oportunidad Comfamiliar reportó los siguientes valores:

Fecha	Valor Disponible	Valor Inversiones	Total Excedentes
15 septiembre 2011	$1.580.232.208	$1.990.959.840	$3.571.202.048

En la segunda oportunidad, Comfamiliar en el formato CCF4 estableció como total de excedentes la suma de 3.767.606.025, discriminada así:

Fecha	Valor Disponible	Valor Inversiones	Total Excedentes
23 octubre 2012	$1.776.636.185	$1.990.959.840	$3.767.606.025

Para llegar a estos valores, señala que dio cumplimiento al requerimiento que le realizó el Consorcio Sayp, en el cual se le indicó que el formato CCF4 de vigencia 2010 debía comprender también los recursos de enero a marzo de 2011.

En la tercera oportunidad, adujo Comfamiliar que realizada la depuración contable al formato CCF4 de 2010, se advirtió que:

> *"correspondió a que no se tuvo en cuenta la ejecución del primer trimestre del año 2011 según la* ***cuenta contable 2862,*** *en donde se refleja que la ejecución por UPC de enero a marzo 31 de 2011 correspondió a* ***$609 millones,*** *para los cuales se habían asignado a diciembre de 2010 recursos por* ***$553,8 millones****, quedando un valor pendiente de* ***$55 millones,*** *esta cifra fue causada contablemente en el* ***primer trimestre de 2011,*** *teniendo en cuenta que hasta este periodo correspondía la contratación de la vigencia 2010.*
> *Como se puede observar los registros contables no sufrieron modificación alguna, las diferentes versiones de la información certificada se dio por motivo de Interpretación de la información contable para la elaboración del formato.*
> *Los cambios generados en el Formato CCF4 de la Vigencia 2010 obedecieron a la movilidad de conceptos y cifras dentro de los mismos reportes, sin que ello implicare alteraciones de fondo,* ***más aun cuando la información fue tomada fielmente de los libros de contabilidad."*** (archivo 3).

Así pues, las sumas que reportadas fueron:

Fecha	Valor Disponible	Valor Inversiones	Total Excedentes
15 septiembre 2011	$1.079.921.560	$2.435.634.269	$3.515.555.729

Conviene subrayar, que en relación con esta última versión del formato CCF4, afirma que tiene a favor la suma de $76.898.343, pues la suma que debía girar era $3.515.555.729, y se había transferido un total de $3.592.454.072.

Formato CCF5 vigencia 2011

En primera oportunidad, el 12 de marzo de 2012 se presentó por parte de Comfamiliar este formato con la siguiente información:

Fecha	Valor Disponible	Valor Inversiones	Total Excedentes
12 de marzo de 2012	$45.862.179,38	$1.512.520.025,45	$1.223.880.262

Este formato fue corregido el 23 de octubre de 2012, en atención al requerimiento que hizo el Consorcio Sayp, en virtud del cual los recursos de los meses de enero, febrero y marzo de 2011 deberían incluirse en el formato CCF4 de vigencia 2010, y las mensualidades de abril a diciembre de 2011 en el formato CCF5 de vigencia 2011. Por lo anterior las sumas reportadas fueron:

Fecha	Valor Disponible	Valor Inversiones	Total Excedentes
23 de octubre de 2012	238.857.698,83	973.131.256,86	956.397.324,75

Por tercera vez se presentó este formato CCF5 de la vigencia 2011, en la cual se modificó lo correspondiente al valor disponible y el valor de las inversiones, quedando los siguientes valores:

Fecha	Valor Disponible	Valor Inversiones	Total Excedentes
7 de diciembre de 2012	289.833.616,94	666.563.707,81	956.397.324,75

En particular, sobre esta vigencia señala que se había girado la suma de $1.223.880.262, y como quiera que el total de excedente asciende a la suma de $956.397.324,75, existe una diferencia a favor de Comfamiliar de $267.482.936,59.

Formato CCF5 vigencia 2012

En relación con el formato CCF5 para la vigencia 2012, el 14 de febrero de 2013 este fue presentado con los siguientes valores:

Fecha	Valor Disponible	Valor Inversiones	Total Excedentes
14 de febrero de 2013	155.515.834	104.015.187	155.515.834

Del anterior valor, Comfamiliar giró la suma de $99.089.625, como quiera que el Ministerio de Salud y Protección Social, en el mes de febrero de 2013 autorizó el cruce de $56.426.208,69 con la vigencia 2012.

En resumidas cuentas, Comfamiliar presentó en tres oportunidades la solicitud de devolución de recursos, así:

1. El 23 de octubre de 2012, solicitó la devolución de recursos por la suma de $59.187.654,69.
2. El 7 de diciembre de 2012, solicitó la devolución de recursos por la suma $56.426.208,69.
3. El 16 de julio de 2013, solicitó la devolución de recursos por la suma $287.955.051,85.

En la última solicitud, se incluyen los saldos de las vigencias 2010, 2011 y 2012, según la depuración contable que la entidad asegura haber realizado, así:

VIGENCIA	DISPONIBLE	GIRADO	DIFERENCIA
2010	$ 3.515.555.279,00	$ 3.592.454.072,00	-$ 76.898.793,00

2011	$ 956.397.325,00	$ 1.223.880.261,59	-$ 267.482.936,59
2012	$ 155.515.853,06	$ 99.089.625,32	$ 56.426.227,74
Total a favor Comfamiliar			$ 287.955.051,85

Así las cosas, a fin de establecer si en efecto la suma de $ 287.955.051,85 se encuentra a favor de la demandante Comfamiliar, se hace necesario la verificación de las pruebas oportunamente allegadas y decretadas.

Inicialmente se debe señalar que la solicitud de reintegro contiene sumas globales, de las cuales no es posible determinar su origen, y detallar de manera particular de donde surgen las diferencias o cuales son los valores de los movimientos y las cuentas contables que en ella intervienen, de manera tal que hubiese sido posible su trazabilidad.

De otra parte, en el año 2013 cuando fue presentada la solicitud de reintegro por la suma de $287.955.051,85, esta no fue aceptada por el Consorcio Ministerio de Salud y Protección Social, al respecto se le informó que las cajas de compensación debían identificar con corte a 31 de diciembre de 2010 los excedentes de dichos recursos y girarlos al Fosyga antes del 15 de septiembre de 2011, que era una información que las CCF debían tener depurada en cada vigencia fiscal, es decir que esa información que debían reportar reposaba en los estados financieros del año 2010, de igual manera que las CCF se hacían responsables de la información reportada y de los valores girados, pues estaba certificada por el representante legal y por el revisor fiscal. Señaló que esos recursos tenían una destinación especifica y que de esta manera fueron asignados, además que no se estableció mecanismo alguno que permitiera la modificación de esta información (archivo 201333101626921, exp. dig.).

En comunicación del 15 de marzo de 2016 el Ministerio, luego de hacer un recuento de lo acaecido con los formatos CCF4 y CCF5, consideró que no existen saldos pendientes. De igual manera puso de presente que el 12 de agosto de 2013 se efectuó reunión en el Ministerio, que contó con la participación del Consorcio Sayp y de Comfamiliar Huila, donde esta última se comprometió a más tardar al 31 de agosto de 2013, a presentar los soportes que evidenciaran que lo consignado en el formato CCF4 presentado en su tercera versión era lo correcto, lo que no fue cumplido. Añadió que el formatos correspondientes a la vigencia 2010 se encuentran en firme (archivo 201633210415821, exp. dig.).

Revisada la certificación del 15 de febrero de 2016 (archivo 22), en la misma se lee que el sustento de la solicitud de devolución de recursos se circunscribe a:

> (…)
> 2. Que a 31 de Diciembre de 2010 COMFAMILIAR HUILA tenía un saldo según los libros de contabilidad en la cuenta de Fondos con destinación específica FOSYGA en las Cuentas 2852 y 2862 por $4.125.070.365.
> 3. Que el saldo de $4.125.070.365 una vez conciliado el movimiento contable se determinó que no se habían descontado los siguientes registros:
> 3.1. UPC reconocidas del bimestre Octubre-Noviembre de 2010 en cuantía de $159.157.248, cuyo registro contable se elaboró en Enero 31 de 2011 según consta en Nota de Contabilidad NC1-46842.
> 3.2. UPC reconocidas del bimestre Diciembre 2010 y Enero 2011 por valor de $196.725.312, cuyo registro contable se hizo en Enero 31 de 2011 según consta en Nota de Contabilidad NC1-46842.
> 3.3. UPC reconocidas del bimestre Febrero-Marzo de 2011, las cuales ascienden a $29.101.684, cuyo registro contable se hizo en Febrero 28 de 2011 según consta en Nota de Contabilidad CRA-223.
> 3.4. Se elaboraron ajustes netos a favor de los recursos del Artículo 217 de la Ley 100 de 1993, en las liquidaciones de contratos con los entes municipales por $5.469.608, según consta en las notas de contabilidad AC-30001, 30010, 30016, 30050 y 30091 de fecha marzo y abril de 2011.
> 3.5. Según parágrafo transitorio del artículo 1, del Decreto 3136 de Agosto de 2011, no establecía que para efecto del saldo a girar a 31 de Diciembre de 2010 se tenían que descontar la UPC reconocidas del primer trimestre de 2011, este requisito fue exigido por el CONSORCIO SAYP, en el reporte del formato CCF5 del año 2011 que solo reconoció las UPC desde el 1 de Abril hasta el 31 de Diciembre de 2011.
> (…)

Importa agregar, que no existe medio probatorio que dé cuenta de que sólo hasta la última versión del formato CCF4 se incluyeron las UPC reconocidas del bimestre Octubre-Noviembre de 2010 en cuantía de $159.157.248, aunado a que tampoco se arrimó la nota de contabilidad NC1-46842 de enero 31 de 2011, junto con sus respectivos soportes, de los cuales se pueda llegar a esa conclusión.

Lo mismo ocurre con las UPC reconocidas del bimestre diciembre 2010 y enero 2011 y las reconocidas del bimestre febrero-marzo de 2011, pues en el expediente brillan por su ausencia las notas de contabilidad NC1-46842 y CRA-223.

En lo relacionado con las liquidaciones de los contratos con las entidades municipales, aduce que constan en las notas de contabilidad AC-30001, 30010, 30016, 30050 y 30091 de fecha marzo y abril de 2011, frente a lo cual debe tenerse en cuenta que lo correspondiente a abril de 2011 se debía reportar en el formato CCF5 de vigencia 2011, y marzo de 2011 se reportaba en el formato CCF4 de vigencia 2010, resaltando que estas notas de contabilidad tampoco fueron allegadas.

Así las cosas, una vez revisado el plenario se tiene que fueron allegadas las diversas comunicaciones emanadas de una y otra parte, junto con las

certificaciones del revisor fiscal y el representante legal, que sirvieron de base para las solicitudes de devolución de recursos (carpeta 13, exp. dig.); no obstante, no se allegaron los estados financieros que sirvieron de base para la presentación de los formatos, como tampoco los soportes contables ni los libros de contabilidad que den cuenta de las diferencias aducidas por la parte demandante.

Ahora, en lo que tiene que ver con las obligaciones del revisor fiscal, el artículo 207 del CCio, prevé:

> **ARTÍCULO 207. <FUNCIONES DEL REVISOR FISCAL>.** Son funciones del revisor fiscal:
>
> 1) Cerciorarse de que las operaciones que se celebren o cumplan por cuenta de la sociedad se ajustan a las prescripciones de los estatutos, a las decisiones de la asamblea general y de la junta directiva;
>
> 2) Dar oportuna cuenta, por escrito, a la asamblea o junta de socios, a la junta directiva o al gerente, según los casos, de las irregularidades que ocurran en el funcionamiento de la sociedad y en el desarrollo de sus negocios;
>
> 3) Colaborar con las entidades gubernamentales que ejerzan la inspección y vigilancia de las compañías, y rendirles los informes a que haya lugar o le sean solicitados;
>
> 4) Velar por que se lleven regularmente la contabilidad de la sociedad y las actas de las reuniones de la asamblea, de la junta de socios y de la junta directiva, y porque se conserven debidamente la correspondencia de la sociedad y los comprobantes de las cuentas, impartiendo las instrucciones necesarias para tales fines;
>
> 5) Inspeccionar asiduamente los bienes de la sociedad y procurar que se tomen oportunamente las medidas de conservación o seguridad de los mismos y de los que ella tenga en custodia a cualquier otro título;
>
> 6) Impartir las instrucciones, practicar las inspecciones y solicitar los informes que sean necesarios para establecer un control permanente sobre los valores sociales;
>
> 7) Autorizar con su firma cualquier balance que se haga, con su dictamen o informe correspondiente;
>
> 8) Convocar a la asamblea o a la junta de socios a reuniones extraordinarias cuando lo juzgue necesario, y
>
> 9) Cumplir las demás atribuciones que le señalen las leyes o los estatutos y las que, siendo compatibles con las anteriores, le encomiende la asamblea o junta de socios.
>
> 10) Reportar a la Unidad de Información y Análisis Financiero las operaciones catalogadas como sospechosas en los términos del literal d) del numeral 2 del artículo 102 del Decreto-ley 663 de 1993, cuando las adviertan dentro del giro ordinario de sus labores.

Por su parte, el articulo 211 *ídem*, dispone:

> **ARTÍCULO 211. <RESPONSABILIDAD DEL REVISOR FISCAL>.** El revisor fiscal responderá de los perjuicios que ocasione a la sociedad, a sus asociados o a terceros, por negligencia o dolo en el cumplimiento de sus funciones.

Al respecto, sobresale de la documental aportada, la existencia de un requerimiento por parte de la revisoría fiscal de Comfamiliar (archivo 15, exp. dig.) de fecha 14 de septiembre de 2016, en el cual se lee:

> Agradezco sustentar por escrito en términos legales y contables, las razones por las cuales Comfamiliar Huila realiza nuevamente cambios en los formatos CCF5 de la vigencia año 2011 y 2012, en razón a que se han presentado demasiados cambios en el contenido de la información a reportar.

> La revisoría fiscal no está dispuesta a certificar nuevamente, dada la responsabilidad de Comfamiliar Huila de garantizar consistencia, coherencia y veracidad en los registros contables-
> Las modificaciones antes mencionadas han causado demasiados problemas a la Revisoría Fiscal, sin que la administración de Comfamiliar Huila a la fecha, haya establecido la responsabilidad de los cambios de las cifras en la contabilidad y, de los registros tomados para la elaboración de los formatos antes mencionadas.

De igual manera, se tiene que el Consorcio Sayp advirtió eventuales irregularidades en el comportamiento de la revisoría fiscal de Comfamiliar, pues ese ente, en tres oportunidades certificó información contable totalmente diferente a fin de cumplir con lo previsto en el Decreto 3136 de 2011; se reitera que la información de los excedentes o saldos a favor de las CCF debe ser certificada por el representante legal y por el revisor fiscal.

De lo anterior da cuenta la comunicación dirigida a la junta central de contadores (archivo 27, exp. dig.), en la cual Sayp luego de hacer un recuento de las actuaciones de la CCF, solicita investigación al revisor fiscal de Comfamiliar, al efecto plasmó que "*Todo lo anterior, no da confiabilidad en la información reportada por COMFAMILIARHUILA sobre la administración de los recursos del Régimen Subsidiado en Salud (…)*"

Así las cosas, a pesar de que las certificaciones sustento de los formatos CCF4 y CCF5 se encuentran suscritas por el representante legal y el revisor fiscal de Comfamiliar Huila, lo cierto es que, la información allí contenida no genera credibilidad ni confianza, pues como ya se advirtió, hasta la misma revisoría fiscal solicitó aclaración respecto de la información contable reportada, sin que se advierta que se hubiera procedido de tal manera.

De todas formas, respecto de los formatos presentados por Comfamiliar Huila, se solicitó aclaración, además que fueron reiterados los requerimientos ante la falta de cumplimiento por parte de la CCF, tal como se puede ver en las comunicaciones SLD-31665-16, SLD-28158-16, SLD-17295-16, SLD-21200-16 (archivo 14, 17, 18, 19, 25, 27 y 29, respectivamente)

A esto se agrega que, cuando Comfamiliar Huila hizo el cruce del valor que considera giró en exceso en el formato CCF5 de la vigencia 2013, sin previa autorización del Ministerio de Trabajo y la Protección Social, no se ciñó a sus deberes como administradora de recursos del régimen de subsidios en salud, y se apropió indebidamente de ellos, debiendo darse aplicación a lo dispuesto en

los artículos 1° (eficiencia y oportunidad en el manejo de los recursos) y 3° del Decreto Ley 1281 de 2002, último que señala:

> ***ARTÍCULO 3.*** *Cuando el administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública, en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de caja, detecte que se presentó apropiación sin justa causa de recursos del sector salud, en los eventos que señale el reglamento, solicitará en forma inmediata las aclaraciones respectivas o su reintegro, el cual procederá a más tardar dentro de los veinte días hábiles siguientes a la comunicación del hecho. Cuando la situación no sea subsanada o aclarada en el plazo señalado se informará de manera inmediata y con las pruebas correspondientes a la Superintendencia Nacional de Salud quien ordenará el reintegro inmediato de los recursos y adelantará las acciones que considere pertinentes.*

En lo atinente al dictamen allegado por Alexander Polania Vargas (pág. 393 a 405, exp. dig.), en su calidad de perito auditor, quien acreditó ser profesional en contaduría, afirmó que las técnicas utilizadas contaban con aval en las normas internacionales de auditoría y las normas que regulan la materia. Dijo que Comfamiliar le suministró la información solicitada, esto es, balances de prueba originados del módulo de contabilidad, libros auxiliares y estados financieros finales de los ejercicios de los periodos 2010, 2011 y 2012. Tomó el valor total de los pasivos y lo verificó con lo contenido en los documentos obtenidos.

Evaluó la información contenida en las cuentas contables n°. 2852 y 2862, la que comparó con los libros auxiliares, balance de prueba y de igual manera que hace parte del pasivo total, con un total de $4.125.070.365,11. A efectos de determinar los valores por UPC del año 2010 y que fueron contabilizados con posterioridad, verificó el respectivo comprobante y los registros en los libros auxiliares. En el mismo sentido, corroboró la información que fue consignada en los formatos CCF4 y CCF5 con la documental que le fue entregada, así como con el registro contable directamente de la aplicación contable que maneja la entidad. Al efecto constató los pagos efectuados por cada vigencia. Verificó la idoneidad de los softwares contables, así como de los libros y papeles de comercio. Como conclusión dijo que la información contable puesta a disposición se ajusta a las normas de contabilidad y de información financiera aceptadas en Colombia. Evidenció que se presenta un mayor valor girado por las vigencias 2010, 2011 y 2012 al Fosyga por valor de $287.955.071,17.

Ahora, el perito en la sustentación de su experticia, señaló que realizó la verificación de los saldos de las cuentas contables, que verificó con el balance de prueba la información que le fue puesta a disposición; según la auditoría realizada encontró coincidentes los valores allí consignados con la reclamación

de reintegro. Dijo que no verificó las diferencias entre los diferentes formatos CCF4 y CCF5, pues para su análisis tomó la última versión que le fue suministrada por la demandante, y que los datos fueron verificados del sistema. Informó que sólo revisó las cuentas n°. 2852 y 2862 que son de carácter pasivo, en relación de las cuentas activas no especificó cuáles de ellas fueron objeto de revisión. Dijo además que consultó los estados financieros definitivos y verificó los balances de prueba. En relación con la información registrada en los CCF4 y CCF5 dijo que esta fue revisada. Señaló que su labor correspondió a una revisión financiera y no contable; y, omitió anexar en el peritaje la totalidad de la información que le sirvió de sustento para realizar el dictamen.

Dado que este dictamen se circunscribió únicamente a una constatación de la información contenida en los últimos formatos CCF4 y CCF5 con lo existente en el sistema contable de la demandante, no aporta mayor información de la cual se pueda establecer que en efecto se adeudan las sumas pretendidas. Pues, resulta evidente que la información de la última versión de estos formatos se extrajo de la contabilidad actual de Comfamiliar, de esta manera los asientos contables debían coincidir.

De igual manera, se tiene que no dijo nada el perito sobre la información fuente de los CCF, además que no verificó toda la información, y tampoco las comunicaciones cruzadas entre las partes sobre las diferencias de los excedentes. En lo atinente a la confidencialidad que alegó el perito, esta no resulta de recibo al tratarse de una orden judicial la que medió para la realización de la experticia, y atendiendo a la necesidad allegar los documentos soporte de la misma, relacionados con el objeto de debate jurídico procesal.

En estas condiciones, se hace necesario señalar que el perito no cumplió con la labor que se le encomendó, que no era otra que establecer cuales eran las sumas que se debían trasladar por parte de Comfamiliar al Fosyga, y para ello debía hacer la consulta de todas las documentales necesarias de la contabilidad y sus soportes y anexos de Comfamiliar, que le sirvieran de base para tal hecho, pues a pesar que se relacionaron como documentos y papeles de trabajo los formatos, balances de prueba, libros auxiliares y estados financieros básicos vigencias 2010, 2011 y 2012, estos no fueron aportados.

En suma, si bien Comfamiliar sustenta las diferencias de su solicitud de reintegro en las UPC del año 2010 y 2011, lo cierto es que no se aportaron al

proceso los movimientos contables o los soportes de los mismos, de los cuales sea posible establecer que en efecto esas sumas no fueron objeto de deducción en su oportunidad, tarea en la que nada ayudó la experticia como ya se precisó; y es que, sólo de esa manera se podría demostrar que en efecto esas sumas fueron giradas de mas, y que corresponden al patrimonio de la CCF y no son recursos del Fosyga; ello, como quiera que la carga de la prueba, conforme a lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, se encontraba en cabeza de la demandante, quien no cumplió con esta carga procesal.

Debe recordarse, que en virtud del principio de libre formación del convencimiento establecido en el art. 61 del CPTSS el juez puede basar su decisión en aquellas pruebas que le ofrecen mayor credibilidad en desmedro de otras (CSJ SL1927 - 2021), siendo estas pruebas en el caso objeto de estudio las documentales ya referidas.

Así las cosas, del análisis conjunto del material probatorio, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS, atendiendo a las reglas de la sana crítica y a la conducta procesal observada por las partes, considera la Sala que no se acreditó la existencia de sumas que se deban reintegrar a la CCF demandante; además, que el dictamen rendido no aportó suficientes argumentos de los cuales se pueda establecer la procedencia de las pretensiones de la demanda.

Por todo lo expuesto, se **confirmará** la decisión apelada. Sin costas en la alzada ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de septiembre de 2021, por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones anteriores.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **c7f9f3b74f8b2e00d193f92baaa2d79c762f58b38bd7f42fac49d46f672e7e9b**
Documento generado en 14/09/2022 02:58:17 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN.	11001 31 05 **017 2015 01013** 01
DEMANDANTE:	TRINO RINCÓN DÍAZ Y WILSON ANDRÉS BOHÓRQUEZ GARCÍA
DEMANDADO:	**DELTEC SA** y **CODENSA SA**

Bogotá DC, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia proferida el 28 de octubre de 2021, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretenden los demandantes, que se declare que con CODENSA SA ESP como beneficiaria y DELTEC SA en su condición de simple intermediaria, existieron contratos de trabajo a término indefinido, a partir de 2 de julio de 2010 con Wilson Andrés Bohórquez García y a partir del 24 de julio de 2010 con Trino Rincón Díaz. De manera subsidiaria que se declare que los contratos de trabajo por obra o labor finalizaron el 30 de abril de 2015. Que se declare que se afiliaron al sindicato red de empleados de la energía y los servicios públicos domiciliarios – REDES, estando vigentes sus contratos de trabajo; la ineficacia de las comunicaciones del 1° de enero de 2013, a través de las cuales se les informó la terminación del contrato, pues estas fueron recibidas el 29 de mayo de 2012, y fueron indebidamente utilizadas para sancionarlos por haber hecho uso del derecho de asociación; y que, se tenga el bono mensual como factor salarial.

Como consecuencia, que se condene a las demandadas en forma solidaria, al pago de la indemnización por despido sin justa causa, junto con la reliquidación de las prestaciones sociales, al pago de la sanción por no consignación completa de las cesantías a un fondo, junto con la indemnización moratoria y la indexación.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, informaron que Codensa cumple con las labores de distribución y comercialización de energía, y para el desarrollo de su objeto social contrata a través de terceros, como es su caso, pues fueron contratados por Deltec SA, a través de contratos de duración de la obra o labor contratada, sin que se les indicara la duración de la misma, Trino Rincón Díaz a partir del 24 de julio de 2010, y Wilson Andrés Bohórquez García a partir del 2 de julio de 2010; que en sus contratos, en la cláusula quinta, se señaló que después de 36 días, se entendía celebrado a término indefinido.

Afirmaron que la obra contratada entre las demandadas estuvo vigente hasta el 30 de abril de 2015, conforme contrato 5800004707, sin ninguna modificación; que ahora es ejecutada por la Unión Temporal Andel, de la cual forma parte Deltec SA; que las demandadas intentaron imponer prórrogas a término fijo, y el 29 de mayo de 2012 suscribieron un otrosí al contrato de obra o labor contratada; que las causas que dieron origen a la contratación continúan vigentes; que el cargo que desempeñaron fue el de operario GT de línea energizada, en el que prestaron sus servicios bajo la continuada dependencia y subordinación de las demandadas; y que, Codensa SA ESP, como beneficiaria directa del trabajo, es la verdadera empleadora.

Adujeron que, en los contratos quedó establecida una causal clara de terminación, que implica la observancia de obligaciones frente a la actividad que en forma exclusiva realiza Codensa SA ESP, que es considerada como servicio esencial; que fueron despedidos sin justa causa, y en el caso de Trino Rincón Díaz, se liquidaron en forma equivocada las prestaciones sociales; que fundado el sindicato de Redes y luego de su afiliación, Deltec utilizó la carta de no prórroga, pues como es costumbre de las intermediarias, hacen suscribir junto con las prórrogas u otrosí esta documental; que el salario básico ascendía a la suma de $1.059.729; que debían laborar tiempo extraordinario en domingos o festivos, sin embargo, este no fue incluido en el pago de las prestaciones sociales; que dentro del esquema de remuneración estaba incluido un bono, luego denominado bono Sodexo, por la suma de $300.000, y posteriormente ascendió

a $500.000, retributivos de trabajo, y que no fueron objeto de exclusión salarial, no obstante no fueron tomados como base salarial.

Indicaron que, el 15 de diciembre de 2012 en uso del derecho fundamental de asociación sindical, varios trabajadores del sector energético fundaron el sindicato red de empleados de la energía y los servicios públicos domiciliarios REDES y el 27 de diciembre de 2012 se vincularon al mismo, lo que fue comunicado a las demandadas al día siguiente; que el 2 y el 14 de enero de 2013, fueron notificados de la decisión de terminación del contrato; y que, las demandadas se abstuvieron de entregar copias de los contratos de trabajo, por lo que estos fueron solicitados por derecho de petición (pág. 300 a 311, archivo 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

Luego de subsanada la demanda fue admitida, el 25 de mayo de 2016, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (pág. 454, archivo 1), quienes dieron respuesta en término oportuno.

Codensa SA ESP manifestó que los demandantes suscribieron un contrato de trabajo con Deltec, respecto de la cual sí existía subordinación y dependencia, y Codensa nunca fungió como empleador. Hizo énfasis en la diferencia entre contratista independiente y simple intermediario, para concluir, que Deltec era un contratista independiente y ese supuesto no conlleva la existencia de un contrato de trabajo con Condesa. Alegó la inexistencia de la solidaridad, como quiera que el objeto social de Deltec no es similar al de Condensa. En punto de la bonificación, adujo que desconoce sus particularidades, no obstante, la norma convencional no puede aplicar a los trabajadores de Deltec, pues entre ellos ninguno realiza actividades en línea viva. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, y prescripción (pág. 456 a 474, archivo 1).

Deltec SA, contestó con oposición a todas las pretensiones, manifestó que en virtud del contrato comercial con Condensa, realizaba labores de suministro de servicios para las actividades de mantenimiento correctivo y preventivo en las redes de distribución aéreas y subterráneas hasta 34.5KV entre otras, de lo que se deduce que se trata de un proceso técnico y especializado propio de Deltec, y que resulta ajeno a su objeto social. Agregó que Codensa no participa en ningún

proceso administrativo de Deltec, por lo que se desvirtúa la solidaridad. En relación con la terminación de los contratos, dijo que cada contrato tiene una duración en el tiempo por lo que los contratos de trabajo son por obra o labor determinada, y su duración depende de la ejecución de la obra y fluctúan según la demanda del cliente. Finalmente, dijo que el bono fue reconocido por mera liberalidad y que no retribuye el servicio. En su defensa propuso como excepciones de mérito, las de cobro de lo no debido, buena fe y prescripción y como excepción previa la de prescripción (pág. 498 a 511, archivo 1).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 28 de octubre de 2021, dispuso declarar probadas las excepciones de cobro de lo no debido, e inexistencia de la obligación; declaró la existencia de un contrato de trabajo por obra o labor determinada entre los demandantes Wilson Andrés Bohórquez García, y Trino Rincón Díaz con la demandada Deltec SA, cuyos extremos temporales corresponden al 2 y el 3 de julio de 2010, respectivamente, y con fecha de terminación el 2 de enero de 2013. Declaró la existencia de solidaridad entre Deltec SA y Codensa SA ESP; la validez del dictamen grafológico y, no próspera la tacha de sospecha propuesta al testigo Luis Alexander Piñeros Ruiz; absolvió de las demás pretensiones.

Consideró que de acuerdo con las pruebas aportadas y las declaraciones recaudadas en el proceso, la prestación personal del servicio quedó demostrada a favor de la demandada Deltec SA, y por ello declaró la existencia de la relación laboral. Encontró acreditado el vínculo comercial entre Deltec SA y Codensa SA ESP, y tuvo por demostrada la solidaridad entre establecida en el artículo 34 del CST, pues las actividades desarrolladas por los demandantes eran conexas y complementarias, y normales de la beneficiaria de la obra.

Con relación al trabajo suplementario indicó que las pretensiones que se elevan en este sentido deben ser precisas y se debe probar el tiempo efectivamente laborado y no pagado, lo que no se cumplió en el caso bajo estudio, por lo que absolvió de la reliquidación pretendida con ese sustento. En lo que tiene que ver con el bono, tuvo en cuenta que el pago fue aceptado por una sola vez, y como quiera que no se acreditó el reconocimiento del mismo, absolvió de esta pretensión; igualmente absolvió del pago de indemnización por despido sin justa causa, como quiera revisada la documental aportada, al tener en cuenta

que se trata de contratos de obra o labor determinada, y si bien se evidencia del acta de liquidación final que la oferta mercantil tuvo vigencia hasta el 30 de abril de 2015, lo cierto es que los actores fueron contratados para ejecutar el 10.19% de la obra, porcentaje de ejecución que se cumplió el 2 de enero de 2013.

En punto de la sanción por no pago completo de las cesantías e indemnización moratoria, absolvió de estas pretensiones al considerar que no se impuso condena alguna. Finalmente, en relación con la afiliación al sindicato, tuvo en cuenta que el 1° de diciembre de 2012 se comunicó la terminación del contrato, y los demandantes se vincularon al sindicato hasta el 21 y 23 de diciembre de 2012, por tanto, es inexistente un fuero sindical o un fuero circunstancial.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante** interpuso recurso de apelación expresando que se debió declarar el contrato realidad, pues Codensa SA se benefició de los servicios de los actores, era quien establecía todo lo relacionado con el desarrollo de las actividades por parte de Deltec, y la dependencia era total; que como lo analizó el *a quo* las labores eran del objeto social de Codensa, permanentes, necesarias y propias, por lo que debe tenerse en cuenta la jurisprudencia relacionada en la demanda. De la remuneración adicional y el bono, que el juez sancionó la inasistencia del demandante a la audiencia en la cual debía absolver interrogatorio de parte, no obstante, no procedió de igual manera en relación con el incumplimiento de Deltec a la orden impartida por el juzgado de aportar la documental que fuera ordenada, entre la cual se encontraba la certificación del bono.

Señaló que no existe justa causa de terminación del contrato, ni prueba de la forma en que se establece el porcentaje de cumplimiento de obra; que tratándose de un contrato de obra, no se puede hablar de prórroga del contrato, pero se debe tener en cuenta la cláusula que lo convirtió en definitivo; que demostrada la existencia del trabajo suplementario y del bono, eso da lugar a diferencias a favor de los trabajadores y se genera la mora; que no se demostró que la notificación de terminación fuera del 1° de diciembre, pues los documentos allegados para la realización del dictamen fueron fotocopias y no los originales; y que, los trabajadores solo fueron informados del despido el 2 de enero de 2013, tal como fue confesado por la RL de la demandada, lo que desvirtúa que el

sindicato se hubiera conformado con posterioridad a la notificación de la comunicación de no prórroga.

La demandada **Codensa SA ESP**, aduce que los contratos suscritos con Deltec consisten en mantenimiento de redes, y no generan esa solidaridad; que las labores que se desempeñan son sobre órdenes de servicios específicas, razón por la cual no pueden considerarse permanentes; y que, Deltec tiene un objeto social diferente al de Codensa.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 22 de noviembre de 2021 se admitió el recurso de apelación interpuesto por las partes; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a cada una para alegar (f.º 2).

La parte demandante presentó alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la demanda y en la apelación (f.º 4 - 6).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar **(i)** si existió un verdadero contrato de trabajo con la demandada Codensa SA ESP, **(ii)** en su defecto, establecer si Codensa SA ESP es responsable solidario de las condenas que se impongan; **(iii)** si hay lugar a la reliquidación de los salarios y prestaciones, teniendo en cuenta para ello el trabajo suplementario y el bono sodexo percibidos por los demandantes, si se acreditó su pago y éste último tiene naturaleza salarial , **(iv)** si hay lugar a condenar al pago de la indemnización por despido sin justa causa y la sanción por no consignación de las cesantías, y **(vi)** si la afiliación al sindicato fue con antelación a la comunicación de terminación de los contratos de trabajo.

Contrato de trabajo - Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del CST, modificado por el art. 1° de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o

dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 ibídem, modificado por el 2° de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, a quien resiste la pretensión, derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, CSJ SL10118-2015, CSJ SL1420-2018, CSJ SL1081-2021, y CSJ SL781-2022).

En ese orden, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL 6258. jul. 1994, reiterada en la decisión CSJ SL3345-2021, definió la subordinación como «*la aptitud o facultad del empleador de dar órdenes o instrucciones al trabajador y de vigilar su cumplimiento en cualquier momento, durante la ejecución del contrato de trabajo y la obligación permanente del asalariado de obedecerlas y acatarlas cumplidamente*», lo que conlleva a que son la independencia y autonomía en la ejecución del servicio, los aspectos medulares a los que debe dirigirse el esfuerzo probatorio para desvirtuar la existencia del elemento subordinación, y establecer si la naturaleza jurídica del vínculo es distinta a la laboral.

En el presente caso, se acredita que el demandante Wilson Andrés Bohórquez García suscribió contrato de trabajo por duración de la obra con Deltec y otrosí (pág. 56 a 59, archivo 1), a partir del 02 de julio de 2010, lo que fue puesto de presente en la demanda y aceptado en la contestación, información que se corrobora con las documentales de las páginas 60 a 66 del archivo 1, en las que se aportaron la carta de terminación, certificado de reconocimiento, comunicación de pago de liquidación de prestaciones sociales y liquidación de prestaciones sociales, generada por Deltec.

Respecto del demandante Trino Rincon Diaz, se acredita que suscribió un contrato de trabajo por duración de la obra con Deltec y otrosí (pág. 87 a 90, archivo 1), a partir del 3 de julio de 2010, lo que fue puesto de presente en la demanda y aceptado en la contestación, y se constata con lo allegado en las páginas 91 a 95, donde reposa carnet de la ARL Sura, carta de terminación y liquidación de prestaciones sociales, generada por Deltec.

Además, se allegó la oferta mercantil que Deltec SAS le presentó a Codensa SA ESP, la que fue aceptada mediante la orden de compra n°. 5800004707 de 29 de marzo de 2010, que tenía como objeto el "*suministro de servicios para las actividades de mantenimiento correctivo y preventivo de las redes de distribución aéreas y subterráneas hasta 34,5 KV, equipos de maniobra de operación con cargo y protección, subestaciones en media tensión y baja tensión (MT/BT), media tensión • media tensión (MT/MT) zona norte y actividades de construcción y/o remodelación de redes de distribución aéreas y subterráneas hasta 34,5 KV, equipos de maniobra, operación con carga y protección, subestaciones en Media y Baja (MT/BT), media tensión - media tensión (MTIMT) zona norte*" (pág. 792 a 815, archivo 1).

De la referida prueba documental se concluye que los demandantes Wilson Andrés Bohórquez García y Trino Rincón Díaz ingresaron a la fuerza laboral de Deltec SA, para la ejecución de la precitada oferta comercial con Codensa SA ESP, cuyo alcance es claro y preciso, pues las labores a desarrollar corresponden a las de mantenimiento correctivo y preventivo de redes de distribución, actividades que en todo caso se encuentran sujetas a la orden de servicios que para el efecto remita Codensa, quien es la conocedora de las necesidades y los plazos para su ejecución.

En relación con los materiales y maquinaria, desde la citada oferta comercial se previó cuáles de ellos serían suministrados por Codensa y cuales por la oferente, en todo caso se estipuló que se coordinaba conforme al plan de obras; sin que este pacto contractual tenga la fuerza de cambiar la naturaleza de la relación laboral o sus partes.

Valga resaltar, que en la ejecución de los contratos comerciales y para su cumplimiento y seguimiento, es normal que se integre a la operación intervinientes de los dos extremos contratantes, a fin de dar seguimiento y continuidad a los procesos. Adicional, tratándose de actividades de mantenimiento correctivo y preventivo debe existir total coordinación entre los contratantes, más aún en las condiciones particulares aquí expuestas, en las cuales debe mediar una orden de servicios, puesto que Codensa no podía delegar en Deltec la programación de los mantenimientos, toda vez que solo ella es conocedora de estos requerimientos.

Así las cosas, considera la Sala que, del amplio caudal probatorio, quedó demostrada la prestación del servicio por parte de los demandantes a Deltec SA,

sin que de manera alguna se pueda advertir algún tipo de subordinación jurídica respecto de Codensa SA ESP, pues tal como lo concluyó el *a quo* la relación laboral nació y se ejecutó con la demandada Deltec SA, y las labores desarrolladas fueron a favor de esa demandada y dentro de la ejecución del contrato mercantil antes descrito con Codensa, sin que exista en el plenario prueba en sentido contrario.

En lo que tiene que ver con la jurisprudencia que pone de presente la parte demandante, se precisa que en la sentencia CSJ SL 39050, 6 mar. 2013, se desarrolla el estudio de la solidaridad entre una empresa beneficiaria de un servicio y la intermediaria, sin que allí se declare la existencia de un vínculo contractual entre el trabajador y la empresa beneficiaria, como pretenden estos recurrentes. En este mismo sentido, en la sentencia CSJ SL4446-2021, en la que fue demandada Codensa SA, se determinó que el contratista independiente es el verdadero empleador, pero el beneficiario de la obra es solidariamente responsable por las prestaciones e indemnizaciones debidas al trabajador.

En consecuencia, no hay lugar a acoger el planteamiento de la parte actora, y se concluye que acertó el juzgador de primera instancia al declarar probada la relación laboral de los demandantes con Deltec SA, por lo que se **confirmará** la sentencia apelada en este aspecto.

Solidaridad - Para resolver, se considera relevante señalar que tal como lo ha explicado la Corporación de Cierre de esta Jurisdicción, la solidaridad prevista en el artículo 34 del CST, entre el contratista y quien se beneficia de su labor, se presenta cuando aquellas actividades prestadas son normales o corrientes a la desarrolladas por quien encargó su ejecución, es decir, que cubren una necesidad esencial, inherente e indispensable, ligada directamente con su objeto social o actividad económica y con la ordinaria explotación o cumplimiento del negocio (CSJ SL611-2018, CSJ SL14692-2017, CSJ SL4400-2014 y CSJ SL 34893, 21 sep. 2010).

Igualmente se ha referido que para determinar la mentada solidaridad, resulta imperioso analizar no solo el objeto social del beneficiario o dueño de la obra y del contratista independiente, sino además las labores desarrolladas por el trabajador.

Siguiendo los parámetros citados, para dirimir la controversia planteada se deben evaluar tres aspectos, que son i). El contrato suscrito entre Deltec SA y los trabajadores demandantes; ii) La existencia de contrato entre las demandadas; y iii) La relación de causalidad entre los contratos, que consiste en que la obra o labor ejecutada por los demandantes pertenezcan a las actividades normales o corrientes de quienes encargaron su ejecución.

En este asunto, se encuentra probado que los demandantes fueron contratados por Deltec SA, como operarios GT, línea energizada; igualmente, se acreditó el vínculo comercial entre ambas empresas, en virtud de la oferta mercantil que Deltec SAS le presentó a Codensa SA ESP, que fue aceptada mediante la orden de compra n°. 5800004707 de 29 de marzo de 2010.

También, se acreditó que el objeto social de Deltec SA, se contrae entre otros aspectos, a la atención de daños en redes de energía eléctrica en alta, media y baja tensión, aéreas y subterráneas (pág. 510 archivo 1). Y el de Codensa SA ESP, la distribución y comercialización de energía eléctrica. Así como la ejecución de todas las actividades afines, conexas, complementarias y relacionadas a la distribución y comercialización de energía, la realización de obras, diseños y consultoría en ingeniería y la comercialización de productos en beneficio de sus clientes (pág. 484 archivo 1).

Para la Sala, la relación entre el objeto contractual de la Orden de Compra N° 5800004 707 de 29 de marzo de 2010 y la el objeto social de Codensa SA ESP es incuestionable, como quiera que esas labores de mantenimiento correctivo y preventivo de redes de distribución aéreas y subterráneas de energía hacen parte del proceso productivo que desarrolla Codensa, y corresponden al giro propio y ordinario de sus negocios. En consecuencia tal como lo advirtió el juzgador de instancia, Codensa SA se beneficiaba de las actividades desplegadas por los actores, que no resultan extrañas al giro ordinario de sus negocios.

Entonces, encuentra esta Sala que en el caso de autos no aplica el supuesto que trae el artículo 34 del CST, para eximir de la responsabilidad solidaria al beneficiario de la labor llevada a cabo por terceros, pues sin que sean necesarias mayores consideraciones, es evidente que las tareas desarrolladas por los demandantes a favor de Deltec SA, son del giro ordinario y tienen relación directa con el objeto social de Codensa SA ESP.

Por lo anterior, la sentencia se **confirmará** en este punto.

Bonificación – naturaleza jurídica del pago. Como quiera que la parte demandante manifestó su inconformidad respecto a no tener la bonificación como factor salarial, habrá de determinarse si este concepto tiene esa naturaleza.

El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, dispone que es salario todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio. En este orden, no constituyen salario "*(i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo.*" (SL - 5159 de 2018).

Revisado el plenario, no se encuentra la discriminación o acreditación del pago de este emolumento, sin que se pueda tener por satisfecho este requisito con la confesión que hiciera el representante legal de la demandada Deltec SA, al aceptar su pago por una sola vez en el año 2011, puesto que en forma alguna se establece el acuerdo entre las partes para su pago, cuantía y/o periodicidad, esto es, la fuente de la obligación que no es legal, de donde necesariamente debe concluirse que se trató, como lo adujo la demandada, de un beneficio otorgado por mera liberalidad del empleador.

Si bien la parte apelante se duele que no se impusieron a la parte demandada las sanciones ante el incumplimiento de lo normado en el artículo 31 del CPTSS, lo cierto es que en virtud del artículo 167 del CGP, la carga de la prueba era de la parte actora, como quiera que funda parte de sus pretensiones en el pago de este concepto.

Así las cosas, llega esta Sala a la misma conclusión del *a quo*, esto es, que no se demostró la existencia de una bonificación, que además tenga el carácter de permanente y que fuera retributiva servicio.

Trabajo suplementario. - La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha precisado que, a quien le corresponde la carga de probar el tiempo extra o suplementario dejado de pagar es al trabajador, y además que debe acreditarse con tal claridad y precisión que no quede duda alguna de su existencia, de tal manera que el juzgador para condenar no tenga que hacer cálculos ni suposiciones acomodaticias.

En este asunto, se observa que la parte actora no cumplió con la carga de la prueba, de conformidad con lo dispuesto en el art. 167 del CGP, pues no se arrimó ningún elemento de convicción del que se pueda desprenderse con claridad y precisión cuál fue el tiempo extra que laboró ni los turnos que cumplió a lo largo de la relación laboral.

Por lo anterior, se **confirmará** la decisión en ese aspecto, así como en cuanto a la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social, y sanción por no consignación de cesantías, que se sustentaban en la inclusión de la bonificación y el trabajo suplementario, como factor salarial para su liquidación.

Indemnización por Despido- Se advierte, que la consecuencia jurídica de la terminación sin justa causa en un contrato de trabajo es la prevista en el art. 64 del CST, es decir, la indemnización que se encuentra allí tarifada; en lo que tiene que ver con los contratos por obra o labor determinada, como el que ocupa la atención de la sala es equivalente al "*valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días*.".

En este punto, lo primero que se debe precisar es que el contrato laboral suscrito por Deltec SA con los demandantes, corresponde al de obra o labor determinada. Al respecto, se precisa que la cláusula quinta, de los citados contratos laborales estipulan:

> ***QUINTA:*** *los primeros 36 días del presente contrato se considera como periodo de prueba, y, por consiguiente, cualquiera de las partes podrá terminar el contrato unilateralmente en cualquier momento durante dicho periodo, de conformidad con el artículo 80 modificado por el decreto 617 de 1954 Art. 3. Vencido este, la duración del contrato será indefinida, mientras subsistan las causas que le dieron origen de la materia del trabajo (…)*

Así pues, el entendimiento de la anterior cláusula, plausible para esta Sala, es que superado el periodo de prueba, la duración del contrato estará determinada por el mismo contrato, esto es, la obra o labor para la cual fueron contratados los demandantes, sin que en modo alguno la citada estipulación pueda entenderse como una modificación de la modalidad del vínculo contractual, al de término indefinido. Es así que, en el contrato de trabajo celebrado con los demandantes Trino Rincón Diaz y Wilson Andrés Bohórquez García (pág. 87 y 56, archivo 1, respectivamente) en su parte introductoria se lee "*PORCENTAJE DE CONTRATACIÓN 10% - PERIODO EN DÍAS 180 DÍAS - TERMINACIÓN PORCENTAJE NOVIEMBRE 1 DE 2010*". De otra parte, el 29 de mayo de 2012, Deltec SA y los demandantes Trino Rincón Díaz y Wilson Andrés Bohórquez García suscribieron otrosí al contrato de trabajo (pág. 90 y 59, archivo 1, respectivamente), en el cual convinieron:

"*A partir el julio 1 de 2012, este contrato tendrá una duración hasta cuando finalice la ejecución del 10,19% del restante porcentaje del contrato No 5800004707 suscrito entre DETEC SA y CODENSA, es decir 10,19% del porcentaje faltante de ejecución del contrato.*"

Los contratos de los demandantes fueron finalizados por medio de comunicación del 1 de diciembre de 2012 (pág. 91 y 60, archivo 1, respectivamente), en la cual se expresó: *"Con la Presente quiero informarle que el contrato de trabajo por obra o labor suscrito entre usted y la empresa, no se prorrogará ya que se cumple el porcentaje de ejecución de obra por el cual usted fue contratado, por lo tanto vencerá el próximo 2 DE ENERO DE 2013."*

Así las cosas, para determinar el porcentaje de ejecución de la oferta mercantil que Deltec SAS le presentó a Codensa SA ESP, que fue aceptada mediante la orden de compra n°. 5800004707 de 29 de marzo de 2010, se debe tener en cuenta que el plazo de ejecución fue de cinco (5) años, y según el acta de finalización (pág. 538 a 578, archivo 1) la fecha de inicio fue el 1 de marzo de 2010 y la fecha de finalización fue el 30 de abril de 2015.

Y pese a que la representante legal de Deltec SA en interrogatorio de parte dijo desconocer cómo se realizaba la medición de esos porcentajes de ejecución, dijo también que el avance se mide por el tiempo de ejecución y el que hace falta para la finalización del contrato.

De lo anterior, se advierte del contrato de trabajo por duración de la obra suscrito entre las partes dependía de la orden de compra n°. 5800004707, que tenía un plazo de ejecución 5 años con fecha de inicio el 1 de mayo de 2010, lo

quiere decir que para el 1 de julio de 2012 el avance de la ejecución era del 43,5%, es decir, el porcentaje faltante para esa fecha era el 56.5%, cuyo 10.19% es 5.76%.

Así las cosas, según las condiciones del otrosí, para el 1 de diciembre de 2012 cuando fue comunicada la terminación, el avance de la ejecución habría llegado al 51,8%, avance que resulta muy cercano a la sumatoria de 43,5% más 5,76; lo que conlleva a concluir que los contratos fueron terminados por la causa señalada en las cartas de terminación, que no es otra que el cumplimiento de la labor u obra determinada.

En relación con la enunciación de "prórroga" en las comunicaciones de terminación del vínculo, debe tener en cuenta la parte apelante que, si bien en los contratos por obra o labor no es posible hablar de esta extensión del vínculo, lo cierto es que en el caso bajo estudio se estableció el contrato por porcentajes de avance de obra, lo que conlleva que sea posible una prórroga por otro determinado porcentaje, entendiéndose esta como la ampliación del objeto contractual.

Ahora, no resulta de recibo lo afirmado respecto a que las cartas de terminación fueron recibidas en fecha posterior al 1° de diciembre de 2012, puesto que, además de no haber dejado los demandantes constancia de ello, se remite esta Sala a lo establecido en la pericia realizada por el grafólogo forense especializado Danilo Bolívar Luna (pág. 877 a 888 y 910 a 911, archivo 1), cuya conclusión fue que la firma impuesta por los demandantes en las cartas de terminación, corresponden a la fecha de su elaboración, al respecto afirmó:

> "*en este mismo punto con respecto a la fecha en que fueron elaboradas las comunicaciones de DELTEC S.A., se toma como base la fecha que registran en su encabezado ya que estos no presentan alteraciones, modificaciones o borrados químicos o mecánicos. En relación con las firmas plasmadas en dichas comunicaciones por los señores BOHÓRQUEZ GARCÍA y TRINO DÍAZ, con el fin de determinar la fecha aproximada en las que fueron suscritas se pudo evidenciar que las fechas son coetáneas o contemporáneas con respecto a la fecha de elaboración de las comunicaciones ya que las firmas en diferentes documentos firmados por los señores mencionados no presentan cambios importantes o grandes diferencias*".

Este dictamen, en consideración de la Sala, cuenta con la técnica requerida para este tipo de estudios, pues a pesar de no contar con el original de las comunicaciones se hizo el estudio grafológico de las firmas, lo que le permitió llegar a la conclusión allí consignada, lo que además desvirtúa lo dicho por la representante legal de la demandada Deltec, en relación con la fecha en que

fueron entregadas las cartas de terminación de labores. En gracia de discusión, si en efecto se hubiera suscrito la carta de terminación en la misma fecha y junto con el otrosí del 29 de mayo de 2012 por parte de los demandantes, tal como se afirma en el hecho 6.30 de la demanda, se ratifica que los extrabajadores tenían claro el plazo de la duración de la obra para la cual fueron contratados.

En consecuencia, para el momento de la conformación del sindicato Redes (15 de diciembre de 2012), ya había sido comunicada la terminación del contrato de trabajo, y con mayor razón cuando los demandantes se afiliaron a la organización sindical, lo que fue comunicado al empleador el 27 de diciembre de 2012.

Debe recordarse, que en virtud del principio de libre formación del convencimiento establecido en el art. 61 del CPTSS el juez puede basar su decisión en aquellas pruebas que le ofrecen mayor credibilidad en desmedro de otras (CSJ SL1927 - 2021), siendo estas pruebas en el caso objeto de estudio, los testimonios, el dictamen y las documentales ya referidas.

Así las cosas, del análisis conjunto del material probatorio, atendiendo a las reglas de la sana crítica y a la conducta procesal observada por las partes, considera la Sala que quedó demostrado dentro del plenario que el contrato de trabajo finalizó el 2 de enero 2013 conforme la carta de terminación entregada el 1 de diciembre de 2012 a los demandantes.

En consecuencia, no hay lugar a revocar la decisión de primer grado. Sin costas en la alzada ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 21 de octubre de 2021, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de esta ciudad, conforme a lo expuesto en las motivaciones de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo que da consulta al expediente digitalizado:
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/ElQz-EkvaixMtaqZSIYEf-8BM4j-zd0JLP9jaR4RIwjsrg?e=tr6ltT

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a88f9b7463277fd68a78a98754ee0fde5b40c641e9d351ef04599ba5ae743a92**
Documento generado en 14/09/2022 02:58:19 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN.	11001 31 05 **023 2019 00274** 01
DEMANDANTE:	MARÍA CRISTINA SÁNCHEZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.
LITISCONSORTE:	SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR SA y llamada en garantía BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA SA

Bogotá DC, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante, la demandada AFP Porvenir y la llamada en garantía BBVA Seguros de Vida, respecto de la sentencia proferida el 26 de agosto de 2021, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante, que se declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por su esposo, Juan José Palomares. En consecuencia, que se condene al reconocimiento y pago de dicha prestación, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, a partir del 12 de julio de 2001, junto con los intereses moratorios.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que Juan José Palomares falleció el 12 de julio de 2001, que se encontraba afiliado al régimen de prima media y había cotizado mas de 300 semanas antes del 1 de abril de 1994; que convivió con el causante en calidad de compañeros permanentes,

desde el año 1980; que el 25 de noviembre de 1995 contrajeron matrimonio; y que, para el momento del deceso continuaba vigente la convivencia.

Sostuvo que, ante el extinto ISS, elevó solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la cual fue negada mediante resolución n°. 019020 de 2002, bajo el argumento de que el causante no reunía los requisitos exigidos en el articulo 46 de la Ley 100 de 1993; y que, en ese mismo acto administrativo, le fue reconocida su condición de beneficiaria en calidad de cónyuge junto con la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes (f.º 3 - 11).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el 22 de mayo de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 25); y en audiencia surtida el 28 de enero de 2020, el juzgado dispuso como medida de saneamiento la integración del litisconsorcio necesario con Porvenir SA. Las entidades dieron respuesta oportunamente.

La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Arguyó que para el momento del deceso del causante Juan José Palomares no se encontraba cotizando al sistema, no cotizó en el último año de vida, por lo que no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes. Adicional a ello, le fue reconocida a la demandante la indemnización de la pensión sustitutiva de la pensión de sobrevivientes. Formuló las excepciones de carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y la obligación reclamada, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación (f.º 28 - 35).

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías - Porvenir SA**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Esgrimió que el señor Juan José Palomares suscribió formulario de vinculación el 9 de octubre de 1998, por traslado del ISS, por intermedio de su empleador Garbon Chemicals Limitada; que bajo este empleador realizó cotizaciones para el periodo de octubre de 1998; que a la actora le fue reconocida indemnización sustitutiva el 1º de septiembre de 2002, descapitalizando el sistema en beneficio propio; que el actor no realizó

cotizaciones en su ultimo año de vida, no existe causación de la pensión de sobrevivientes pretendida y lo procedente es la devolución de saldos, lo que debe ser solicitado por los beneficiarios ante la AFP.

Formuló las excepciones de inexistencia de las obligaciones que se pretenden a cargo de sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir SA, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por activa, ausencia de derecho sustantivo e incumplimiento de los requisitos legales para acceder al pago de la prestación, buena fe, mala fe de la actora, abuso del derecho, pago – compensación, desfinanciación del sistema, hecho consolidado por el ISS hoy Colpensiones, y prescripción (CD f.º 125).

Llamó en garantía a **BBVA Seguros de Vida Colombia SA**, en virtud de la póliza de seguro previsional (f.º 107 - 108), solicitud admitida por el juzgado, y debidamente notificada la llamada, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Esgrimió que el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia no procede respecto de quienes no cuentan con el amparo, al no haber pagado las primas correspondientes a este riesgo en la densidad de semanas exigidas por la ley, en este caso 26 semanas (CD f.º 125).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 26 de agosto de 2021, condenó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA a reconocer la pensión de sobrevivientes a favor de la señora María Cristina Sánchez en condición de beneficiaria del señor Juan José Palomares, causada a partir del 12 de julio del 2001 en cuantía del smmlv por 14 mesadas al año; al pago efectivo a partir del 12 de abril de 2016, con ocasión de la excepción prescripción que declaró probada parcialmente, debidamente indexadas las mesadas; a la llamada en garantía Bbva Seguros de Vida Colombia, a reconocer y pagar a la AFP Porvenir la suma adicional que haga falta para completar el valor debido de la pensión de sobrevivientes; y, adicionó la sentencia para ordenar a la AFP Porvenir que haga los correspondientes descuentos de salud con ocasión al retroactivo pensional que se reconozca.

Estimó que, la norma que regía la pensión de sobrevivientes era la

L100/1993 al tener en cuenta la fecha del deceso (12 de julio de 2001), respecto de la cual no se cumple la causación del derecho a la prestación deprecada; que no obstante, en aplicación de la condición más beneficiosa, al estudiar el derecho bajo la normativa inmediatamente anterior, esto es, el A049/1990 aprobado por el D758/1990, se cumple con el requisito de cotización de 300 semanas en cualquier tiempo al 1º de abril de 1994, por lo que consideró que el señor Juan José Palomares dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

Tuvo en cuenta, que el causante se afilió a la AFP Horizonte el 9 de octubre de 1998, en la que se encontraba para el momento del deceso, por lo que esta AFP es la llamada a responder por la prestación económica deprecada por la demandante. En relación con la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes reconocida por Colpensiones a la demandante, señaló que será esa la entidad encargada de la recuperación de la suma pagada.

En punto de la aplicación de la condición mas beneficiosa en el régimen de ahorro individual, citó las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, 48488 de 2017, las de radicación 15667 de 2008, 43289 de 2012 y la CSJ SL14091-2016, en las cuales esa corporación determinó que es procedente el reconocimiento de esta prestación siempre que se cumplan los requisitos para acceder a ella, a cargo de la AFP a la cual se encuentre afiliado con el fin de proteger una expectativa legitima. En consecuencia, al encontrar que el actor contaba con más de 300 semanas de cotización a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cumple con las exigencias previstas para acceder a la pensión de sobrevivientes.

En relación con la calidad de beneficiaria de la demandante, encontró acreditada su calidad de cónyuge, así como la convivencia por mas de 20 años y hasta el momento del fallecimiento del causante, tal como dieron cuenta los testigos Carlos Julio Torres Castillo y Ana Rosa Gutiérrez. Así, concluyó la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes a partir del fallecimiento de Juan José Palomares, esto es el 12 de julio de 2001, en cuantía del smmlv y por 14 mesadas al año al tener en cuenta la fecha de causación de la prestación. No impuso condena por intereses moratorios porque ante Porvenir no se elevó reclamación alguna, y en esas condiciones no tuvo la posibilidad de pronunciarse sobre el reconocimiento pensional, por lo que ordenó la indexación de las mesadas.

Toda vez que la AFP Porvenir absorbió por fusión a la AFP Horizonte, y como quiera que la llamada en garantía aceptó la expedición del seguro previsional de invalidez y de sobrevivientes de los afiliados de ese fondo, bajo la cual la aseguradora garantizó la suma adicional necesaria para completar el capital que financie la pensión de sobrevivientes, que se encontraba vigente para el 12 de julio de 2001, fecha del deceso del causante, condenó a BBVA Seguros de Vida Colombia a reconocer y pagar a favor de la AFP Porvenir la suma adicional faltante para completar el valor debido de la pensión de sobrevivientes.

En cuanto a la prescripción, consideró que si bien el derecho a la pensión no prescribe, este fenómeno si opera respecto de las mesadas, por ello, como quiera que la demanda fue presentada el 12 de abril de 2019, declaró probada parcialmente esta excepción respecto de las mesadas causadas con antelación al 12 de abril de 2016. No impuso condena en costas.

Al resolver la adición a la sentencia, ordenó a la AFP Porvenir que se hagan los correspondientes descuentos de salud con ocasión al retroactivo pensional que se reconozca; y reiteró, que respecto de los dineros pagados por Colpensiones a la demandante no puede impartir orden alguna, como quiera que esto corresponde a esa administradora quien no elevó ninguna pretensión en este sentido.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación para se modifique la prescripción declarada y solicita se ordene el pago de las mesadas a partir del 1º de abril de 2016, al respecto cita la sentencia CSJ SL2843 de 2021 y CSJ SL1011-2021. En relación con los intereses moratorios afirma que su aplicación es automática a partir del reconocimiento de la prestación, aun en las prestaciones reconocidas en el RAIS, lo que sustenta en las sentencias CSJ SL8949-2017, CSJ SL4601-2019 y CSJ SL508-2020; y que la alta corporación ha considerado que la condena de intereses moratorios procede también para los beneficiarios del régimen de transición, al efecto citó la sentencia CSJ SL1681-2020. Solicita se imponga condena en costas a la entidad a quien se impuso la condena de reconocimiento de la prestación, en virtud de lo establecido en el artículo 365 del CPTSS, las que se imponen a la parte vencida en el proceso.

La **AFP Porvenir** inconforme con la decisión, solicita que se modifique la prescripción, que para su estudio se tenga en cuenta la fecha en que el fondo fue vinculado al proceso. En relación con la indexación, señala que al haber sido vinculados el fondo y la aseguradora solo hasta el año 2020, no puede beneficiarse la actora de esta actualización cuando no era conocedora la AFP de esta pretensión. La indexación se debe contabilizar solo desde la ejecutoria de la sentencia.

La llamada en garantía **BBVA Seguros de Vida Colombia** interpuso recurso de apelación, para que se le exonere del pago del capital necesario para completar el monto que financiara la prestación, como quiera que no se cumplen las condiciones contractuales ni legales para que se afecte el seguro, pues el causante no cotizó las 26 semanas en el año inmediatamente anterior al fallecimiento. En relación con la prescripción considera que para su estudio se debe tener en cuenta la fecha en que la aseguradora fue vinculada al proceso. En lo que tiene que ver con la indexación, aduce que el incremento anual del smlmv resulta suficiente, más aún si se tiene en cuenta que solo hasta el año 2021 tuvo conocimiento de estas pretensiones. Finalmente, en punto de los intereses moratorios señala que son improcedentes al no existir mora alguna ante el desconocimiento de la reclamación.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 9 de diciembre de 2021 se admitió la apelación en contra de la sentencia interpuesta por la AFP Porvenir y por la llamada en garantía BBVA Seguros de Vida Colombia SA, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (f.º 128).

La parte demandante, la demandada Colpensiones y la llamada en garantía BBVA Seguros de Vida Colombia, presentaron las alegaciones reiterando los argumentos expuestos en demanda, contestación, y en la sustentación de los recursos de apelación (f.º 130 - 138).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar las condiciones en las cuales se debe declarar la prescripción, si es procedente la indexación, si hay lugar a la condena por intereses moratorios y si la llamada en garantía está obligada al pago del capital necesario para completar el monto que financiará la prestación

No es objeto de controversia en este asunto que: ***i)*** Juan José Palomares falleció el 12 de julio de 2001 (f.º 12); ***ii)*** se trasladó a la AFP Porvenir el 9 de octubre de 1998 (CD f.º 125); ***iii)*** al 1º de abril de 1994 había cotizado más de 300 semanas (f.º 17-18) ***iv)*** el 11 de abril de 2002, la actora reclamó la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge del causante (f.º 14); ***v)*** el señor Juan José Palomares dejó causada la pensión de sobrevivientes en aplicación de la condición más beneficiosa, tal como fue definido en primera instancia; ***vi)*** la señora María Cristina Sánchez acreditó tener la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

De la Pensión de sobrevivientes – Seguros Previsionales. En la instancia, quedó definido que la demandante María Cristina Sánchez tiene derecho a la pensión de sobrevivientes que dejó causada su cónyuge Juan José Palomares, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, a partir del 12 de julio de 2001, fecha del deceso; así mismo, el monto de la mesada equivalente al smlmv; y, la entidad responsable de la prestación, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, a la cual se encontraba afiliado el causante al momento del fallecimiento.

A fin de dar respuesta a la apelación presentada por BBVA Seguros de Vida Colombia relacionada con la exoneración del pago del capital necesario para completar el monto que financie la prestación, se precisa que de conformidad con lo dispuesto en artículo 77 de la Ley 100 de 1993, la pensión de sobrevivientes se financiara con "*con los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional generados por cotizaciones obligatorias, el bono pensional si a ello hubiere lugar, y con la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión. Dicha suma adicional estará a cargo de la aseguradora*.".

Se quiere con lo anterior significar, que la norma no prevé limites o excepciones a la cobertura de los seguros previsionales en el sistema de seguridad social, la que opera de manera automática, por disposición de la ley, al proferirse sentencia que condene a la pensión de invalidez o la de sobrevivientes, como es este el caso; en sentido, en la sentencia CSJ SL1964-2022, en la que se rememoran otras en idéntico sentido, el órgano de cierre de la especialidad laboral precisó:

> Estos seguros, de naturaleza especial, se encuentran incluidos dentro del propio concepto de régimen de ahorro individual con solidaridad ya que conforme al artículo 59 de la Ley 100 de 1993 este régimen «*es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, de acuerdo con lo previsto en este Título*». y dentro de las características del artículo 60 literales a) y b) se encuentra que:
>
> ARTICULO 60. Características. El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:
>
> a) Los afiliados al régimen tendrán derecho al reconocimiento y pago de las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, así como de las indemnizaciones contenidas en este Título, cuya cuantía dependerá de los aportes de los afiliados y empleadores, sus rendimientos financieros, y de los subsidios del Estado, cuando a ellos hubiere lugar.
>
> b) . Una parte de los aportes mencionados en el literal anterior, se capitalizará en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado. Otra parte se destinará al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes y la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el Fondo de Solidaridad Pensional y cubrir el costo de administración del régimen.
>
> Lo cual se ratifica en los artículos 70 y 76 (sic) del estatuto pensional, al contemplar como una de las fuentes financieras para honrar el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivientes, la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión, la cual está a cargo del asegurador, cuya contratación es obligación de la administradora pensional y, así lo ha reconocido esta Sala como se evidencia en la sentencia CSJ SL4248-2021, así:
>
> [...] Respecto a los argumentos relacionados con el seguro previsional, baste reiterar lo asentado en providencia CSJ SL778-2021, en cuanto a que por el simple hecho de proferirse condena en contra del fondo privado de pensiones por la prestación de sobrevivientes reclamada, a la entidad aseguradora, por disposición de la misma ley de la seguridad social, se le extienden sus efectos en calidad de garante y, por lo tanto, tendrá la obligación de cubrir la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la mencionada pensión.
>
> Sobre el particular también se pronunció esta Sala en la sentencia CSJ SL, 2 oct. 2007, rad. 30252, reiterada en las decisiones CSJ SL5429-2014, CSJ SL6094-2015, CSJ SL1363-2018, CSJ SL4204-2018 y CSJ SL5603-2019.

Entonces, como se ordenó a Porvenir reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes, y la cobertura de los seguros previsionales es automática, BBVA Seguros de Vida Colombia deberá cubrir la suma adicional necesaria para completar el capital que financie la citada prestación económica, sin que se haga necesario estudio adicional sobre las cotizaciones que realizó el causante, razón por la cual se confirmará la respectiva condena.

Intereses moratorios e indexación.- Sobre la inconformidad presentada por la apoderada judicial de la entidad demandante, se tiene que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 establece que, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, la entidad reconocerá y pagará 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 efectúe el pago; así mismo, el artículo 1° de la Ley 717 de 2001, establece que las entidades de seguridad social tienen un lapso de dos meses para reconocer la pensión de sobrevivientes, contados a partir del momento en el que el interesado radique la solicitud con la documentación que acredite su derecho.

Conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, son procedentes los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, siempre que se verifique mora en el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales, ya que tales réditos son considerados resarcitorios y no sancionatorios, sin que dependan de la buena o mala fe del deudor, empero, lo cierto es que también ha establecido unas excepciones, entre ellas, cuando la controversia se define bajo una interpretación normativa, salvo cuando se trata de un criterio jurisprudencial consolidado, pacífico y uniforme, como sucede en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, caso en el cual se ha precisado en múltiples oportunidades su procedencia (CSJ SL3834-2021, CSJ SL3808-2020).

Ahora bien, pese a resultar procedentes los intereses moratorios, en este asunto no hay lugar a ordenar su reconocimiento y pago, como se advirtió en la decisión de primera instancia, toda vez que no se acreditó reclamación alguna efectuada a la AFP responsable de la prestación objeto de condena, por el contrario, la prestación fue solicitada al extinto ISS, quien la negó y reconoció la indemnización sustitutiva a la beneficiaria; y, la AFP ni siquiera fue llamada, sino vinculada al trámite procesal de manera oficiosa y como medida de saneamiento, en ese orden, mal podría imputársele mora en el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes que nunca le fue solicitada, ni fue siquiera pretendida en este proceso, a cargo de esa administradora.

No obstante, como quiera que se hace necesario compensar el impacto inflacionario que sufre el valor de las mesadas pensionales por el transcurso del tiempo (CSJ SL4108-2020), es acertada la indexación de las mesadas ordenada

en la sentencia apelada, sin que para ello resulte suficiente el incremento anual del salario mínimo, como lo pretende la aseguradora, que para el caso constituye el reajuste periódico de la prestación, puesto que no son en forma alguna equivalentes, si se tiene en cuenta que, de haber recibido en tiempo oportuno el correspondiente pago, esto es, una vez causadas las mesadas pensionales, estas debían igualmente reajustarse en enero de cada año, conforme a lo dispuesto en el art. 14 de la Ley 100 de 1993, empero, como no fueron pagadas en oportunidad y en el valor que legalmente correspondía en cada anualidad, independientemente de la causa de ello, se torna imperioso efectuar el ajuste de esas sumas, con ocasión de su pérdida de poder adquisitivo por el transcurso del tiempo, y es por ello que, tampoco resulta atendible el argumento de la AFP en torno a esa condena, pues no se trata de un beneficio otorgado a la beneficiaria de la pensión, sino que se reitera, se trata de la actualización del valor que debió recibir por concepto de mesadas pensionales, con miras a mantener su poder adquisitivo.

Por lo expuesto, se confirmará la absolución de los intereses moratorios y la imposición de la condena a la indexación de manera supletoria.

Prescripción- Al respecto, prevé el art. 151 del CPTSS un término de prescripción de 3 años, contados desde que la obligación se hizo exigible, y que "*El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual"*; en este caso, ha de entenderse que tal reclamo debía ser recibido por el responsable de pagar la prestación, o quien lo suceda, esto es, la AFP Porvenir; empero, tal como se estableció en la primera instancia, la reclamación para efectos del reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes fue presentada el 11 de abril de 2002 ante el extinto ISS, hoy Colpensiones (f.º 14), sin que obre en el plenario reclamo alguno efectuado a Porvenir, con el que pueda tenerse como interrumpido el término de prescripción.

Adicional a lo anterior, y pese a que la demanda fue instaurada el 12 de abril de 2019 (f°. 24), no fue dirigida y menos aún admitida en contra de quien hoy resulta condenado como responsable de reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes deprecada, el trámite procesal se surtió en principio sin este sujeto procesal, el que fue vinculado de manera oficiosa por el despacho con posterioridad, como medida de saneamiento, y en tal sentido, no es posible

establecer, como lo aduce la recurrente Porvenir, que con la presentación de la demanda se interrumpió el término de prescripción respecto a ella, tal como lo prevé el art. 94 del CGP, y en este caso, para ese efecto debe tenerse en cuenta la fecha de su notificación, el 15 de octubre de 2020 (fº. 104), como lo dispone la parte final del inciso 1º de la citada norma, con lo cual el término prescriptivo afectó las mesadas pensionales exigibles con anterioridad al 15 de octubre de 2017.

Sobre lo anterior, como se precisó en la sentencia CSJ SL1011-2021 "*las pensiones se pagan por mensualidades vencidas, en virtud de lo estatuido en el artículo 35 del Acuerdo 049 de 1990, aplicable al presente asunto a la luz de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 100 de 1993*", posición que ha sido reiterada en las sentencias CSJ SL4464-2021, CSJ SL4330-2021 y CSJ SL4166-2021, criterio que es acogido por esta Sala de decisión, y en consecuencia, las mesadas que se encuentran prescritas son aquellas que se causaron de la mensualidad de octubre de 2017 hacia atrás, es decir, hasta la correspondiente a septiembre de ese año, puesto que la de octubre se hizo exigible el 1º de noviembre de 2017.

En este sentido, realizados los cálculos correspondientes, se dispondrá modificar y adicionar el numeral primero de la decisión apelada, para establecer que el pago de las mesadas pensionales será efectivo a partir del 1 de octubre de 2017, cuyo retroactivo adeudado a 31 de agosto de 2022 asciende a la suma de $59.490.486, así:

Año	**Vr Mesada**	**nº. Mesadas**	**Subtotal**
2017	$ 737.717,00	4	$ 2.950.868
2018	$ 781.242,00	14	$ 10.937.388
2019	$ 828.116,00	14	$ 11.593.624
2020	$ 877.803,00	14	$ 12.289.242
2021	$ 908.526,00	14	$ 12.719.364
2022	$ 1.000.000,00	9	$ 9.000.000
Total			**$ 59.490.486**

De la condena en costas – De conformidad con el artículo 365 del CGP, las costas están a cargo de la parte vencida en el proceso, son la erogación económica que le corresponde efectuar a favor del vencedor, y comprende las expensas y las agencias en derecho, sin que la norma en cuestión determine que

su causación esté sujeta a la interpretación que la entidad tenga sobre determinada norma o a la buena o mala fe con que hayan actuado dentro o fuera del proceso.

Empero, pese a que en este asunto la vinculada Porvenir SA y la llamada en garantía BBVA Seguros de Vida Colombia, resultaron condenadas a pagar la pensión pretendida por la demandante, no puede perderse de vista que tal prestación nunca les fue solicitada, y que la acción ordinaria se encontraba dirigida a obtener el reconocimiento pensional a cargo de la única demandada, que lo fue Colpensiones, resultando condenada persona jurídica distinta a la llamada a juicio por la parte actora, que fue vinculada oficiosamente por el despacho, por lo que en estricto sentido, no puede tenérsele como parte vencida respecto a la demandante, razón suficiente para que esta Sala confirme la decisión de primera instancia, de relevar a esas entidades de su imposición, lo que adicionalmente resulta plausible a la luz de lo dispuesto en el num. 5° del citado art. 365, toda vez que la demanda en verdad no prosperó, y las pretensiones fueron acogidas parcialmente, pero se itera, a cargo de sujeto procesal distinto a la demandada.

Sin costas en la instancia, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR y **ADICIONAR** el numeral primero de la sentencia proferida el 26 de agosto de 2021, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, el que quedará así:

> ***PRIMERO: CONDENAR*** *a la* ***ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR*** *a reconocer la pensión de sobrevivientes a favor de la señora* ***MARÍA CRISTINA SÁNCHEZ*** *en condición de beneficiaria del señor* ***JUAN JOSÉ PALOMARES*** *causada a partir del 12 de julio del 2001 fecha de su fallecimiento, en suma equivalente a un SMLMV para cada anualidad y un total de 14 mesadas pensionales al año, con incrementos legales anuales, efectiva a partir del* ***1º de octubre de 2017****, con ocasión de la prescripción parcial probada, cuyo retroactivo adeudado a 31 de agosto de 2022 asciende a la suma de $59.490.486, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.*

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la decisión, de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

CUARTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA Magistrado

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **b46116eacc040daf557541a35dd8ceffe32264c455c8f4257a01de8b9a838dbb**
Documento generado en 14/09/2022 02:58:20 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN.	11001 31 05 **035 2020 00448** 01
DEMANDANTE:	MARGARITA UMAÑA CARRASQUILLA
DEMANDADAS:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS SA

Bogotá DC, treinta y uno (31) de agosto dedos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir y Colpensiones, así como surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor ésta, respecto de la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2021, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I.ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la nulidad de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Colfondos posteriormente por la AFP Porvenir, por cuanto la entidad faltó al deber de información; que puede regresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; que se condene a las AFP trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, junto con frutos e intereses y los respectivos rendimientos que produjo el capital ahorrado, y los valores descontados por concepto de administración; y a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del cumplimiento de los requisitos

de edad y tiempo, intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993, indexación de la primera mesada pensional; y a las demandadas, en costas procesales.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 22 de noviembre de 1965; que estuvo afiliada al extinto ISS hasta el mes de julio del año 2000, momento en el cual se trasladó a la AFP Colfondos, a la cual estuvo vinculada hasta el 31 de mayo de 2002; que a partir del 1° de junio de 2002 se afilió a la AFP Porvenir en la cual se encuentra en la actualidad; que al momento del traslado a las AFP Colfondos y Porvenir, no recibió una asesoría objetiva, transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente, cierta y de buena fe, sobre las características de cada uno de los regímenes pensionales, en particular lo atinente a los requisitos para acceder a la pensión y cómo se va a determinar el monto de la misma; tampoco le fue informado lo relacionado con las consecuencias del traslado de régimen. Señala que en el RAIS su mesada pensional será equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, y en el RPMPD sería de $2.998.536 (pág. 1 a 3, archivo 6, Exp. Dig,).

II.TRÁMITE PROCESAL

La demanda, luego de subsanada fue admitida el 2 de junio de 2021, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (archivo 7, Exp. Dig,), quienes dieron respuesta en término oportuno.

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA** presentó oposición a lo pretendido, con sustento en que el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad se efectuó con la AFP Colfondos en el año 2000, y que la demandante ratificó su voluntad de permanencia en el RAIS cuando se trasladó a ese fondo. La afiliación fue producto de una decisión libre e informada, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación –documento público- que contiene la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que aseguró, se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT. Se garantizó el derecho de retracto a la demandante en los términos del artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, también el literal e) del artículo 13 original de la Ley 100 de 1993, y la modificación introducida por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 reglamentado por el Decreto 3800 del mismo año, conforme la publicación en el

diario el Tiempo del 14 de enero de 2004. Adujo que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición; que cumplió con el deber de información y que ha obrado siempre de buena fe y apegado a las leyes vigentes. En relación con los gastos de administración dijo que su devolución constituye un enriquecimiento sin justa causa, pues solo se puede retornar los aportes y rendimientos. En su defensa propuso como excepciones las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (pág. 1 a 36, archivo 16, Exp. Dig,).

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones** se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, al momento del traslado no contaba con una expectativa pensional lo que conlleva a que no reúna los requisitos para regresar al RPMPD. Señala que la afiliación no contiene una causal de nulidad, pues no se advierte alguno de los vicios del consentimiento que son el error, la fuerza y el dolo. En punto de la carga de la prueba, considera que resulta desproporcional colocar la carga de la prueba en las AFP, en particular en Colpensiones, quien en últimas resulta ser la más afectada en caso de proceder la nulidad. En su defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria (pág. 1 a 42, archivo 18, Exp. Dig,).

Colfondos SA Pensiones y Cesantías presentó oposición a lo pretendido, con sustento en que esa entidad brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, de manera que se le indicaron las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. En cuanto a la pretensión de nulidad, señaló que los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, estipulan como elementos que dan paso a la nulidad de una afiliación al Sistema General de Pensiones, en primer lugar, que

la suscripción de la vinculación, no provenga del afiliado, lo cual para el presente caso no ocurrió, pues fue la demandante, quien de su puño y letra, suscribió el formulario de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Colfondos SA, así como lo expresa el formulario de vinculación. Por lo anterior, aseguró que dicha pretensión carece de fundamento jurídico y asidero fáctico, pues en primer lugar no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a esa AFP fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento y en segundo lugar, la parte demandante suscribió el formulario de vinculación al Régimen de Ahorro Individual de manera libre y con su consentimiento expreso, como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por lo que no se puede pretender dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y que ratifica los actos propios de la demandante, trasladándose de régimen pensional y entre administradoras de pensiones con vinculación formal al RAIS hace más de 20 años. Pone de presente que la demandante podía hacer uso del derecho de retracto, además que no es beneficiaria del régimen de transición. En su defensa propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago e inexistencia de perjuicios (pág. 1 a 18, archivo 14, Exp. Dig,).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (archivo 09, Exp. Dig,).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 29 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado efectuado por la demandante, a través de la AFP Colfondos SA, y le ordenó a la AFP Porvenir trasladar los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos a Colpensiones, y a ambas AFP privadas pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión por los gastos de administración, por el tiempo de afiliación. A su vez, le ordenó a Colpensiones recibir los recursos y acreditarlos como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual. Finalmente, impuso condena en costas a la AFP Colfondos SA.

Consideró que conforme a la línea jurisprudencial de la corte, la AFP desde su creación estaba obligada a dar información a la afiliada previo al traslado, para que tomara una decisión consciente; que el deber de información no se suple con la declaración contenida en el formulario, que solo demuestra el consentimiento pero no que fue informado, carga de la prueba que corresponde a la AFP; que conforme a las pruebas evacuadas en el proceso, la AFP Porvenir no cumplió con la carga de la prueba del deber de información; que no obra en el plenario prueba del cumplimiento del deber de información. Negó solicitud de pensión de vejez, comoquiera que la reclamación administrativa no incluyó esta pretensión, además solo con la sentencia se dan las circunstancias de tiempo, modo y lugar, para el estudio de la prestación, por lo que cuando Colpensiones cuente con la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual podrá proceder con el estudio de la prestación.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** apeló la sentencia proferida, tras considerar que debe ser estudiado cada caso en particular. Señala que el afiliado no está exonerado de ilustrarse frente al cambio de régimen y cual es funcionamiento de cada uno de ellos, por lo que no se puede dejar esta labor únicamente en la AFP. Además, indica que la motivación para la solicitud de traslado es la cuantía de la mesada; que la demandante realizó traslados horizontales dentro del RAIS, lo que reafirma la voluntad de permanecer en este régimen pensional, como se puede ver en las sentencias CSJ SL4939-2020 y CSJ SL1061-2021. Finalmente, considera que se afecta la sostenibilidad financiera del sistema al recibir a un afiliado que no ha cotizado a lo largo de su vida laboral a este régimen, pero que si tendrá derecho eventualmente a una pensión.

La AFP Porvenir SA, dice que la asesoría que se le brindó a la demandante cumplió con lo establecido para la fecha en que se produjo el traslado de régimen, esto es el diligenciamiento y suscripción del formulario, como quiera que no le era posible cumplir a ese fondo con lo dispuesto en la reciente jurisprudencia. Se debe considerar que la actora fue asesora de una AFP Horizonte y conocía las características de los regímenes pensionales, que además transmitió esta información a otros usuarios, pues esto hacía parte de su trabajo; que conocía las características del sistema pensional y solo un año antes solicitó la nulidad,

lo que hace evidente el fraude al sistema. Afirma que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración, habida cuenta que estos no están llamados a financiar la pensión de vejez.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 2 de junio de 2022 se admitieron los recursos interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

Las demandadas Colpensiones y Porvenir SA presentaron alegaciones reiterando los argumentos expuestos en los recursos (archivo 47 y 52, Exp. Dig,).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole de los que ha conocido, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando si lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente,

y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acatará en este asunto y en los sucesivos, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora privada demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 22 de noviembre de 1965 (Pág. 11, archivo 1, Exp. Dig.); ***ii)*** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales 240,29 semanas, entre el 24 de septiembre de 1984 hasta el 31 de agosto de 2000 (Pág. 12, archivo 1, Exp. Dig.); ***iii)***; que el 15 de agosto de 2000 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Colfondos, con fecha de efectividad desde el 1° de octubre de 2000 (Pág. 83, archivo 16, Exp. Dig.); ***iv).*** que el 15 de abril de 2002, se afilió a la AFP Porvenir, con fecha de efectividad desde el 1° de junio de 2002 (Pág. 83 y 84 archivo 16 Exp. Dig.), administradora en la que actualmente se encuentra afiliada.

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.° del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.° del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera *'preimpresa'* en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

> Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.
>
> La doctrina ha bien elaborado 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 el 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 asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.
>
> Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo 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; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña."

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

"(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe

> conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento."

En esta providencia, también se dijo:

> "(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.
>
> De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.
>
> Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos SA, el 15 de agosto de 2000, posteriormente se trasladó a Porvenir SA el 15 de abril de 2002, AFP a la que se encuentra actualmente afiliada, frente a lo cual se debe precisar que no fue aportado el formulario de afiliación a Colfondos; y si bien en el formulario de vinculación a Porvenir se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, y *que fue asesorado sobre todos los aspectos del RAIS, del régimen de transición, bonos pensionales e implicaciones de la decisión*, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

> "(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como "la afiliación se hace libre y voluntaria", "se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones" u otro tipo de leyendas de

> este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado."

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

> El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.
>
> Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento *«consentimiento»* para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el *«deber de información y buen consejo»* que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.
>
> Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

> De otro lado, ha dicho 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. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021, precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

> Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión

de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Colfondos SA, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, y en ese sentido, se **confirmará** la decisión apelada, que declaró la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 15 de agosto de 2000, con su afiliación a la AFP Colfondos, así como el posterior surtido con destino a la AFP Porvenir

Lo anterior, por cuanto como lo concluyó el *a quo,* esa falta al deber de información no se desvirtúa con el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, en el que relató la labor que desarrollaba como asesora del fondo de pensiones Horizonte al cual se vinculó como trabajadora en el año 2002, puesto que acto seguido en su declaración afirmó que las capacitaciones fueron parcializadas y que ella no conocía a cabalidad las características de los regímenes pensionales, ni el derecho de retracto o la prohibición legal de traslado; ello, sin contar con que, la vinculación a Horizonte, hoy Porvenir, no dio lugar al traslado de régimen de pensiones.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, "(…) *pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción"*[1], por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Por lo expuesto, se **adicionará** el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada, para ordenar tanto a la AFP Colfondos como a Porvenir SA, a la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados, debidamente indexados, y a ambas AFP efectuar la discriminación y detalle de los valores devueltos.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2021, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA** y **Colfondos SA Pensiones y Cesantías**, deberán trasladar también, con destino a Colpensiones, además de la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión de la vinculación de la demandante a cada una de esas AFP, con los rendimientos financieros de los mismos y bonos pensionales, los gastos de administración, valores descontados de los aportes por primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima,

[1] CSJ SL1688-2019.

debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

CUARTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO,** atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO — Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA — Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:
https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EhQjzO6GuINMunTamtSQ-e4BLU46skCmEv1ec9m_hEGv7A?e=tbPWT0

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **c0f6358940b3e2dd8894532963ec9a44ec902013ea1d015d0ac0496e132d2185**

Documento generado en 14/09/2022 02:58:21 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica