



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

PROCESO ORDINARIO No. 14-2018-00319-01
ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ANTONIO VICENTE TORRES RUBIO
DEMANDADO: CONFIPETROL S.A.S.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 04 de agosto de 2021.

ANTECEDENTES

El señor ANTONIO VICENTE TORRES RUBIO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que es ineficaz la terminación del contrato de trabajo suscrito con el demandado por ser violatoria del principio de la estabilidad en el empleo al encontrarse afectado gravemente su estado de salud, encontrándose amparado



por la estabilidad laboral reforzada en los términos de la Ley 361 de 1997. Como consecuencia, solicita se ordene a la demandada que reincorpore al actor al cargo o empleo de Técnico Electricista que venía desempeñando o a uno acorde con su estado de salud en iguales o mejores condiciones salariales, teniendo en cuenta sus actuales limitaciones físicas producidas por la enfermedad común –Retinocoroiditis por Toxoplasma Ojo Derecho- surgida en vigencia del contrato de trabajo; se condene igualmente a la demandada a cancelar los aportes que se encuentren pendientes por pagar al trabajador desde el momento de su desvinculación el 28 de mayo de 2015 a la respectiva EPS, ARL y fondo de pensiones debido a la condición especial de salud que padece el actor, junto con todas las prestaciones sociales causadas a partir de la fecha de la terminación del contrato de trabajo -28 de mayo del 2015- , así como las vacaciones, la indexación, la sanción moratoria, la indemnización por terminación unilateral del contrato, la sanción por no consignación de cesantías hasta cuando se verifique el pago total de los salarios y prestaciones sociales adeudadas; se condene a la indemnización equivalente a 180 días de salario de conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 100 a 101).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que CONFIPETROL S.A.S. y el actor se celebró un contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año; que ingresó a trabajar desde el 01 de octubre de 2014 hasta el 28 de mayo del 2015; que el cargo desempeñado fue el de Técnico Electricista; que devengó un salario de \$1'922.100; que la prestación personal del servicio la efectuó en el Municipio de Nuevo Castilla Meta; que cumplía un horario de trabajo de 7 a.m. a 5 p.m.; que al momento de ingresar a trabajar se encontraba en estado satisfactorio de salud; que el 25 de noviembre de 2014 empezó a sentir una fuerte cefalea y pérdida de la visión del ojo derecho, por lo que acudió a urgencias a la Clínica de Cirugía Ocular de Villavicencio con Dx Toxoplasmosis Ocular de origen común y se le otorgó una incapacidad por 8 días; que el 29 de noviembre de 2014 se le otorgó incapacidad por 8 días más



del 29 de diciembre del 2014 al 05 de enero de 2015 con el mismo diagnostico; que el 16 de febrero de 2015 se le realizó un control donde se mantuvo el Dx RETINOCOROIDITIS POR TOXOPLASMA OJO DERECHO y se cita en un mes; el 16 de marzo de 2016 se le realiza un control médico donde se mantiene el diagnostico, se señala que hay una mejoría parcial y se remite a otra institución para tratamiento de retina; que el 20 de marzo del 2015 el empleador suscribió otro sí prorrogando el contrato hasta el 28 de mayo del 2015; que el 27 de marzo del 2015 asistió a la Fundación Oftalmológica Nacional para la realización del examen de ANGIOGRAFIA CON FLUORESCENCIA DE OJO DERECHO; que el 07 de abril de 2015 la EPS SALUDCOOP se abstuvo de realizar la calificación de accidente de trabajo señalando que la toxoplasmosis es de origen común; que el 17 de abril del 2015 se le entregue el examen de ANGIOGRAFIA y se recomienda OCT para definir mejor las características de la lesión que en ese momento no parece estará activa; que el 25 de abril del 2015 a pesar de su situación médica, del Dx, tratamiento médico, suministro de medicamentos, deterioro progresivo en la salud el empleador le entregó carta de preaviso de terminación del contrato donde se le informa que su contrato termina el 28 de mayo de 2015 y que la empleadora había decidido no renovarlo; que el 08 de mayo del 2015 asistió a cita médica donde se evidencia el avance de la enfermedad ratificándose la oculopatía por toxoplasma y afectación grave del ojo izquierdo; que el 28 de mayo del 2015 el empleador dio por terminado el contrato de trabajo. (fls.101 a 103).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **CONFIPETROL S.A.S.**, aceptó la existencia de la relación laboral y los extremos de la misma y se opuso a la prosperidad de las demás pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 12 y 18; negó el 6 y 16 y dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe y la genérica. (fls. 153 a 161).



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada CONFIPETROL S.A.S., de todas y cada una las pretensiones incoadas en su contra, por el demandante señor **ANTONIO VICENTE TORRES RUBIO** conforme lo aquí considerado.

SEGUNDO: RELEVARSE del estudio de las excepciones propuestas dado el carácter absolutorio del litigio.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de la acción a la parte demandante. Tásense.

CUARTO: CONSULTAR con el Superior la presente providencia en el evento de no ser apelada.” (fl. 195)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que el demandado aceptó la existencia de una relación laboral con el actor mediante contrato a término fijo, así como los extremos de la relación laboral y, que ante la decisión de no prorrogar le dio el preaviso al actor. Que tampoco se discute ni el cargo, ni el salario devengado. Indica que la jurisprudencia de nuestro órgano de cierre tiene sentado que sólo los que padecen de una discapacidad con una limitación física, psíquica o sensorial que implique una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% la cual debe ser definida conforme al Manual Único para la Calificación de PCL, se encuentran en debilidad manifiesta. Que no procede dicha garantía para quienes tengan una incapacidad temporal. Que no se acreditó que a la finalización del contrato estuviere calificado y que tuviera una pérdida de capacidad superior al 15%. Que en virtud del principio de favorabilidad si se aplica la jurisprudencia de la Corte Constitucional tampoco proceden las pretensiones de la demanda, pues se tiene que se allegó la historia clínica del actor expedida el 03 de diciembre de 2014 en la cual aparece como motivo de consulta la pérdida de visión del ojo derecho, con evolución de 8 días y cefalea, por lo cual le otorgan una incapacidad de 8 días entre el 03 y el 10 de diciembre de 2014. Que el 29 de diciembre de 2014 se le generó otra incapacidad de 8 días la cual finalizó el 05 de enero de 2015. Que del 02 al 16 de febrero de 2015 asistió a controles médicos cuyo diagnóstico fue toxoplasmosis ocular ojo derecho. Que el 16 de marzo del 2015 fue remitido a otra Institución Médica para el tratamiento de retina. Que el 27 de marzo del 2015 fue atendido y se le ordenaron exámenes. Que el 08 de mayo del 2015 se confirmó el diagnóstico y se le señaló que tenía



control en 6 meses y que podía continuar laborando. Que conforme a lo anterior se evidencia que al momento en que se le dio por terminado su contrato no presentaba ninguna estabilidad laboral reforzada, pues como lo confiesa el demandante para ese momento no tenía recomendaciones médicas, ni tampoco incapacidades, por lo que su patología no limitaba su trabajo; razón por la cual absuelve de todas las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

El **demandante** recurrió señalando que se desconocieron la totalidad de las pruebas allegadas al proceso, situación que llevó a negar las pretensiones de la demanda, contrario a lo probado en el plenario. Que se desconoció que se probaron los hechos jurídicamente relevantes que sirven de sustento a las pretensiones. Que se desconocieron las disposiciones legales como el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y la evolución legislativa y jurisprudencial recogida en la sentencia SU 049 de 2017 de la Sala Plena de la Corte Constitucional. Que se desconoció el principio de apreciación racional de la prueba toda vez que se demostró la existencia de un contrato de trabajo y la afectación en el estado de salud del actor en vigencia del contrato de trabajo, sin importar el origen de la enfermedad que en este caso resultó de origen común. Que esta situación fue conocida por su empleador, quien lo tenía afiliado al sistema de salud y conoció el deterioro progresivo de la salud del actor, no sólo por su historia clínica, los permisos dados para asistir a las citas y los tratamientos médicos, sino también por los graves resultados del examen de egreso que obra en el plenario. Que se desconocieron los principios de solidaridad social dignidad humana y que el actor se encontraba en una situación de debilidad manifiesta por su estado de salud en vigencia del contrato de trabajo. Que se desconoció la protección legal y constitucional que favorece a las personas con debilidad manifiesta y se desconoció el principio de estabilidad laboral reforzada por las situaciones de salud en que se encontraba el actor. Que no existía una justa causa además del vencimiento del plazo pactado por lo que la entidad demandada debió colocar en conocimiento del inspector de trabajo la grave situación del actor, por lo que debía obtener la debida autorización. Que se debe tener en cuenta el examen de egreso del actor. Que se desconoció



la sentencia SU 049 de 2017 de la Corte Constitucional para los casos de estabilidad manifiesta. Que se desconoció la confesión del actor en lo relacionado con su estado de salud al momento de la terminación del contrato, la cual fue infirmada en los términos del artículo 197 del C.G. del P., teniendo en cuenta que a pesar de la respuesta del actor se encuentra acreditado con la historia clínica y con el examen de egreso que su estado de salud no era bueno; que no sólo había sido incapacitado, sino que estaba en pleno desarrollo de un tratamiento médico con suministro de medicamentos y que pese a esto sin el mínimo respeto a sus derechos fundamentales le fue terminado el contrato de trabajo en un estado de debilidad manifiesta, por lo que solicita se deje sin eficacia la terminación del contrato y se ordene el reintegro y la sanción establecida en la Ley 361.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, teniendo en cuenta la inconformidad, que, en síntesis, obedece a: la solicitud para que el Tribunal acceda a la pretensión principal de ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y consecuencial reintegro del actor y pago de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al advertir diferentes situaciones médicas del actor.

Sea lo primero advertir que, el punto de apelación corresponde al principal problema jurídico propuesto en primera instancia, esto es, si para el momento de la desvinculación laboral del día 28 de mayo del 2015 el demandante era beneficiario de la garantía de estabilidad laboral en el marco de protección de la Ley 361 de 1997 debido a su estado de salud.



De la estabilidad laboral reforzada

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

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

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



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

Ahora, no desconoce la Sala que la Corte Constitucional se ha referido a una especial protección para aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (art 13 CP), pero también resulta claro que ello no aplicaría en este caso, toda vez **que no toda persona con una incapacidad médica, o en tratamiento se encuentra en dichas condiciones, por algo las incapacidades son limitadas en el tiempo, pues en este, se espera la recuperación ya que de no obtenerla se transformará su condición en ese caso sí, a una persona con limitación permanente, minusválida o discapacitada a la cual el Estado debe proteger especialmente; pero menos aún, se itera cuando las incapacidades otorgadas en el mes de diciembre del 2014 y cada una por 8 días, finalizando la última incapacidad el día 05 de enero de 2015.** (Ver fls. 53 y 54)

Obsérvese entonces que el 28 mayo de 2015 cuando terminó el contrato tal y como lo acepta el demandante al absolver su interrogatorio de parte no se encontraba incapacitado, no tenía recomendaciones médicas y no tenía calificada su pérdida de capacidad laboral, lo cual contrario a lo señalado por la apoderada del demandante en su recurso de apelación, no se desvirtuó con las demás pruebas allegadas al proceso, por el contrario, sí se revisa la epicrisis del 08 de mayo del 2015 se evidencia que el médico tratante dejó constancia de que el señor Torres Rubio podía laborar. (Ver fl. 71)

Al revisar las pruebas allegadas por la parte demandante como lo son el examen médico pre-ocupacional realizado el 26 de septiembre del 2014 (fls.



37 a 40), el concepto de aptitud laboral para el trabajo en las alturas del 26 de septiembre del 2014 (fl. 41), la historia de optometría del 26 de septiembre del 2014 (fl. 42), la evaluación médico ocupacional con énfasis en sistema osteomuscular del 02 de junio del 2015 (fls. 43 a 46), el certificado de aptitud ocupacional del 26 de septiembre del 2014 (fl. 47), la espirometría ocupacional del 26 de septiembre del 2014 (fl. 49), el resultado del electrocardiograma del 06 de octubre del 2014 (fl. 50), la evaluación de fonoaudiología del 26 de septiembre del 2014 (fl. 51), la historia clínica del actor del 03 de diciembre del 2014, la del 27 de marzo del 2015, la del 08 de mayo del 2015, la del 10 de marzo del 2016, la del 19 de octubre del 2016 y la del 24 de enero del 2017 (fl. 52, 66 a 67, 72 a 73, 81 a 93, 94 a 96 y 97 a 98), las incapacidades médicas expedidas el 03 de diciembre de 2014 por 8 días y el 29 de diciembre de 2014 por otros 8 días (fls. 53 y 54), las prescripciones médicas del 29 de diciembre de 2014, la del 02 de febrero de 2015 y la del 16 de febrero del 2015 (fls. 55, 56, 58, 59 y 60), la solicitud de autorización de servicios del 02 de febrero del 2015, del 16 de febrero del 2015 y la del 16 de marzo del 2015 (fl. 57, 61, 62 y 63) y, el resultado angiografía fluoresceínica del 17 de abril del 2015 (fl. 69 a 70), de las cuales no se evidencia tal y como lo señaló la falladora de primera instancia que el actor hubiese sido calificado, ni tampoco esto se prueba con el examen de egreso que señala la apoderada del demandante que no fue valorado.

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



La Sala revisó el expediente e insiste en que aunque encontró en diciembre de 2015 dos incapacidades cada una por 8 días finalizando la última el 05 de enero de 2015 y situaciones de salud, ninguna de ellas es suficiente para establecer ese estado real de salud, que le impidiera al demandante desarrollar su labor, al punto de poder presumir que la terminación del contrato obedeció a un acto discriminatorio por esa causa; **y por tanto en este caso no existe la presunción, de terminación discriminatoria por lo que se aplican plenamente las sentencias de la Corte Suprema al respecto que como ya vimos explican detalladamente el tema y en el que se insiste se sigue** sosteniendo que esta protección opera **solo para ciertos estados de salud que, por su grado de intensidad, hacen que el despido o terminación se presuma realizado por esa condición y no por otras, o lo que es lo mismo se presuma discriminatorio.**

Finalmente, al no existir estabilidad laboral reforzada, tampoco hay lugar al pago de la indemnización prevista en la ley 361 de 1997.

Por lo expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 01-2017-00124-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JAIRO DE JESÚS TAMAYO

DEMANDADO: FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES
NACIONALES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 10 de septiembre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la entidad demandada.

ANTECEDENTES

El señor JAIRO DE JESÚS TAMAYO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que la demandada es la obligada al pago de la pensión por él causada; como consecuencia de tal declaración, peticiona se le condene a dicha entidad a

reconocer y pagar a su favor reliquidación de la primera mesada pensional de la pensión restringida de jubilación, teniendo en cuenta para ello el correcto promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios que asciende a \$221.347,77 a partir del 21 de julio de 2011, junto con diferencias pensionales. (fl. 5).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que laboró como trabajador oficial al servicio de la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia por espacio de 14 años, 1 mes y 5 días, desde el 2 de noviembre de 1977 al 29 de diciembre de 1991, que dicha relación laboral terminó por decisión de la sociedad en mención aduciendo la supresión del cargo que desempeñaba, que por haber sido trabajador ferroviario, es beneficiario de régimen pensional regido por las leyes 1 de 1932 y 53 de 1945, que señala que la pensión plena de jubilación, se debe liquidar con el 80% del último salario, que alcanzó los 60 años de edad el 21 de julio de 2011.

Indica que la demandada le reconoció pensión sanción conforme los preceptos del artículo 8 de la Ley 171 de 1961 a partir del 21 de julio de 2011 a partir de dicha data y con fecha de retiro de 1991, que el salario mínimo para el año 1992 era de \$51.716 y la pensión le fue reconocida en cuantía de \$897.278, teniendo como salario promedio mensual la suma de \$204.729, que aplicando de manera correcta la fórmula de indexación de la primera mesada pensional, esta ascendía a \$1.198.236.63, por lo la mesada pensional se encuentra liquidada de manera errónea; señala por último que petitionó la reliquidación de la misma el 25 de noviembre de 2016. (fls. 4 y 5).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, el Fondo demandado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1 a 6, 8, 9 a 13 y 18 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó cobro de lo no debido, prescripción, pago, inexistencia de las obligaciones reclamadas y compensación. (CD fl. 89).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR, al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia a reliquidar la primera mesada pensional del demandante en cuantía inicial de \$1.106.436 a partir del 21 de julio de 2011, para el 2012 \$1.147.362.05, para el 2013 \$1.175.357.69, para el 2014 \$1.198.159.63, para el 2015 \$1.242.012.27, para el 2016 \$1.326.096.50, para el 2017 \$1.402.347.05, para el 2018 \$1.459.703.04, para el 2019 \$1.506.121.60, para el 2020 \$1.563.354.22, y para el 2021 en la suma de \$1.588.524.22, por 14 mesadas pensionales, la cual deberá ser incrementada en los términos dispuestos por el Gobierno Nacional.

SEGUNDO: CONDENAR al Fondo demandado a reconocer y pagar la suma de \$18.919.262 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 25 de noviembre de 2016 y el 30 de agosto de 2021, el cual deberá ser indexado desde la fecha de su causación y hasta cuando se haga efectivo el pago del mismo, autorizando al demandado a descontar los aportes a salud del retroactivo reconocido.

TERCERO: CONDENAR en costas a la demandada.

CUARTO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción respecto del retroactivo pensional causado entre el 21 de julio de 2011 al 24 de noviembre de 2016. (...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que no se discutía que el actor gozaba de pensión de sanción concedida a través de resolución 2801 de 2011 a partir del 21 de julio de 2011; que en cuanto al salario base de cotización con que se liquidó la prestación, correspondía al promedio de los salarios devengados en el último año de servicios conforme lo preceptuado en el artículo 8 de la Ley 171 de 1965, Ley 62 de 1985, que indica que los factores a tener en cuenta para dicha liquidación son la asignación básica, gastos de representación, prima de antigüedad, prima técnica, ascensional, de capacitación y trabajo suplementario. Que por lo anterior, no era dable tener en cuenta para el efecto la suma de \$221.344,77 reconocidos en resolución mediante la cual se modificó el valor reconocido como de cesantía definitiva; ello por cuanto para su liquidación en dicho documento se admitieron factores distintos a los contemplados en la Ley 62 de 1985.

Conforme a lo anterior, teniendo en cuenta los factores salariales que se debían tener en cuenta para la liquidación del IBL de la prestación y conforme certificación aportada por el Fondo demandado contentiva de asignaciones devengadas en el último año de servicios del actor, este se ajustaba a los

factores señalados en la disposición legal aplicable, encontrándose que el promedio de lo devengado por el actor por dicho periodo ascendía a \$204.729 a la cual se le aplicaba una tasa de reemplazo del 56.39%, atendiendo al tiempo de servicios del actor, siendo la primera mesada pensional del actor la suma de \$115.192.93, valor que correspondía al año 1991, data en que el actor se retiró del servicio, debiendo ser dicha suma actualizada conforme a la fórmula señalada para el efecto por la CSJ a la fecha en que el actor alcanzó los 60 años de edad, ascendiendo la primera mesada pensional a \$1.106.104 valor superior al reconocido por el demandado, que había indicado como tal la suma de \$897.278.80, lo que permitía inferir que era dable acceder a la reliquidación pretendida a partir del 21 de junio de 2011, a razón de 14 mesadas pensionales al año por haberse causado la prestación antes de la modificación introducida al respecto por el AL 01 de 2005.

En cuanto a la excepción de prescripción, indicó que al actor se le había reconocido derecho pensional en el año 2011, por lo que tenía hasta el año 2014, para reclamar la reliquidación bajo estudio, lo que había ocurrido sólo hasta el 25 noviembre 2016, encontrándose prescritas las diferencias causadas con anterioridad a dicha data.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada recurrió señalando que no había lugar a duda del reconocimiento pensional a favor del actor en el 2011, que en él se habían incluido todos los factores salariales a que había lugar y si bien había transcurrido un tiempo entre el retiro del servicio del actor y el reconocimiento pensional, su ingreso había sido actualizado al 2011 por la Oficina Financiera del Fondo de Pasivo Social, para evitar la depreciación del ingreso.

CONSIDERACIONES

No fue objeto de reparo el status de pensionado del actor, lo cual se corrobora con la resolución 2801 del 19 de octubre de 2011, mediante la cual se le reconoció pensión sanción a partir del 21 de junio de dicha anualidad y en cuantía de \$897.278, acto administrativo en que se señaló que el IBL para liquidar dicha prestación, ascendía a \$1.591.232.08 (fl. 27).

Conforme lo anterior a efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto, se tiene que de antaño la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha reconocido la indexación de la primera mesada pensional, primero, para aquellas pensiones que se causaron con posterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991 (sentencia radicado 29022 del 31 de julio de 2007) y posteriormente, extendió este beneficio a todo tipo de pensiones causadas antes o después de la Constitución Política (sentencia SL 736-2013).

En definitiva, ha dicho la CSJ para justificar el cambio jurisprudencial y extender el beneficio de la indexación de la primera mesada pensional a todo tipo de pensiones, en la sentencia SL 2695-2022 que:

“la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; que existen fundamentos normativos válidos y suficientes para disponer un remedio como la indexación, a pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991; que así lo ha aceptado la jurisprudencia constitucional al defender un derecho universal a la indexación y al reconocer que dichas pensiones producen efectos en vigencia de los nuevos principios constitucionales; que esa posibilidad nunca ha sido prohibida o negada expresamente por el legislador; y que, por lo mismo, no cabe hacer diferenciaciones fundadas en la fecha de reconocimiento de la prestación, que resultan arbitrarias y contrarias al principio de igualdad.

Todo lo anterior conlleva a que la Sala reconsidere su orientación y retome su jurisprudencia, desarrollada con anterioridad a 1999, y acepte que la indexación procede respecto de todo tipo de pensiones, causadas aún con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991.”

Asimismo, ha explicado la Corte en la sentencia SL 2389-2022 la diferencia entre la indexación del ingreso base de liquidación y el reajuste anual pensional, señalando que la indexación de la primera mesada pensional busca la actualización de la base salarial de liquidación de la pensión, es decir, que el salario con que se liquida la pensión no sufra pérdida alguna en su poder adquisitivo en razón del tiempo transcurrido desde la fecha de terminación de

la prestación de los servicios del trabajador y la fecha en que se reconoce la pensión, mientras que con el reajuste anual se busca que la pensión al ser una prestación de tracto sucesivo no vaya perdiendo el poder adquisitivo con el transcurso del tiempo.

De igual forma y en cuanto al IBL con que se debe calcular la prestación concedida al actor, se tiene que como bien lo adujo el juzgador de primer grado, el mismo debe liquidarse conforme los parámetros establecidos en la Ley 62 de 1985 sin vulnerar el principio de inescindibilidad de la norma y así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias radicado 40260 de 2013 y SL13192 de 2015.

Tal cuestión fue reiterada por la H. Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento radicado No. 54163 del 7 de marzo de 2018, oportunidad en que indicó la Corte:

“Ahora, no todos estos conceptos pueden tomarse para calcular la pensión, tal como se señaló, en sentencia CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 38885, reiterada en providencia CSJ SL13192-2015, en la que se dijo lo siguiente:

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

Y más recientemente en la sentencia CSJ SL2427-2016, 17 dic. 2016, rad. 52399, se puntualizó:

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

Es así como en esta oportunidad, de los factores mencionados por el criterio jurisprudencial en cita, se tiene que para el caso del demandante en el último año de servicio devengó conforme certificación expedida por el Fondo demandado el 3 de septiembre de 2019 allegada en expediente administrativo como sueldo básico la suma de \$1.181.055, por concepto de trabajo en dominicales y festivos \$165.648.8, por horas extras la suma de \$234.609, por prima de antigüedad \$11.910 conceptos que corresponden a los tenidos en cuenta por la demandada en resolución de reconocimiento pensional como se verifica de su contenido y que fuera aportada a folio 30 del plenario, oportunidad para lo cual también tuvo en cuenta lo devengado por concepto de prima semestral pese a que no es un factor a tener en cuenta para la liquidación del IBL conforme se señaló en apartes anteriores, arrojando por tal concepto la suma determinada en primera instancia que corresponde a la liquidada por la pasiva y que asciende a \$204.729.

Es así como, el ingreso base de liquidación de la prestación que se reclama, asciende a la suma de \$204.729, el que indexado conforme liquidación elaborada por el grupo liquidador de esta Corporación, utilizando la fórmula establecida por la Corte Suprema de Justicia en sentencia No. 34069 del 28 de mayo de 2008, que ratifica la 32020 del 6 de diciembre de 2007, reiterada en proveído de la Sala de Descongestión de dicha Corporación del 29 de noviembre de 2017 Rad: 51350, corresponde a \$1.965.666, ingreso base al que se aplica la tasa de reemplazo de 56.39%, atendiendo al tiempo de servicios prestados por el demandante, arrojando como primera mesada a favor de este, la suma de \$1.108.439 para el año 2011, la que en efecto y contrario a lo indicado por la demandada en sus alegaciones, resulta superior a la que señalara la pasiva en resolución de reconocimiento pensional, razón suficiente para **confirmar** la decisión de primer grado pues

si bien, la indexación arrojó una suma levemente superior a la señalada en primer grado, tal punto no fue objeto de reproche por la parte demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

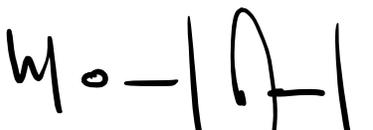
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 15-2016-00417-01

ASUNTO: CONSULTA SENTENCIA

DEMANDANTE: YAKSON MANUEL SOLANO CRISTANCHO

DEMANDADO: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y
OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del grado jurisdiccional de consulta, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 26 de julio del 2021.

ANTECEDENTES

El señor YAKSON MANUEL SOLANO CRISTANCHO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE sin efecto y validez el dictamen de calificación de pérdida de la capacidad laboral y determinación de la invalidez emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el día 14 de julio del 2015 en el que se le otorgó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 24.47% y, que se DECLARE que el actor tiene una pérdida de capacidad laboral superior al 50%



de accidente común y con fecha de estructuración del 11 de enero del 2013. Como Consecuencia, solicita se ordene al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. le reconozca y pague una pensión de invalidez desde el 11 de enero del 2013, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl. 7).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que ingresó a trabajar el 01 de junio del 2004 en la empresa INDEPENDENCE S.A. en el cargo de cuñero; que el 11 de enero de 2013 sufrió un accidente de tránsito como conductor de moto; que según la historia clínica a raíz del accidente el actor sufrió ARTROSIS POST TRAUMÁTICA TOBILLO IZQUIERDO, LUXACION INVETERADA DE ARTICULACIÓN TIBIO TALAR y FRACTURA DE LOS HUESOS DE LA NARIZ, por lo que fue necesario realizarle varios procedimientos como REDUCCIÓN ABIERTA DE LUXO FRACTURA DE TOBILLO + LAVADO Y CURETAJE DE FRACTURA ABIERTA DE TIBIA Y PERONE + REPARACIÓN AGUDA DE LIGAMENTOS DE TOBILLO; que adicionalmente fue remitido a una Institución de Mayor complejidad donde le realizan OSTEOSINTESIS Y REDUCCIÓN ABIERTA DE FRACTURA DE TOBILLO IZQUIERDO Y REDUCCIÓN ABIERTA DE FRACTURA NASAL; que posteriormente presentó infección por lo que recibió tratamiento antibiótico y lavados quirúrgicos; que fue necesario realizarle una nueva cirugía de luxofractura de tobillo inveterada y revisión de primera cirugía fallida por infección; que el 17 de junio de 2014 refiere deformidad septo nasal post trauma y refiere pérdida de olfato desde el accidente, por lo que le ordenan una septorinoplastia funcional + turbinoplastia; que debido a las innumerables patologías padece dolores muy agudos, los cuales en ocasiones lo dejan inconsciente; que presenta dificultad para respirar por la nariz; que en las actividades diarias refiere dificultad para caminar largos trayectos, subir y bajar escaleras, correr, agacharse y arrodillarse; que el 28 de octubre del 2014 la Comisión Médico Laborales de la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A. profirió dictamen en el que determinó que el actor tenía una PCL del 21.82% de origen común y fecha



de estructuración del 02 de octubre del 2014; que al no estar de acuerdo con la calificación interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación; que la AFP PROTECCIÓN siguiendo el debido proceso el 09 de diciembre de 2014 remitió el caso a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, quien mediante dictamen del 17 de diciembre del 2014 determinó una PCL del 24.47% con fecha de estructuración del 02 de octubre del 2014; que presentó recurso frente al dictamen emitido por la Junta Regional; que el 14 de julio del 2015 la Junta Nacional de Calificación de Invalidez emitió dictamen confirmando la decisión de la Junta Regional de Calificación de Invalidez; que el 22 de julio del 2013 superó los 180 días de incapacidad médica; que cuenta a la presentación de la demanda con 34 años de edad; que es una persona trabajadora que sostiene y apoya económicamente a sus padres; que no cuenta con otro medio de subsistencia; que comenzó su incapacidad desde el 11 de enero de 2013 hasta el 10 de diciembre de 2013; periodo en el cual no pudo trabajar; que las funciones que realizaba como cuñero ya no las puede realizar; que el 19 de diciembre de 2012 la EPS SALUDCOOP emitió un concepto de rehabilitación por parte de medicina laboral; que su profesión siempre ha sido la de cuñero, la cual no puede seguir desempeñando por las múltiples enfermedades que lo agobian; que en los dictámenes de pérdida de capacidad laboral no se tuvo en cuenta el deterioro en su estado de salud, pues desde el día del accidente las complicaciones siguen empeorando. (fls. 3 a 6).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la Junta Nacional de Calificación de Invalidez**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos negó el contenido en los numerales 3, 6, 7, 8, 18, 21 y 23; manifestó no constarle el 1, 15, 17, 19, 20, 22 y 25 y aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó legalidad de la calificación expedida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, improcedencia del petitum: inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen, carga de la prueba a cargo del contradictor, la variación en la condición clínica del



paciente con posterioridad al dictamen de la Junta Nacional exime de responsabilidad a la entidad, inexistencia de obligación: improcedencia de las pretensiones respecto a la Junta Nacional de Calificación – competencia del juez laboral, buena fe de la parte demandada y la genérica. (fls. 186 a 206).

Por su parte, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 2, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16 y 19; negó el 11, 18, 21 y 26 y dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, validez del dictamen de pérdida de capacidad laboral, prescripción, inexistencia de intereses moratorios, buena fe, incompatibilidad del pago de mesada pensional por invalidez con el pago por incapacidad médica y la genérica. (fls. 233 a 240).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER la demandada **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**, de la pretensión relacionada con el decreto declaración de la invalidez del dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, emitida por ésta, y frente a esta declarar demostrada la excepción de cobro de lo no debido, validez y presunción de legalidad del dictamen pericial emitido por la Junta Nacional, conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada **PROTECCIÓN** de todas y cada una de pretensiones invocadas en la presente acción específicamente la relacionada con el reconocimiento de la pensión de invalidez, en estos términos declarar demostrada las excepciones de incumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento de dicha pensión de invalidez, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte actora, para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo, lo correspondiente a UN (1) SMLMV para el año 2021, un (1) salario mínimo a favor de cada una de las demandadas.

CUARTO: si la presente providencia no fuere impugnada y dado el resultado desfavorable para la parte actora y conforme las predicciones del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo, se remitirán las diligencias al Superior para que las revise en el Grado jurisdiccional de Consulta.” (fl. 347)



Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que a folio 132 y s.s. la AFP PROTECCIÓN procedió a través de la compañía aseguradora a efectuar la calificación indicando en la patología del paciente que el actor sufre accidente de tránsito con trauma craneoencefálico, fracturas, etc; por lo que se le determina una pérdida de capacidad laboral del 21.82% con fecha de estructuración del 02 de octubre del 2014 y de origen común. Indica que posteriormente, es calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez quien le determina una PCL del 24.47% con la misma fecha de estructuración y origen y que finalmente, es calificado por la Junta Nacional de Calificación quien confirma la decisión de la Junta Regional de Calificación. Señala que frente al dictamen se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 44 en el que se establece que las controversias frente a los dictámenes de la Junta Nacional serán decididas por la Jurisdicción ordinaria en su especialidad Laboral. Indica que no hay ningún elemento probatorio que desvirtúe los dictámenes; que no hay un dictamen emitido por algún ente técnico que respalde las pretensiones del actor; que no existen patologías diferentes a las que tuvo en cuenta la Junta Nacional para emitir su calificación, ni existe ningún elemento que permita establecer que cambiaron las condiciones o que hay nuevas patologías que se deban tener en cuenta o que existan patologías que no se tuvieron en cuenta. Que la calificación se encuentra ajustada a derecho. Finalmente, absolvió de la pretensión encaminada al reconocimiento de la pensión de invalidez como quiera que el actor no cumple con los requisitos para acceder a ella, pues no tiene una PCL superior al 50%.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha explicado entre otras en la sentencia SL 5357-2019 reiterada en la SL 1506-2020 que en el proceso de reconocimiento de una pensión de invalidez en el Sistema General de Pensiones resulta indispensable determinar el grado de pérdida de la capacidad laboral del afiliado igual o superior al 50% y, la fecha en que se estructuró ese estado, el cual



corresponde al momento en el cual la persona pierde su capacidad para laborar.

Para determinar lo anterior la Ley se ha apoyado conforme lo dispone el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 142 del Decreto 019 del 2012 en los fondos de pensiones, las administradoras de riesgos laborales, las compañías de seguros y las Juntas de Calificación de Invalidez; utilizando para la calificación el Manual Único para la Calificación contemplado en los Decretos 917 de 1999 y 1507 de 2014, los cuales contemplan los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.

Entonces, la calificación que se efectúa corresponde a una valoración de carácter técnico y científico sobre parámetros, tablas y porcentajes contenidos en el reseñado manual, atendiendo la deficiencia que presenta el trabajador y su incidencia en la discapacidad y en la minusvalía.

Estos dictámenes tal y como lo ha enseñado la CSJ son de vital importancia no sólo por emanar de autoridades científico técnicas autorizadas por el legislador, sino además porque aquellas tienen el deber de fundamentarse en la historia clínica, los exámenes médicos y en todo lo relacionado a la salud del paciente; razón por la cual en principio el Juez Laboral está obligado a observarlos y valorarlos; siendo claro que dichos dictámenes no constituyen una prueba definitiva, incuestionable o inmodificable dentro del proceso ordinario, ni mucho menos una prueba de carácter *ad substantiam actus*.

Por el contrario, ha dicho la Corte de manera reiterada entre otras en la sentencia SL 697-2019 y SL 3380-2019 que los dictámenes emitidos constituyen una prueba más dentro del proceso que el Juez debe valorar de manera libre, dentro del marco de las facultades que le otorga el artículo 61 del CPT y de la SS de libre valoración de la prueba y libre formación del convencimiento. Insistiendo que no es cierto que la calificación del estado



de invalidez constituya una cuestión técnica ajena al conocimiento de los Jueces, pues es precisamente el Juez Laboral el que tiene el poder jurisdiccional para establecer el estado de invalidez, el origen de la enfermedad o el accidente, la fecha de estructuración y el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, para lo cual cuenta con amplias potestades probatorias, de tal manera que pueda darle plena credibilidad al dictamen o apartarse de él. (Sentencia CSJ SL 1836-2022)

Estimando actualmente la Corte que en la actualidad el estado de invalidez de un trabajador si bien corresponde determinarlo mediante la valoración científica de las juntas de calificación a través de los procedimientos señalados en los reglamentos dictados por el Gobierno nacional, no significa que estos sean intocables, por lo que es claro que el Juez Laboral sí está habilitado para determinar el grado de pérdida de capacidad laboral de un afiliado al sistema de seguridad social, sin que para ese efecto esté obligado a acudir a la opinión de expertos, salvo que se trate de temas en los que los conocimientos especializados de estos cobren especial importancia, dada la materia que tratan.

Siendo claro que conforme al artículo 167 del C. G. del P. incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. remitió a la COMPAÑÍA SURAMERICANA DE SEGUROS DE VIDA S.A. con quien tiene contratado el seguro previsional el caso del actor, quien con base en la documentación aportada con la solicitud determinó que el señor Yackson Manuel Solano Cristancho tiene una pérdida de capacidad laboral del 21.82%, origen accidente común y fecha de estructuración del 02 de octubre del 2014 (fls. 130 a 141)

Por su parte, la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta mediante Dictamen N° 2491 del 17 de diciembre de 2014 determinó que el



actor tenía una PCL del 24.47%, origen accidente común y fecha de estructuración el 02 de octubre del 2014. (fls. 143 a 145)

Dictamen que fue confirmado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante Dictamen N° 7827671 del 14 de julio del 2015. (fls. 152 a 155)

Al revisar el Dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez se evidencia que de manera adecuada se realizó con el Manual Único de Calificación contenido en el Decreto 917 de 1999, teniendo en cuenta que los procedimientos, exámenes y practica de pruebas en el proceso de calificación se encontraban en curso en vigencia de dicho Decreto. Adicionalmente, se evidencia que se tuvieron en cuenta los diagnósticos de (I) FRACTURA DE LA DIAFISIS DE LA TIBIA IZQUIERDA, (II) FRACTURA DEL PERONÉ IZQUIERDO SOLAMENTE y (III) FRACTURA DE LOS HUESOS DE LA NARIZ; sin que se evidencia conforme a la historia clínica aportada que se hubiese omitido alguna patología del actor.

Así mismo, tampoco existe ninguna otra prueba dentro del proceso que permita determinar una PCL diferente a la señalada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, pues nótese que ni siquiera en los hechos de la demanda se señaló cuál era el error que existía en el Dictamen de la Junta Nacional. Por tanto, tal y como lo señaló el fallador de primera instancia no queda otro camino que confirmar la absolución impartida en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:



PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES HUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 02-2019-693-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: CLEMENTINA DÍAZ MOLINA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Viviana Moreno Alvarado, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas Colpensiones y Colfondos, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 2 Laboral del Circuito de esta Ciudad el 24 de noviembre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Colpensiones.

ANTECEDENTES

La señora CLEMENTINA DÍAZ actuando por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201900069301 Dte: CLEMENTINA DÍAZ MOLINA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

del traslado que realizara al RAIS, ya que fue afiliada a Colfondos S.A., sin recibir una información cierta, clara, comprensible y oportuna y sin que se le brindara la posibilidad de ejercer el derecho de retracto, que tiene derecho a que se le reconozca pensión de vejez conforme lo previsto en el Acuerdo 049 de 1990; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se ordene a Colfondos trasladar los aportes por ella efectuados a dicha AFP con destino a Colpensiones y se ordene a esta última reconocimiento y pago de pensión de vejez a partir del 8 de junio de 2018.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 8 de junio de 1961, que ha cotizado al sistema pensional desde el 10 de mayo de 1984, que cuenta con 1446 semanas de cotización, de las cuales 328 las cotizó en el RPM, que el 26 de diciembre de 1997 Colfondos le ofreció la posibilidad de trasladar sus aportes a esa AFP, asesores que al momento del acto de afiliación le ofrecieron pensionarse a cualquier edad, sin indicarle los requisitos para acceder a tal beneficio, que para promover dicho traslado, no le fue puesto de presente proyección pensional alguna, no le indicaron cuánto capital debía tener acumulado en su CAI para obtener una pensión, omisión en la información que llevó a viciar su consentimiento.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLFONDOS S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó el hecho contenido en numeral 1, manifestó no constarle los No. 2 a 5, 11 y 12 y negó los demás; no propuso excepciones de mérito.

Por su parte, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2 y 4 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201900069301 Dte: CLEMENTINA DÍAZ MOLINA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación y traslado que realizó la señora CLEMENTINA DÍAZ MOLINA, a Colfondos S.A., el 26 de diciembre de 1997.

SEGUNDO: CONDENAR a Colfondos S.A., a devolver dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante; tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones a aceptar dichos valores y tener como válida la afiliación de fecha 10 de mayo de 1984, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de la pensión a futuro de la demandante.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que no había sido objeto de discusión el traslado de la demandante al RAIS proveniente del RPM en el año 1997, que los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, consagraban el deber de información y este había tenido evolución legal hasta el año 2015, consagrando varias etapas en el tiempo, primero el deber de información existente desde 1993 hasta 2009, luego el de asesoría y buen consejo y posteriormente el de doble asesoría como lo había señalado la jurisprudencia del la Sala Laboral de la CSJ, Corporación que reiteró que el acto de traslado debía estar precedido de una adecuada información, cuyo suministro correspondía probar a la AFP que promovió el mismo, que la declaratoria de ineficacia procedía para todos los afiliados con independencia de si eran o no beneficiarios del régimen de transición, ya que la pérdida de este no era el único motivo que impulsaba a solicitar dicha ineficacia.

Que la ley 100 de 1993, había previsto dos regímenes pensionales cuya elección era libre por parte del afiliado teniendo en cuenta los límites temporales allí indicados, que los efectos de la nulidad se encontraban



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201900069301 Dte: CLEMENTINA DÍAZ MOLINA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

previstos en el CC, que la elección del régimen pensional debía comprender el deber de información la que debía ser clara, completa, suficiente y comprensible, inclusive hasta llegar al buen consejo, dada la doble calidad de las AFP, por ello el deber de información a cargo de estas era más riguroso ya que prestaba un servicio público con intereses sociales para la protección de los riesgos de IVM y contaban con los mecanismos idóneos para establecer los pormenores del traslado en cada caso particular, ya que el afiliado se enfrentaba condiciones sociales económicas y culturales que lo ponían en un lugar de desventaja frente a las AFP, no siendo experto para determinar las consecuencias del traslado de régimen pensional.

Afirmó que la AFP debía brindar un acompañamiento al afiliado individualmente considerado con personas expertas en la materia y que permitiera al afiliado previa ilustración de las características de los regímenes, riesgos del traslado entre otros pormenores acerca de lo que le conviene al afiliado y lo que puede perjudicarle, deber que estaba en cabeza de las AFP desde su creación para que los afiliados pudieran tomar una decisión libre e informada respecto a su traslado y no bastaba con la suscripción del formulario de afiliación que a lo sumo acreditaba un siempre consentimiento y no uno libre e informado, debiéndose verificar las normas vigentes para el año 1997, data para la cual se había trasladado la actora de régimen pensional.

Precisó que la afirmación del afiliado de no haber recibido la información tendiente a su traslado, correspondía a un supuesto negativo indefinido que debía ser probado por la AFP con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró dicha información y para el caso de la actora el fondo privado ningún elemento probatorio había allegado respecto a la información suministrada a esta en el acto de traslado, ya que sólo allegó documentales contentivas de formulario de afiliación y nada que permita estudiar qué información se le suministró a la señora Clementina en dicho momento, concluyéndose que su afiliación no había sido libre y voluntaria al no mediar la información en los términos señalados y del interrogatorio de parte vertido por la demandante también se establecía que no se le habían informado los



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201900069301 Dte: CLEMENTINA DÍAZ MOLINA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

pormenores de si la decisión de traslado le convenía y ante esta omisión de la carga probatoria de la AFP, se tornaba ineficaz el acto de traslado.

Que en cuanto a la permanencia de la actora al RAIS, esta no permitía establecer una vocación de permanencia de dicho régimen o que contara con una información completa respecto de las consecuencias de permanecer en él. Afirmó que la acción de ineficacia no estaba sujeta al término prescriptivo ya que los aportes efectuados en los regímenes pensionales estaban destinados a la construcción de derechos pensionales que bien se sabía, eran imprescriptibles.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones** indicó en su recurso que no se había realizado una valoración conjunta de las pruebas y existía confesión por parte de la demandante; lo anterior por cuanto si bien se había manifestado que la confesión no era indivisible, del interrogatorio realizado por la actora, esta manifestó que se le había realizado una asesoría individual como colectiva, que le habían indicado sobre la existencia de los rendimientos, que le indicaron las diferencias de ambos regímenes, que recibía extractos del fondo y cuando se le preguntó por qué no había retornado al RPM en los plazos previstos para el efecto, señaló que estaba completamente segura de permanecer en el RAIS, por ello su confesión cumple con los requisitos previstos del artículo 191 del CGP y no se le había dado valor probatorio al formulario de afiliación, el que generaba unos efectos jurídicos para el afiliado y el fondo y dichos efectos se debían respetar.

Que la prueba no se debía valorar de manera individual sino colectiva y de tal manera se determinaba que había existido una asesoría precontractual, que no había pérdida de beneficio alguno con el traslado al RAIS, ya que la forma de financiar las prestaciones en cada uno de ellos era distinta, que la actora había indicado que no era beneficiaria del RAIS; que con la prohibición de traslado prevista en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el legislador había propendido por garantizar la estabilidad financiera del



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201900069301 Dte: CLEMENTINA DÍAZ MOLINA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

sistema y los únicos que se veían afectados con estas decisiones eran los afiliados que sí habían permanecido el en RPM, toda vez que era un régimen subsidiado y se beneficiaban de tales subsidios y de los aportes de los demás afiliados quienes no habían permanecido en este.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por la señora CLEMENTINA DÍAZ MOLINA, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Colfondos S.A., el 26 de diciembre de 1997, como se verifica de copia del mismo, aportado en expediente digital por la parte demandante.

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

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201900069301 Dte: CLEMENTINA DÍAZ MOLINA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por la recurrente Colpensiones ninguna de ellas da cuenta respecto de que a la señora Clementina, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado al RAIS en el año 1997; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Colfondos S.A., fondo al que se trasladó la demandante para la data en mención, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable, lo que lleva a determinar que contrario a lo señalado por la demandada en mención, el traslado del demandante no se puede considerar libre y voluntario como quiera que esta no conocía las implicaciones del mismo.

Sobre este punto y contrario a lo indicado por Colpensiones, la actora al rendir interrogatorio de parte, NO manifestó conocer todas las diferencias



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201900069301 Dte: CLEMENTINA DÍAZ MOLINA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

entre el RAIS y el RPM, pues sólo indicó al respecto que se le había puesto de presente que el fondo del RPM era común y el del RAIS no; aunado a ello indicó que únicamente le informaron sobre algunas ventajas del RAIS, como que podía optar por la devolución de saldos y estos se podrían heredar a sus beneficiarios en caso de muerte y reiteró que le señalaron que el ISS se iba a acabar y perdería sus aportes, en cuanto a la pregunta del por qué no retornó al RPM antes de la prohibición de traslado, señaló que para dicha data, aún no conocía sobre las implicaciones de su afiliación al RAIS, de las que vino a conocer cuando ya no podía optar por su retorno; de tales afirmaciones, no se puede tener por suplido el deber de información, cuando contrario a lo indicado por Colpensiones la actora dejó claro que no retornó al RAIS, pues no conocía las reales implicaciones de su decisión en el año 1997 y la información que se le brindó sobre el RAIS, resulta claramente parcializada.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201900069301 Dte: CLEMENTINA DÍAZ MOLINA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Colpensiones, el suministro del deber de información, no se puede considerar por efectuado con la firma del formulario de afiliación, pues tal documental no contiene datos relevantes a la situación pensional particular de la actora, ya que en este únicamente se encuentran consignados sus datos personales y el fondo pensional al que pertenecía, de igual manera este tópico también ha sido objeto de pronunciamiento en la línea jurisprudencial antes citada, según la cual, se itera, la suscripción del formulario no permite concluir que se suministró en debida forma toda la información relevante al afiliado previo al acto de traslado.

En cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado en su recurso y alegaciones según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS junto con rendimientos y gastos de administración, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1997**, resulta forzoso



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201900069301 Dte: CLEMENTINA DÍAZ MOLINA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información al respecto.

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201900069301 Dte: CLEMENTINA DÍAZ MOLINA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO**



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

PROCESO ORDINARIO No. 15-2019-00191-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MARTHA CONSUELO SOLER GONZÁLEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la AFP PROTECCION y Colpensiones y, del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 10 de noviembre de 2021.

ANTECEDENTES

La señora MARTHA CONSUELO SOLER GONZÁLEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS a partir del 01 de octubre de 1999 o de manera subsidiaria se declare la ineficacia del traslado de régimen. Se ordene a la AFP PROTECCIÓN y a COLPENSIONES que anule en sus registros la afiliación de la demandante; se ordene a la AFP PROTECCION que transfiera a COLPENSIONES el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual de la accionante incluyendo la totalidad de los rendimientos financieros y valor cotizado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima; ordenar a



COLPENSIONES que reactive la afiliación de la demandante al RPMPD sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba para el 01 de octubre de 1999 y se le ordene que registre en la historia laboral de la accionante las cotizaciones que le transfiera PROTECCIÓN S.A.; lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 4 a 5).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 20 de marzo de 1964; que cotizó 782 semanas al Seguro Social hoy Colpensiones desde el 24 de agosto de 1984 al 30 de septiembre de 1999; que el 01 de octubre de 1999 la demandante se trasladó al RAIS a través de PROTECCIÓN; que ha realizado diferentes traslados horizontales; que actualmente se encuentra afiliada a PROTECCION; que al momento del traslado no le informaron cuáles eran los requisitos y condiciones para su pensión; que al momento del traslado le faltaban 215.71 semanas para cumplir el requisito de tiempo para pensionarse en el Seguro Social; que los funcionarios de PROTECCION no le informaron que le faltaban 215.71 semanas para cumplir el requisito de tiempo para su pensión en el seguro social; que le aseguraron que su pensión sería mejor en PROTECCIÓN que en el Seguro Social; que no le hicieron una proyección comparativa; que no le suministraron una información clara, completa, detallada y veraz sobre su situación pensional; que no le advirtieron sobre las consecuencias de su traslado; que presentó reclamación administrativa ante las demandadas la cual le fue negada. (fls. 5 a 6).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2, 3, 4, 20 y 21 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y declaratoria de otras excepciones. (fls. 75 a 83).



Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 5, 6, 16, 17, 18 y 19; dijo que el 7 no era un hecho; manifestó no constarle el 2, 3, 9, 20 y 21 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema General de Pensiones, reconocimiento de restituciones mutuas en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (fls. 100 a 115).

Finalmente, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y respecto de los hechos aceptó el 5 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (fls. 144 a 156).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la señora **MARTHA CONSUELO SOLER GONZÁLEZ**, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el día 23 de agosto de 1999 a través de la AFP COLMENA hoy representada por **PROTECCIÓN S.A.**, como consecuencia de lo anterior **ORDENAR** a dicho fondo **PROTECCION S.A.**, donde actualmente se encuentra afiliada, traslade los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual de la señora **MARTHA CONSUELO SOLER GONZÁLEZ** a la administradora del régimen de prima media **COLPENSIONES**, a esta que reciba dichos recursos y los acredite como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado, como consecuencia natural de esta ineficacia. Todo lo anterior conforme se expuso en la parte motiva.



SEGUNDO: ABSOLVER a la AFP PROVENIR S.A., de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción. Conforme se expuso en la parte motiva.

TERCERO: NO CONDENAR en costas a favor ni en contra de ninguna de las partes. **DECLARAR** no demostradas las excepciones propuestas por las partes demandadas **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A., DECLARAR** demostradas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación propuestas por **PORVENIR S.A.,** conforme se expuso en la parte motiva.

CUARTO: Si la presente providencia no fuere impugnada, y dada la naturaleza jurídica de **COLPENSIONES,** se remitirán las diligencias al Superior para efectos de que las revise en el Grado Jurisdiccional de Consulta.” (fls. 218 a 221)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que sigue la línea jurisprudencial de la CSJ. Que no se probó que se haya brindado la información necesaria al momento del traslado, por lo que debe declararse la ineficacia del traslado que efectuó la demandante al RAIS.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **Administradora de Pensiones COLPENSIONES** impugnó la decisión de primera instancia argumentando que no se puede declarar la ineficacia del traslado, pues se pudo establecer que a la demandante si se le brindó la información necesaria al momento del traslado. Que se deben tener en cuenta los actos de relacionamiento como los ha señalado la CSJ pues la demandante realizó varios traslados horizontales. Que conforme al interrogatorio de parte que absolvió la demandada su decisión de trasladarse fue libre y voluntaria. Que conforme a lo indicado por la Corte Suprema de Justicia debe adicionarse el fallo para ordenar la devolución de los gastos de administración.

Por su parte, **PROTECCION S.A.** impugnó la decisión proferida en primera instancia argumentando que no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración, los cuales fueron deducidos conforme a la Ley y teniendo en cuenta que la AFP le ha generado rendimientos significativos a la demandante.



CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos de apelación interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora MARTHA SOLER, se circunscribe de manera principal a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el 23 de abril de 1999 a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A.

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

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

Es así como en casos, contrario a lo indicado por Colpensiones en su recurso, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de



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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que como bien lo adujo el juzgador de primer grado, ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Martha Soler, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado inicial al RAIS en el año 1999; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada hoy Protección S.A., AFP a la que se trasladó el demandante proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable; no pudiéndose afirmar que dicha decisión fue libre y voluntaria como lo manifiesta Colpensiones, como quiera que la actora no conocía respecto de las reales implicaciones de dicho traslado, pues tal cuestión, se itera, no se probó.

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

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

En ese orden, concluyó que:



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

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

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, nada lleva a esta sala a concluir como lo indica la recurrente Colpensiones que a la demandante se le suministró la información en los términos señalados para la fecha de su traslado del RPM al RAIS y tampoco se evidencia confesión alguna al respecto, pues lo dicho por ella en diligencia de interrogatorio de parte, sólo se aviene a que únicamente el manifestaron las ventajas de pertenecer al RAIS, pero no las consecuencias adversas que le podría traer tal decisión.

Respecto a los actos de relacionamiento a que alude la administradora del RPM, se tiene que contrario a lo manifestado por esta, la Sala Laboral de la CSJ ha sido enfática en señalar entre otras en la sentencia SL 1688-2019 que así el afiliado haya realizado traslados horizontales dentro del RAIS o efectuado aportes voluntarios, éstos no tienen la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, por lo tanto con ellos no se sana la falta de información, postura que se mantiene y que fuera reiterada nuevamente en la sentencia SL3199-2021 señalando además que con los traslados horizontales



no se ratifica el deseo de permanecer en el RAIS, ni convalida la omisión en el deber de suministrar información suficiente, veraz y **oportuna** al momento del traslado inicial, razón por la cual, la reasesoría a que alude la recurrente Porvenir, tampoco sana la comprobada omisión a que se alude, ya que no tuvo la virtud de ser oportuna.

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

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

Conforme lo señalado en precedencia, habrá de **adicionarse** el numeral PRIMERO de la decisión en este aspecto para ordenar el traslado por parte de Protección S.A. de los gastos de administración descontados durante el tiempo en que la demandante permaneció afiliada a cada una de estas AFP debidamente indexados.

Lo anterior impone la **revocatoria** del numeral SEGUNDO de decisión recurrida, para en su lugar condenar a Porvenir S.A., al traslado de dichos gastos de administración a órdenes de Colpensiones.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1999**, resulta forzoso



concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto; circunstancia que impone **confirmar** la sentencia de primer grado respecto de la declaratoria de ineficacia y sus consecuencias.

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

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral:**

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral PRIMERO de la sentencia recurrida en el sentido de ordenar a las AFP Protección S.A., a trasladar a favor de Colpensiones junto con los demás recursos ordenados en decisión que se estudia, los gastos de administración descontados durante el tiempo en que la demandante permaneció afiliada a esa AFP debidamente indexados, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral SEGUNDO de decisión recurrida, para en su lugar condenar a Porvenir S.A., a efectuar el traslado de gastos de administración a órdenes de Colpensiones en la forma señalada en numeral anterior.

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

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.



CUARTO: SIN COSTAS en la alzada.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 19-2019-00542-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MARINO PALACIOS PALACIOS

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **CLAUDIA LILIANA VELA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 65.701.747 y tarjeta profesional No. 123.148 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad CAL& NAF ABOGADOS S.A.S, como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. **MARÍA CLAUDIA TOBITO MONTERO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.020.786.735 y tarjeta profesional No. 300.432 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. **NICOLAS EDUARDO RAMOS RAMOS**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.018.469.231 y tarjeta profesional No. 365.094 del C.S de la J como apoderado sustituto de la AFP PORVENIR, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:



SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por el demandante y las demandadas Protección y Colpensiones y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 30 de septiembre del 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las del demandante, Colpensiones y la AFP PORVENIR.

ANTECEDENTES

El señor MARINO PALACIOS PALACIOS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE la nulidad e ineficacia del traslado del ISS hoy COLPENSIONES a PROTECCIÓN S.A.; que se CONDENE a PROTECCIÓN S.A. al pago de perjuicios causados y a los intereses moratorios, lo que resulte probado extra y ultra petita y las agencias y costas del proceso. (fl. 11).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que al inicio de su vida laboral se afilió al ISS, en donde estuvo afiliado desde junio de 1980 a junio de 1996; que cuando estaba trabajando en GASEOSAS DE LA SABANA fue abordado por un asesor comercial de HORIZONTE hoy PORVENIR quien le informó que el ISS desaparecería y su ahorro pensional se perdería, por lo que debía trasladarse a un fondo privado para evitar el riesgo de perder su ahorro



pensional; que no le informó los requisitos mínimos para regresar al ISS, ni como se liquidaría su pensión, por el contrario le señaló que su mesada pensional sería superior a la que le correspondería en el RPMPD; que no le brindó la información necesaria al momento del traslado; que no se le entregó ninguna información verbal o física de su situación personal; que posteriormente se trasladó a la AFP PROTECCION en septiembre del 2001, sin embargo tampoco se le brindó la información necesaria al momento del traslado y que nunca se le brindó una asesoría con posterioridad a su traslado. (fls. 6 a 11).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en el numeral 1° y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del orden Público y la innominada o genérica. (fls. 55 a 75).

Por su parte, **la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 33, 40, 41, 48, 49, 50, 51, negó el 34, 35, 36, 37, 38, 39, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 60, aceptó parcialmente el 53, señaló que el 61 no era un hecho y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones y la innominada o genérica. (fls. 86 a 95).



Finalmente, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 2, 11, 18 y 19; dijo ser parcialmente cierto el 31; negó el 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 y 27 y, dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 133 a 161).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor **MAURICIO PALACIOS PALACIOS** identificado con C.C. N° **19.293.037**, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE hoy ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., identificado con NIT N° 800.144.331-3, realizado **el día 17 de mayo de 1996 y posteriormente a la AFP PROTECCION S.A.**, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante **MARINO PALACIOS PALACIOS** identificado con C.C. N° **19.293.037**, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES desde el 16 de junio de 1980 hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



TERCERO: CONDENAR a la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, identificado con NIT N° 800.144.331-3, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor **MARINO PALACIOS PALACIOS** identificado con C.C. N° **19.293.037** como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin de que surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA”**

.”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que acoge el criterio jurisprudencial expuesto por la CSJ; que conforme a la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, son las AFP quienes deben demostrar la información brindada y no el demandante. Que es evidente la falta de información por parte de la AFP al momento del traslado del actor al RAIS. Que la falta de información no se subsana con asesorías brindadas con posterioridad al traslado. Que no es necesario tener un derecho consolidado.

RECURSOS DE APELACIÓN



El **demandante** interpone recurso de apelación solicitando se reconsidere la posibilidad de fijar las costas y agencias en derecho a las demandadas y en favor del demandante, teniendo en cuenta el tiempo que lleva el proceso.

La demandada **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.** interpuso recurso de apelación señalando que si lo que se pretende con la declaratoria de ineficacia del traslado es asumir que este ha sido inexistente hay dos posibilidades. La primera, que si se asume que el actor nunca estuvo afiliado al RAIS, se debe asumir que no se han causado rendimientos en la cuenta de ahorro individual, por lo que sólo habría lugar a trasladar las cotizaciones sin descuento alguno pero sin incluir los rendimientos. El segundo, asumir que el traslado no existió, que el actor se mantuvo ininterrumpidamente vinculado a Colpensiones y se podría aplicar una ficción y asumir que los rendimientos se pudieron generar en los mismos términos en el RPMPD, pero sería necesario entender que en ese régimen se descontó también lo relacionado con el seguro previsional y los gastos de administración, por lo que sería procedente trasladar lo correspondiente al capital más los rendimientos, pero sin remitir las sumas descontadas a título de gastos de administración. Indica que la sentencia proferida en primera instancia, lo que hace es una aplicación parcial, no siendo posible tomar como inexistente la afiliación, pero trasladando los rendimientos, pues se generaría un enriquecimiento sin causa por parte de Colpensiones. Que hay que tener en cuenta que los rendimientos fueron superiores a las sumas descontadas a título de gastos de administración.

Finalmente, la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.** interpuso recurso de apelación argumentando que para el momento en que se dio el traslado del actor no existía la obligación de una doble asesoría. Que se debe revisar la normatividad vigente al momento del traslado de régimen. Que Colpensiones es un tercero que no puede verse perjudicado por el contrato celebrado entre el actor y la AFP. Que hasta el año 2016 sólo se exigía el formulario de afiliación. Que ha permanecido en el RAIS por más de 25 años. Solicita se adicione la sentencia proferida en primera instancia en el sentido de señalar que la condena impuesta a



COLPENSIONES en la cual se le CONDENAN a tener al actor como su afiliado sólo puede hacerse efectiva cuando se reintegren los dineros por parte de la AFP.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Marino Palacios Palacios, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR en el año 1996 (fl. 162) y posteriormente a la AFP PORVENIR en el año 1999 (fl. 163), nuevamente a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR en el año 200 (fl. 164) y finalmente a la AFP SANTANDER hoy AFP PROTECCION en el año 2001 (fl. 96) entidad ésta última en la cual se encuentra afiliado actualmente.

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

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del



afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad el demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante en sus alegaciones, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Marino Palacios Palacios, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1996; por lo que se debe dar por demostrado que la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., al ser la AFP que promovió el traslado del actor proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP inicial.



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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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



(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”. (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado del demandante a la administradora del RAIS, a la AFP no le asistiera el deber de brindar al afiliado la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada al actor. No pudiendo de ninguna manera entender ratificada la voluntad del demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., es el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año 1996, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.



Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le manifestaron al momento del traslado inicial es que el ISS se iba acabar.

Es así como en estos casos, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Y si bien, al afiliado también le asiste el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados. Siendo claro como lo ha reiterado la CSJ entre otras en la sentencia SL 2177-2022 que para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, ni tampoco exige que el demandante pruebe cuál fue el daño ocasionado.



Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1996**, resulta forzoso concluir que al promotor del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia de los traslados conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

Ahora bien, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES se observa que la decisión de primer grado no dispuso el traslado de lo descontado por concepto de gastos de administración por parte de la AFP PORVENIR sino únicamente de la AFP PROTECCIÓN, los que deben ser objeto de dicho traslado, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de



régimen pensional que reprochan las AFP en mención, lo cual no constituye un enriquecimiento sin causa como lo sostiene la AFP PROTECCION S.A.

Por lo señalado en precedencia, se **adicionaré** el numeral TERCERO de la sentencia en el sentido de disponer el traslado de los mismos tanto por la AFP PROTECCION como por la AFP COLFONDOS, por cuanto la de primer grado sólo ordenó la devolución de los gastos de administración por parte de la AFP PROTECCION.

S.A, en su apelación, no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención, lo cual no constituye un enriquecimiento sin causa como lo sostiene la AFP PROTECCION S.A.

Por lo señalado en precedencia, se **adicionaré** el numeral TERCERO de la sentencia en el sentido de disponer el traslado de las sumas descontadas a título de gastos de administración tanto por la AFP PROTECCION como por la AFP PORVENIR, por cuanto la de primer grado sólo ordenó la devolución de los gastos de administración por parte de la AFP PROTECCION.

Tampoco resulta procedente no autorizar el traslado de los rendimientos que generaron los aportes del demandante durante su afiliación al RAIS, como quiera que por virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido.

Adicionalmente, le asiste razón al apoderado de COLPENSIONES que la orden que le fue impartida se deberá cumplir una vez la AFP PROTECCIÓN Y PORVENIR hayan cumplido la condena que les fue impuesta.

En cuanto al argumento del demandante respecto a la condena en costas, se observa que no es procedente absolverla de la misma a las demandadas,



como quiera que fueron vencidas en juicio en los términos del numeral 1 del artículo 365 del CGP, por lo que se revocará el numeral quinto para en su lugar condenar a las demandas de las costas de primera instancia.

Por último, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionarán** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia recurrida en el sentido de señalar que la AFP PORVENIR debe trasladar a COLPENSIONES las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, durante la vigencia de la afiliación del demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el fondo de pensiones demandado.



TERCERO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia recurrida para en su lugar condenar en costas en primera instancia a COLPENSIONES, a la AFP PORVENIR y a la AFP PROTECCIÓN.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO.

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

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JHONATAN SMITH ARIAS RODRIGUEZ
RAD 4-2019-726-01**

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el grado jurisdiccional de consulta en contra de la sentencia proferida el doce (12) de agosto de dos mil veintiuno (2021), por medio de la cual se ABSOLVIÓ a la demandada de todas y cada de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora. (Fls 91 y 92).

HECHOS

El señor **JHONATHAN SMITH ARÍAS RODRÍGUEZ** a través de apoderado instauró demanda ordinaria laboral, en contra de **INGELMONT SAS** para que mediante un proceso ordinario laboral se declare que el demandante ha sido víctima de acoso laboral, gozando de estabilidad laboral reforzada, por lo que solicita reubicación en otra área de la empresa, extra y ultra petita. (Fls 4 al 13).

Fundamenta sus pretensiones en que empezó a laborar para la demandada el 22 de enero de 2019, mediante un contrato de obra o labor contratada, que el cargo era de soldador estructural, el salario de \$1.800.000, el lugar de prestación de servicios PELDAR COGUA CINDINAMRACA, que el 19 de marzo de 2019, tuvo un accidente laboral, siendo diagnosticado con hernia discal protuida, que dado su estado de salud, la empresa lo obliga a cumplir horario pero no le asigna labores, que ello constituye presión para obligarlo a renunciar a pesar de gozar de estabilidad laboral reforzada, que la enfermedad es profesional y se encuentra en debilidad manifiesta y que ello constituye acoso laboral. (Fls 4 al 13).

La demanda se dio por no contestada. (FI 80).

Para llegar a la decisión que hoy revisa la Sala afirmó en síntesis el Juez: *“...estableció el accidente de trabajo, (fl 17 informe de positiva ARL), determinando que la patología es de origen común, se refirió a las incapacidades, (fls 16, 18, 23, 32 y 40). Se refirió al art 26 de la Ley 361 de 1997, los requisitos para su procedencia, citó la sentencia SL3772 de 2018 y agregó que no existe estabilidad laboral cuando existe una causa objetiva para el despido, citó la sentencia SL360 de 2018 y expresó que en ella la corte señala la presunción de despido discriminatorio y el deber del empleador de demostrar las causas objetivas so pena de no hacerlo de declarar ineficaz el mismo y ordenar el reintegro además de otras sanciones. Citó también la sentencia SL 2587 de 2020. Se refirió entonces a los requisitos especialmente a las premisas para que opere y esta es el despido, y en el momento de la presentación de la demanda este no ha ocurrido, luego no puede declarar estabilidad laboral reforzada. Citó además la sentencia SL 3245 de 2021 y señaló que no es suficiente cualquier afectación de la salud, sino que debe ser relevante en grados severo, moderado o profundo y acá no hay prueba de calificación de pérdida de capacidad laboral y revisadas las incapacidades, encuentra que la demanda fue presentada en septiembre de 2019 y estuvo 28 días incapacitado en siete meses y si bien puede parecer una cifra significativa, ello solo no configura la estabilidad, pues no se trata de proteger por proteger como ha dicho la corte y aca no hay discapacidad, insistiendo que no ha habido despido. En cuanto al acoso laboral, señaló que la ley 1010 de 2006, art 2 sobre las conductas que constituyen acoso laboral, concluyendo que nunca individualizó al autor ni las conductas que pueden ser acoso, por lo que no se puede declarar tal acoso, las pruebas documentales que trae el actor no son prueba de tales conductas por lo que absuelve de todas las pretensiones de la demanda...”*

Resuelve la Sala el grado jurisdiccional de consulta, toda vez que la sentencia no fue apelada.

CONSIDERACIONES

Desde ya advierte la Sala que la sentencia será confirmada. Veamos las razones.

En verdad y como señaló el Juez la H Corte Suprema, **nuestro organismo de cierre, ha desarrollado una línea jurisprudencial clara en cuanto a la aplicación de la Ley 361 de 1997, con pautas claras y expresas.**

Así las cosas, el caso fue analizado bajo esa óptica para determinar, desde luego en primer lugar si se terminó o no el contrato, para luego y entonces si estudiar si el demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada, encontrándose justamente lo contrario, pues desde la demanda se expresó que el vínculo no había terminado.

No obstante, el Juez también analizó respetando y acogiendo el precedente de la Corte suprema dicha estabilidad, señalando que no todo estado de salud, implica la garantía de estabilidad laboral reforzada, sin que sobre hacer algunas precisiones al respecto.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, modificado por el Decreto 019 de 2012 indica que “En ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una

vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. **Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio de Trabajo...**”

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

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

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

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

médica, o en tratamiento, o con un posible diagnóstico, se encuentra en dichas condiciones, por algo las incapacidades son limitadas en el tiempo, pues en este, se espera la recuperación ya que de no obtenerla se transformará su condición en ese caso sí, a una persona con limitación permanente, minusválida o discapacitada a la cual el Estado debe proteger especialmente; pero menos aún, cuando como en este caso como bien señala el recurrente a la terminación seguía activo, en seguimiento médico por el médico de la institución y considerado o tenido en cuenta en las planillas de partidos.

No existe se itera acá ni terminación del contrato, ni dictamen alguno que determine que el demandante tuviese una pérdida de capacidad laboral y aunque existe diagnóstico, ello por si como señaló el Juez, no lo ubica como sujeto de estabilidad laboral reforzada.

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

Como indica la Corte lo que se requiere es una evaluación de carácter técnico, una verdadera valoración médica sobre el estado real de salud del trabajador que le impida o limite el desarrollo de sus labores y no simplemente tener incapacidades como en este caso aún si hubiese existido el despido.

Tampoco existe prueba alguna de la existencia de conductas constitutivas de acoso laboral, ni de su autor como también encontró el Juez pues solo se aportaron pruebas documentales relativas a la existencia de un accidente de trabajo, historias médicas e incapacidades, y ante esta orfandad probatoria no quedaba otro camino que ABSOLVER de las pretensiones de la demanda.

Sin costas en este grado de jurisdicción.

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

RESUELVE

PRIMERO:- CONFIRMAR la providencia revisada en consulta , por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO:- Sin COSTAS en este grado de jurisdicción.

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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSBY



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

PROCESO ORDINARIO No. 09-2018-00708-02
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MANUEL ANTONIO ACEVEDO LÓPEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Noveno Laboral el Circuito de esta Ciudad, el 20 de octubre de 2021.

ANTECEDENTES

El señor MANUEL ANTONIO ACEVEDO LÓPEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad de la vinculación del actor al RAIS efectuada a la AFP COLFONDOS el día 01 de julio de 1994 por cuanto existió un error de hecho que vicio el consentimiento del actor; se DECLARE la nulidad del traslado a



la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR la cual se realizó el 30 de noviembre de 2002; se DECLARE que el actor nunca ha efectuado un traslado válido al RAIS; se DECLARE que legalmente se encuentra afiliado a COLPENSIONES. Como consecuencia, se CONDENE a la AFP COLFONDOS a registrar en su sistema de información que el demandante no efectuó ninguna vinculación válida a dicha administradora por la indebida información suministrada al momento de la afiliación, lo cual causó un vicio del consentimiento; se CONDENE a la AFP PORVENIR que devuelva a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que figuren en la cuenta de ahorro individual del actor como bonos, aportes, rendimientos, comisiones, etc; se CONDENE a COLPENSIONES actualizar su historia laboral, junto con lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fls. 87 a 88).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 07 de junio de 1955; que laboró para el empleador MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA desde el 23 de septiembre de 1985; que los tiempos laborados hasta el 30 de noviembre de 1998 fueron cotizados a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL; que el 01 de julio de 1994 se afilió a la AFP COLFONDOS; que la AFP COLFONDOS no la informó al momento del traslado las implicaciones que esto llevaba; que no le informó la naturaleza propia del régimen de capitalización, ni las desventajas de su traslado, ni tampoco lo ilustró sobre los distintos escenarios comparativos de pensión en uno u otro régimen, ni las ventajas de permanecer en el RPMPD; que durante su permanencia en el RAIS nunca recibió una asesoría completa y comprensible sobre las diferentes alternativas para la elección de régimen pensional; que solicitó que su traslado al RAIS fuera anulado sin obtener una respuesta favorable; que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 1670 semanas. (fls. 88 a 90).



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 25 y 28 y, dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, buena fe, prescripción, compensación y la genérica. (fls. 167 a 175).

Por su parte, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 11, 23 y 26; negó el 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13 y 21 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la innominada o genérica. (fls. 190 a 212).

Finalmente, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 24 y 27; negó el 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 21 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al Fondo de Pensiones, debida asesoría del fondo y la innominada o genérica. (fls. 150 a 157).



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó el demandante, Manuel Antonio Acevedo López entre el RPM administrado por Cajanal al RAIS administrado por Colfondos el 23 de junio de 1994.

SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del señor Manuel Antonio Acevedo López, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones, que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual del demandante Manuel Antonio Acevedo López, durante la vigencia de su afiliación a ese fondo de pensiones, por lo considerado.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de Colfondos y porvenir, todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del demandante las correspondientes semanas.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en sus contestaciones.

SEXTO: COSTAS. Lo serán a cargo de Colfondos S.A. Tásense por secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (01) SMLMV de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

SÉPTIMO: Remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 CPTSS”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que acoge el criterio de la CSJ; que las AFP desde el inicio tenían la obligación de brindar la información necesaria y completa al momento del traslado de régimen; que la carga probatoria está en cabeza de la AFP; que la AFP no probó haber brindado la información exigida al demandante; que no se puede tener saneado la falta de información con los traslados horizontales que efectuó el demandante dentro del RAIS.



RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación señalando que no existe prueba de la existencia de un vicio del consentimiento o dolo; que el demandante al momento del traslado no tenía una expectativa legítima pues contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para pensionarse; que no era beneficiario del régimen de transición para poder regresar en cualquier tiempo al RPMPD conforme a la sentencia SU 130/2013; que se debe tener en cuenta una sentencia del Tribunal de Pereira en la que se señaló que la inconformidad en el valor de la mesada no significa que el actor haya sufrido un engaño por parte de la AFP o se le haya brindado una información equivocada por parte del Fondo; que el actor no logró probar una información equivocada por parte del fondo; que lo que existió fue un descuido por parte del demandante y que lo que se evidencia es que el actor decidió seguir cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria.

Por su parte, la **Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y cesantías PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que para el momento del traslado existía la obligación de brindar la información al afiliado pero no existía la obligación de dejar documentado la información brindada, la cual nació con la Ley 1748 de 2014; que no se puede aplicar indiscriminadamente el precedente de la CSJ y aplicar o exigir obligaciones que legalmente no le era exigible a la AFP; que al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, el traslado se materializaba con la suscripción del formulario de afiliación; que la decisión del actor fue libre y voluntaria; que conforme a las sentencias SL 3752-2020 y SL 1061-2021 con ponencia de la Magistrada Ana María Muñoz en las que se señala que a través de los actos de relacionamiento como son los traslados horizontales dentro del RAIS la parte demandante ratificó su deseo de pertenecer en el RAIS; que en caso de que se confirme lo atinente a la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, se revoque que dicha entidad está obligada a devolver las comisiones de administración, primero porque es un concepto debidamente autorizado para las AFP y segundo, porque conforme al concepto de la Superintendencia Financiera se ha establecido que cuando procede la ineficacia del traslado se



deben devolver las cotizaciones más los rendimientos, sin que haya lugar a devolver ninguna suma adicional. Máxime porque si hubiera estado afiliado al RPMPD también se le hubieran realizado estos descuentos. Señala que devolver estas sumas significaría un enriquecimiento ilícito para Colpensiones. Que los gastos de administración no están destinados a financiar la pensión por lo que se ven afectadas por el fenómeno prescriptivo. Indica que si el efecto de la ineficacia es entender que las cosas vuelven al estado anterior, es decir, que no existió contrato de afiliación entre la demandante y PORVENIR, ello lleva a entender que no se generaron unos rendimientos. Que en la sentencia de primera instancia se aplican los efectos de la ineficacia de forma parcializada, pues las consecuencias solamente las asume la AFP, pese a que la ley es clara en establecer que cuando opera la ineficacia ambas partes están obligadas a las restituciones mutuas.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Manuel Antonio Acevedo López, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP COLFONDOS, en el año 1994 (fl.15) y posteriormente a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR en el año 2002 (fl. 14), entidad ésta última en la que se encuentra actualmente afiliado el actor.

En este orden, si bien se petitionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, reiterada en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que señaló que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso,



desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Manuel Antonio Acevedo López, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1994; por lo que se debe dar por demostrado que la



demandada COLFONDOS S.A., al ser la AFP que promovió el traslado del actor proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP inicial.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, indicando esa Alta Corporación:

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

En ese orden, concluyó que:

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

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



formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, es claro que para la fecha del traslado del demandante a la administradora del RAIS, le asistía el deber de brindar al afiliado la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada al actor.

No pudiendo de ninguna manera entenderse ratificada la voluntad del demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por COLFONDOS S.A., es el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año de 1994, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.



Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante, como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le informó el asesor de la AFP COLFONDOS al momento del traslado fue que se podía pensionar de manera anticipada con un mejor monto pensional y que sus cotizaciones irían a una cuenta de ahorro individual.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, y no el demandante como lo pretende Colpensiones, por tanto como la AFP COLFONDOS no probó haber brindado la información requerida el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, como lo pretende COLPENSIONES, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se puede pretender decir que el afiliado fue negligente al no buscarlas, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado y no con posterioridad a él.



Procede señalar que contrario a lo manifestado por la recurrente PORVENIR, los traslados horizontales que efectuara el actor dentro del RAIS, de ninguna manera se pueden tener como ratificación de su voluntad de permanecer en dicho régimen, ya que tal acto de afiliación desde su nacimiento se predica ineficaz, al no haber estado precedido de la información suficiente para el efecto.

En cuanto a las sentencias de la sala de casación laboral de la CSJ en su Sala de descongestión N° 4 en la sentencias SL 2440-2021, SL 1061-2021, SL 3752-2020 y SL 4934-2020 entre otras, en las cuales se habla de actos de relacionamiento entre los que se refiere a los traslados horizontales dentro del RAIS, esta Sala de Decisión no acoge su criterio como quiera que la sala de descongestión no puede hacer cambios en la jurisprudencia de la CSJ. Además porque dichas sentencias han venido siendo revocadas por la Corte Suprema de Justicia al ser objeto de acciones de tutela entre otras en la STP 15228-2021 en la que se señaló de manera clara que se amparaba el derecho fundamental del accionante como quiera que la Sala de Descongestión con su decisión estaba desconociendo el precedente jurisprudencial de la CSJ y ordenó a la Sala de Descongestión resolver nuevamente el recurso de casación, pues la postura que mantiene actualmente la CSJ es la sentada de manera reiterada entre otras en la sentencia SL3199-2021 en la que señaló que con los traslados horizontales no se ratifica el deseo de permanecer en el RAIS, ni convalida la omisión en el deber de suministrar información suficiente, veraz y oportuna al momento del traslado inicial.

Siendo necesario precisar que la Corte fue clara en la sentencia CSJ SL1452-2019 al manifestar que ni la ley 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.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1994**, resulta forzoso



concluir que al promotor del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como lo solicita la AFP Porvenir S.A. en su recurso, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

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

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera que invoca Porvenir S.A. en su apelación, no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención, lo cual no constituye un enriquecimiento sin causa como lo sostiene la AFP Porvenir S.A.. Así como tampoco puede acogerse la sentencia del Tribunal de Pereira por no ajustarse al precedente jurisprudencial de la CSJ.



Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto.

Tampoco resulta procedente no autorizar el traslado de los rendimientos que generaron los aportes del demandante durante su afiliación al RAIS, como quiera que por virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionarán** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el fondo de pensiones demandado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.



TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 05-2019-520-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: CLAUDIA HELENA ZULUAGA
DEMANDADO: HENKEL COLOMBIA S.A.S.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los Treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer recurso de apelación interpuesto por las partes, revisa la Corporación el fallo de fecha 26 de noviembre de 2021 proferido por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de la parte demandada.

ANTECEDENTES

La señora CLAUDIA HELENA ZULUAGA por intermedio de apoderado judicial, solicita que se DECLARE que la demandada liquidó erradamente la licencia de maternidad, prestaciones sociales y con ello liquidación final de su contrato de trabajo para evadir el IBC real sobre el cual debía cotizar al sistema de seguridad social integral al tomar una base salarial inferior, excluyendo el promedio correcto de los incentivos pactados para la fuerza de venta, KPI, aceleración, bonificaciones, viáticos permanentes y demás

ingresos salariales causados y pagados en el último año de servicios, que se declare que la demandada incumplió por ello con sus obligaciones legales y contractuales, que le adeuda el mayor valor de las prestaciones sociales, licencia de maternidad y cotizaciones al sistema integral de seguridad social, indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST. Como consecuencia de tales declaraciones peticona se condene a la demandada a pagar a su favor de manera correcta licencia de maternidad, vacaciones y demás prestaciones sociales en la liquidación final del contrato de trabajo, en los cuales se detallen los conceptos antedichos, se efectúe el pago en debida forma de los aportes pensionales con desino a la AFP Protección S.A., se pague indemnización moratoria del artículo 65 CST.

Fundamentó sus pretensiones afirmando en síntesis que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demandada a partir del 1 de abril de 2009 para desempeñar el cargo de Kam Kanal Supermercados, devengando un salario básico de \$1.086.318, que aparte de dicha base salarial, la demandada le reconoció sumas mensuales a título de incentivos por ventas, bonos, bonificaciones, primas extralegales, viáticos y auxilio de alimentación, rubros que contempló en texto anexo al contrato, que mediante otrosí de fecha 1 de agosto de 2014, la demandada decidió modificar la forma de retribución salarial, para establecer en su lugar salario integral más el 30% adicional por carga prestacional, que el 7 de julio de 2017 la demandada decidió terminar su contrato sin justa causa y omitió cancelar las prestaciones sociales en debida forma, como el pago de indemnización por despido sin justa causa.

Por lo anterior, el 28 de julio de 2017, solicitó explicación de tal omisión a lo que la demandada le respondió que pretendió justificar tales omisiones, que desconoce la causa de terminación de su contrato pero infiere que es por su condición de madre, que a partir de 2018, solicitó en varias oportunidades la revisión de su liquidación final del contrato de trabajo, pero le indicaron que se había liquidado en debida forma, que al insistir en dicha reliquidación la demandada mediante comunicación del 26 de junio de 2018, ajustó las sumas relacionadas por concepto de incentivos, reconociendo una diferencia de \$308.356, que posteriormente constató que el salario base sobre el cual la demandada cotizó al sistema pensional no correspondía a lo realmente devengado por ella, por cuanto excluyó de su base salarial ingresos como

viáticos, auxilios, bonificaciones, comisiones, gastos de representación y otros ingresos.

Indicó por último que la demandada a pesar de mediar multiplicidad de solicitudes ha venido ocultando la información referente al detalle de salarios y demás ingresos por ella devengados durante la vigencia de la relación laboral.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez notificada en legal forma la demandada, se opuso a las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en numerales 2 y 5 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó cobro de lo no debido por inexistencia de causa y de la obligación, inexistencia de derecho por parte e la demandante, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió, condenar a la demandada a efectuar la reliquidación de aportes pensionales desde febrero de 2010 a noviembre de 2011, con las bases salariales señaladas en acta de audiencia y la absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra, condenándola en costas.

Como fundamento de su decisión, señaló la Juez:

Dentro del proceso no está en discusión, fue aceptado, fue demostrado por las partes que la señora Claudia Elena Zuluaga se vinculó con la demandada desde el 1 de abril de 2009 hasta el 07/07/2017 fecha en que la empresa dio por terminado sin justa causa el contrato de trabajo y que reconociendo la respectiva indemnización por despido injusto, durante la vigencia de la relación laboral tampoco se discutió y así las partes lo aceptaron y existe y fue aportado el pacto salario integral en el que las partes acordaron que a partir del 01/08/2014 la trabajadora comenzaba entonces con la modalidad de pago salario integral, es decir las modalidades que faculta la ley en la que pueden estipular la remuneración las partes efectivo en el Artículo 132 del código sustantivo del trabajo.

El asunto jurídico que se indico es señalar sí a la señora Claudia todos los conceptos enunciados en demanda y debatidos en juicio tenían carácter o no de salario, el despacho no va a volver a repetir ni leer los artículos, simplemente es claro y en eso comparte el despacho la apreciación de la parte actora que efectivamente el 128 indica qué sumas no son salario y permite y consagra que las partes también establezcan los denominados pactos de exclusión salarial que a la voz de la jurisprudencia de la corte suprema de justicia entre otras radicación 76460, SL 2804 de 2020, deben ser

claros y expresos en cuanto al quantum de lo que se quiere establecer o de lo que se quiere excluir como salario para no permitir que cláusulas pagas genéricas impliquen que esas dudas de esos conceptos se inclina a favor del trabajador y por tanto se tenga cómo salario, no obstante la propia norma artículo 128 indica que y la esencia de cuándo establecerse si un concepto es o no salarial es precisamente esa retribución del servicio prestado, si se reconoce como aspecto una remuneración que contemple esa retribución directa del servicio y frente a ello, aquí con la información que finalmente la parte demandada pudo allegar al proceso a ese archivo plano que se incorporó al proceso, efectivamente durante la relación laboral y con los comprobantes que se aportaron con la contestación hay unos aspectos y unos conceptos que recibe a la trabajadora, efectivamente se habló y se mencionó el de referidos y aquí se explicó y el manual también se observa que fue aportada durante el juicio que ese concepto se paga a un trabajador que como su nombre lo indica refiere a otro ciudadano para que entre a formar parte de la organización y en este caso pues es claro que al ser una recomendación prácticamente ese concepto que se le paga al trabajador por recomendar a otro ciudadano, otra persona para que sea parte de la empresa pues no retribuye directamente al servicio, creo que es muy evidente la prima de carestía si bien en el comienzo no sé explicó por parte del representante legal de la demandada a que se refería a ese concepto, por qué motivo la empresa cancelaba ese concepto en el manual aportado se mencionaba únicamente que eran no constitutivos de salario y el porcentaje pero la señora Claudia y su interrogatorio de parte le explicó que era una especie de compensación de la depreciación de la moneda el IPC, es decir entiende el despacho que es como esa corrección que quiso hacer la empresa a favor de sus trabajadores referida a esa depreciación del costo de vida tratar de paliar un poco el costo de vida y en el archivo allegado por la empresa pues se observa que se pagaba una sola vez al año, aproximadamente en septiembre entonces en tal sentido pues al compensar el fenómeno económico y el fomento económico por todos conocidos de la depreciación de la moneda pues no puede llegarse al extremo de decir que esto estaba retribuyéndose directamente el servicio prestado por la señora Claudia, auxilio de internet, nótese que el interrogatorio de parte el demandante legal señaló que dentro de la política de talento humano en la empresa el día de trabajo en casa en la semana y al observar ese pago de internet entiende el despacho que es un pago por esa herramienta, para que el trabajador pueda desempeñar sus funciones, pueda mantenerse conectado espera uno que dentro del horario laboral y ese auxilio evidentemente tampoco tiene una connotación de retribuir directamente el servicio sino es una herramienta que le facilita efectivamente y le compensa porque evidentemente la línea y la conexión se origina desde la vivienda del trabajador y por ende la empresa debe reconocer efectivamente dicho auxilio para que el trabajador pueda realizar sus funciones desde el hogar, más hoy en día con esta nueva modalidad de trabajo sí que debería aplicarse por las empresas este pago de conectividad, de auxilio de internet.

También se mencionó por parte y del representante legal efectivamente la posibilidad de que la empresa brindara a los trabajadores para que hicieran parte de la organización comprando este tipo de títulos comerciales, en tal sentido pues tampoco advierte el despacho que estos conceptos que se mencionan aquí sean retributivos del servicio, claro como la parte demandada no fue como quisiera uno lo más transparente frente a la propia señora Claudia si desde un comienzo le hubiesen informado y le hubiesen brindado y le hubiesen puesto a su disposición toda la información respecto a los conceptos que devengo durante toda la vigencia laboral, muchas cosas se hubiesen evitado y mucho desgaste se hubiese evitado pero bueno sólo hasta el juicio se pudieron descubrir pues esos pagos realizados a la trabajadora.

*El concepto **incentivo** es clarísimo que desde la contestación de la demanda la parte accionada siempre aceptó que estos tienen connotación salarial y a juicio de la demandada se hicieron los aportes de seguridad social sobre salario Básico y sus incentivos no obstante el despacho encontró unas pequeñas diferencias en los años 2010, 2011 y para un mes de 2012. Lo que nos lleva al único concepto que al principio de la relación laboral si tiene que tenerse en cuenta pero para efectos de aportes al sistema de seguridad en pensión, que es el denominado auxilio de transporte efectivamente nótese que el auxilio de transporte, la señora claudia al comienzo de la relación incluso superaba el salario básico propiamente dicho lo que efectivamente es no es muy común lo que llevó también al legislador del 2010 a emitir la ley 1393 de 2010 que en su artículo 30 señaló sin perjuicio de lo previsto para otros fines para los*

efectos relacionados con los artículos 18 y 204 de la ley 100 de 1993 los pagos laborales no constitutivos de salario de los trabajadores particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración, entonces esa norma dice que para efectos de lo relacionado con el artículo 182 de la ley 100 de 1993, que no es otra cosa que para efectos de la cotización, entonces muy seguramente aquí pues no debatió mucho al respecto sobre el proceso de fiscalización y de hecho también por que el propio despacho denegó esa prueba documental relativa a la UGPP pero aquí sí es claro Doctor Daniel que desde 2009 y hasta junio de 2011 la proporción de ese auxilio de transporte superaba con creces esa prohibición legal, claro la ley 1393 fue emitida el 12/07/2010 diario oficial número 47768 del 12 de julio de 2010, será a partir de allí empieza a surtir esta norma, es el artículo 30 en tal sentido a partir de julio de 2010 debe tenerse en cuenta que al incurrirse en esa prohibición legal para efectos de la base de cotización al sistema de seguridad social indudablemente hay que incluir ese auxilio de transporte que superaba ese tope porcentual señalado por la norma.

Entonces a partir de allí evidentemente incluyendo este auxilio de transporte, si superaba las cotizaciones o el IBC por el cual reportó la parte demandada que fue aportado al expediente página 106 del expediente en los cuales se puede ver a mes a mes todo el período laboral, el IBC de cada mes y efectivamente desde julio de 2010 por haberse incurrido en esa prohibición, la consecuencia es clara tienen que reajustarse esos aportes al sistema de seguridad social de pensiones desde julio 2010 hasta junio de 2011 porque hasta julio de 2011, porque ya a partir del mes siguiente de ese año ya se advierte que ya la sociedad parece que advirtió semejante yerro en el que estaba incurriendo y pasó a morigerar y a reducir notablemente ese auxilio de transporte y ya se acompasa más a lo que es efectivamente la herramienta de trabajo no constitutivas de salario, ahora sí adujéramos que desde 2009 hasta 2011 ese auxilio de transporte también repercutía en conservar efectivamente el patrimonio de la trabajadora porque era su vehículo personal y por tanto estaba enriqueciendo o al menos manteniendo su patrimonio si concluyéramos que en esos meses desde el inicio y hasta junio de 2011 ese auxilio de transporte tuviera el carácter de salario, allí si le da la razón el despacho a la parte demandada en cuanto que como consecuencia del acuerdo y del pacto de salario integral celebrado por las partes en 2014 y teniendo en cuenta que allí señora claudia efectivamente se le hizo un pago definitivo de cesantías era el momento de exigir cualquier reparo que hubiese tenido con las prestaciones, ello no va en contravía del criterio imperante en los últimos años de la corte suprema, en cuanto a que el auxilio de cesantías se hace exigible en relación laboral, ojo con este tiene un pequeño matiz en cuanto estamos hablando de trabajador de salario integral a quien en el numeral 4 del 132 del código sustantivo del trabajo y como ocurrió acá se le debió haber hecho el pago de las cesantías que venían hasta ese momento. Entonces allí si la persona está en capacidad de exigir su derecho de reliquidación de pagos de cualquier cesantía anterior al haberse acordado ese pacto de salario integral, entonces creo que ese criterio jurisprudencial tendría ese matiz en este punto del salario integral, del pasar de salario a salario integral si tendría validez señalar que se hace exigible el auxilio de cesantías sobre liquidación a partir de ese momento. Como no lo hizo la señora Claudia dentro de los términos señalados y para lo que es el caso cesantías del 2009, 2010 y 2011 entonces dicho concepto si estaría prescrito, sí en gracia de discusión llegáramos a decir que ese auxilio era salario desde 2009 hasta 2011, de todas maneras, estaría prescrito.

Ahora bien como aquí no se discutió que los incentivos si eran salarios el despacho al confrontar el archivo plano enviado por la demandada sí encontró diferencias que repercuten en los aportes del sistema de seguridad en pensiones; por ejemplo desde febrero de 2010, incentivos de cartera y salario arrojó la suma de \$ 3.176.186 y al observar la historia laboral fue cotizada para ese mes 2010 febrero \$2.841.000 pesos entonces una cifra inferior a lo que debieron haberle cotizado para ese mes, eso sucedió en febrero, marzo, abril, mayo, está confrontación de valores que tiene el despacho en un Excel será incorporado a la sentencia para que las partes puedan apreciarlo mejor y en la parte resolutive pues si se tendrá que mencionar el monto exacto, eso sucedió entonces en enero, febrero 2010, marzo, abril mayo, junio, en julio pues ya se indicó por efectos de los auxilios de transportes también sobrepasó el monto sobre el cual cotizaron, sucedió entonces también por efectos del auxilio transporte hasta junio 2011 como se dijo y en julio de 2011 ya sobrepasó lo cotizado pero sí por efectos de los incentivos y el salario, por ejemplo para julio de 2011 por

salario e incentivos recibió la trabajadora \$6.331.331 pesos y le fue realizada la cotización solamente por \$ 5.598.000, sucedió lo mismo en agosto 2011 y final sucedió también en noviembre de 2000, y finalmente sucedió en febrero de 2012, hasta febrero de 2012 se constató esa irregularidad con solo salario e incentivos, entonces allí si opera la reliquidación de los aportes, la que no prescribe por expreso mandato del artículo 48, ya posteriormente la parte demandada, la empresa ya procede a efectuar correctamente todos los aportes con base en salario e incentivos 2012 a excepción de febrero estuvo correcto, 2013 estuvo correcto, 2014 estuvo correcto, además pues evidentemente con el cambio de la modalidad en cuanto a trabajadores que estén bajo esta modalidad de salario integral pues ya la aplicación del artículo cotizarán sobre el 70% de sus ingresos como lo indica el artículo 18 de la ley 100 de 1993, allí entonces ya se aprecia si bien el salario factores son mayores que la cotización hecha mensualmente ello es en razón a la aplicación del artículo 18, la cotización del sobre el 70%, es decir pues que según lo que se aprecia corrigió sus errores desde 2012, le faltó pues como más le faltó fue mayor indagación sobre los conceptos de 2012 hacia atrás, 3 años que el despacho encontró esa diferencia para evitarnos este desgaste y haber procedido simplemente hacer una plantilla de corrección y reajustar esos valores en pensión.

Teniendo en cuenta entonces que los factores aducidos en la demanda y que se debatieron en juicio se demostró su carácter de no salarial y que en otros como también se encontró allí el denominado fondo fijo pág. 173, 181, allí se advirtió el cumplimiento de las condiciones que establece la jurisprudencia, es decir se desempatará efectivamente el monto, el rubro, la clausura y el pacto de salarización en tal sentido no hay lugar a condenar o a proferir una condena más allá de la liquidación de los aportes a sistema de seguridad social en pensión en los meses ya señalados, y efectivamente en gracia a discusión si se hubiese ordenado la reliquidación de las cesantías efectivamente la parte demandante se demoró en acudir prontamente a la administración de justicia, acudió solamente después de los 24 meses y no es que no tuviera derecho a ninguna indemnización moratoria, hubiese tenido derecho únicamente a los intereses moratorios sobre el capital que hubiese arrojado a la eventual reliquidación pero solamente es como un dicho de paso.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió señalando:

Pretendo con el recurso que se revoque el numeral 2 de la sentencia y con ello el tercero también para que en su lugar el honorable superior de Bogotá en la sala correspondiente ordene cancelar las diferencias en el auxilio de cesantías que se le adeuda a la trabajadora demandante y con ello se imponga la sanción moratoria correspondiente y pasó a sustentar o detallar las razones de ese recurso en 3 aspectos; lo primero, el despacho plantea una hipótesis, una segunda hipótesis con relación al pago del auxilio de transporte, yo quiero respetuosamente insistir en que ese auxilio de transporte en realidad era una manera muy simple de ocultar, de encubrir lo que realmente era salario, no de ninguna otra manera tenía ese monto tan elevado para ese año, que generó un efecto secundario que muy bien lo advierte el despacho que le dio lugar a la condena en el primer numeral, pero ese monto del auxilio de transporte no era un error eminentemente conceptual, era evidentemente un mecanismo de retribución del trabajador y por lo tanto no pasaba por simplemente el nombre, el auxilio de transporte pareciera en principio que está destinado para ejecutar el trabajo pero cuando llega ese monto pues claramente es indicativo que no lo es y por esa razón el despacho planteó la segunda hipótesis y pidió al tribunal ahondar en ella para revocar por supuesto y acogerla, ahora bien manifiesta el despacho que se hubiese abordado esa segunda hipótesis la consecuencia jurídica era declarar la prescripción del auxilio de cesantías, en el aspecto que evidentemente no se le cumplió a la trabajadora, pero la jurisprudencia ha sido reiterada en que sólo empezará a contabilizarse el término de prescripción a partir de la terminación del contrato yo no conozco respetuosamente ninguna consideración jurisprudencial que haga excepciones, exclusiones, manifestaciones de clara violación del principio de

igualdad es decir para quien recibe el salario integral le puede violar el derecho y para quien no evidentemente si, esa interpretación respetuosamente creo que contraviene principios y ejes medulares de la constitución política y de la protección que emerge del derecho del trabajo de ahí inclusive esa interpretación humana del derecho del trabajo es la que ha llevado a la corte a evolucionar en aplicar, entender que la prescripción no puede simplemente imponerse con anterioridad a la vigencia del contrato porque es castigar al trabajador es más es mandarlo a la guerra antes de, a ningún empleador le gusta que le reclamen.

Ahora bien ese aspecto puntual de si estaba o no prescrito y si debía o no claudia reclamar en el 2014 cuando cambió su modalidad salario integral pues debió haberlo precisado el empleador, nótese que en el otrosí que se hizo el contrato del 01/08/2014 en virtud del cual se cambió la modalidad en ninguna parte se hizo esa advertencia, es decir el trabajador tenía que entender la sofisticada interpretación que en esta audiencia se está haciendo de la prescripción para que ella pudiera entender que tenía que reclamar, el empleador no cumplió su deber de ser amplio y generoso con las consecuencias jurídicas que emanan de sus actos jurídicos y por lo tanto esa omisión no puede imponérsele a la trabajadora para cercenarle sus derechos económicos, constituye un beneficio por demás triple para el empleador, no solamente no lo paga, no solamente lo constata con posterioridad sino que le brinda una herramienta jurídica que le permite burlarse de la trabajadora y excluirse de ese pago, eso respetuosamente contraviene la esencia, el eje, los principios del derecho del trabajo.

Finalmente y del tema de las cesantías bajo la hipótesis número 2 que planteó el despacho conviene señalar que también debió imponerse la sanción moratoria y aquí quiero llamar la atención de la sala cuando revise el audio para efectos de resolver el recurso que el artículo 65 del código sustantivo del trabajo no dice o no arriba la conclusión jurídica a la que allegó el despacho y mucho menos a la que planteó la parte demandada en sus alegaciones porque en realidad lo que dice el numeral primero del artículo 65 y parte de un primer supuesto de hecho es que dice sí a la terminación del contrato el empleador no paga los salarios y las prestaciones salvo los casos de retención autorizados o convenidos por las partes debe pagar el salario como indemnización una suma igual al salario por cada día de retardo hasta por los 24 meses o hasta cuando el pago se verifique y a renglón seguido lo que establece la segunda hipótesis es que pasa si dentro de los 24 meses siguientes no reclama y ahí es donde opera la liquidación de los intereses por lo tanto no es de recibo la interpretación que pretende señalar que si no se demanda dentro de los 24 meses, se perdió la moratoria eso no dice, la norma lo que dice es que a partir del mes 25 efectivamente liquidará intereses de mora pero además contempla un supuesto que pasó por alto totalmente el despacho cuando interpretó la norma y es que la norma dice si el transcurrido de los 24 meses contados desde la fecha de terminación del contrato el trabajador no ha iniciado su reclamación o no por la vía ordinaria o no ha presentado la demanda entonces en realidad aquí a que estamos que la trabajadora presentó la reclamación, la presentó el 17/07/2018 por lo tanto es casi como imponer una caducidad en forma de extinguir anticipadamente el derecho a la sanción moratoria por no hallarse la acción, contrariando inclusive el artículo cuatro 88 y el artículo 151 cuando en realidad eso no es lo que quiso el legislador, el legislador quiso algo diferente y fue no imponer una carga superior al empleadora a partir del mes 25 pero no eliminarle sus cargas, no solamente aceptarle que la embarra y que actuó de mala fe como ciertamente tuvo en este proceso mala fe ocultándonos toda la información desde cuando yo presenté la solicitud de información señor juez, porque yo no le demande sin haber pedido la información por lo tanto pido respetuosamente al honorable tribunal superior interpretar correctamente la norma, darle el sentido y alcance correcto porque la conclusión a la que allegó el despacho respetuosamente y por supuesto con la consideración que merece por ser juez de la república no la comparto, porque no lo dice la norma, finalmente entonces habiéndose causado la moratoria como bien he dicho pues debió el despacho imponerla en el numeral segundo y no darle un incentivo adicional al empleador que claramente aquí no sólo pagó lo que quiso lo pago como quiso, le puso una condición a la trabajadora cuando líquido, cuando le permitió tener salario integral sino que además sacó provecho de ella y por demás cuando se interpreta la norma para enjuiciarlo se le da un beneficio interpretativo que la ley no le da. consecuencia de ello y en el muy probable evento que el tribunal acceda a los motivos de esta apelación y virtud de ellos revoque el

numeral segundo pues pido que se condene en las costas y las agencias en derecho como realmente lo tiene contemplado el consejo superior de la judicatura de los acuerdos correspondientes.

La sociedad **demandada** recurrió indicando:

Su señoría me permitió presentar recurso de apelación contra la decisión proferida por el honorable despacho única y exclusivamente en lo que respecta a las cifras determinadas como ingreso base de cotización de los meses señalados por el despacho lo anterior teniendo en cuenta que en virtud de la ley 1393 del 2010 es claro que lo que será integrante del IBC es el exceso del 40% de la remuneración de esa manera contrastando esta situación con los cálculos expuestos por el despacho al momento de proferir la decisión se encuentra que se está teniendo en cuenta el total del pago no salarial así declarado por el despacho para ser integrante del IBC, situación que no corresponda a la realidad y que va en contravía de lo dispuesto de la norma en cita, toda vez que de hecho sí se hiciese ese análisis en algunos de los meses dispuestos por el despacho se encontrará que no se supera en su totalidad el 40% de la remuneración esto teniendo en cuenta que el salario compuesto o la remuneración en este caso estaba compuesta por los factores salariales no sólo el básico sino también los incentivos ya señalados y los pagos no salariales, bajo ese entendido debería variar lo dispuesto o los señalado en cuanto al IBC si con los cuales se deberían realizar las correcciones en esos términos su señoría dejo sustentado el recurso de apelación, siendo claros en señalar que el inconformismo se plantea única y exclusivamente en el monto del IBC definido por los argumentos ya expuestos gracias.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que no ofreció reparo la existencia de la relación laboral existente entre la demandante y la demandada, la que fue aceptada por esta última y quedó suficientemente probada con las documentales allegadas por las partes que dan cuenta que tal vínculo laboral tuvo lugar entre el 1 de abril de 2009 al 7 de julio de 2017, data para la cual, la pasiva le comunicó a la actora su decisión de dar por terminada la relación laboral sin justa causa.

Tampoco ofreció reproche que mediante otrosí que fuera suscrito por las partes el 1 de agosto de 2014 y que obra en expediente digital, se pactó por estas que la remuneración de la actora a partir de allí, sería bajo la modalidad de salario integral.

Sea lo primero señalar en cuanto al punto de reproche expuesto por la parte demandada, que revisada la liquidación que hace parte de la sentencia mediante el cual se estableció el ingreso base de la actora para efectos de cotización en el sistema de seguridad social en pensiones, que como lo adujo la decisión de primer grado, para determinar dicho tope a partir de agosto de 2014, data para la cual se cambió la modalidad de

retribución a salario integral, se tuvo en cuenta lo previsto en el inciso 5 del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, esto es, se evidencia que tal rubro se calculó en cuantía del 70% del total de lo devengado por esta última, lo que se deduce claramente del contenido de dicha documental, no pudiéndose tener el porcentaje aludido por este recurrente también en alegaciones, como quiera que la normatividad en cita es clara en cuanto a señalar la proporción para el cálculo de la base de cotización bajo estudio.

Ahora, respecto a lo indicado por el recurrente de la parte demandante, en cuanto al subsidio de transporte como factor salarial, se tiene que en la liquidación a que se alude, el juzgador de primer grado tuvo en cuenta tal rubro como factor salarial en los extremos temporales en que este excedió o fue muy similar al salario devengado por la actora, esto es, entre julio de 2010 a junio de 2011; respecto a lo cual y como bien lo señaló el juzgador de instancia, luego de dicho límite temporal se reajustó tal subsidio, determinándose que conforme los otrosí allegados al plenario y mediante los cuales se pactó el pago de dicho rubro, para la Sala no se puede considerar como factor salarial, como quiera que su objetivo fue *compensar la utilización del vehículo de propiedad de la demandante en actividades propias de su cargo*, definición que permite concluir que el mismo no compensaba la prestación del servicio de la demandante en los términos del artículo 127 del CST, sino la utilización de su vehículo a órdenes de la demandada y en el trámite procesal, no se probó que fuera utilizado para fines distintos para los cuales se pactó, de tal manera que no hay lugar a tener dicho rubro como factor salarial en fechas posteriores a las indicadas en decisión de primer grado, en las que se itera, excedió la base salarial, lo que no ocurrió con posterioridad.

En cuanto a la reliquidación de cesantías desde el inicio de la relación laboral y hasta la variación de la modalidad de remuneración pactada por las partes que se itera tuvo lugar a partir del 1 de agosto de 2014, se observa que sobre este punto le asiste razón al recurrente ya que determinándose una base salarial superior para el cálculo de prestaciones, procede la reliquidación de cesantías que contrario a lo manifestado por juzgador de primer grado y como lo ha reiterado la Sala Laboral de la CSJ entre otras en sentencia SL 5019 de 2021, estas prescriben a la terminación de la relación laboral que para el caso bajo estudio, tuvo lugar

el 7 de julio de 2017, no pudiéndose predicar como se indicó en primera instancia que tal auxilio prescribió por cambio de la modalidad de remuneración en el año 2014, pues tal cuestión no obedeció a una terminación contractual, sino simplemente a una variación de las condiciones contractuales que habían pactado las partes al inicio de la relación laboral.

Así las cosas y teniendo en cuenta las bases salariales determinadas en primera instancia entre el 1 de abril de 2009 al 31 de julio de 2014, se tiene que el auxilio de cesantía conforme el promedio salarial hallado para cada anualidad efectuadas las operaciones aritméticas, corresponde a:

MES - AÑO	2009	2010	2011	2012	2013	2014
ENERO		3423714	3139140	3364328	3319029	7276723
FEBRERO		3176186	4996774	4084502	7269026	8547234
MARZO		3511538	4463392	4517568	6468941	7143447
ABRIL	1086318	2563203	3661950	4620044	5788847	7439332
MAYO	3075142	2728353	3235567	4172693	6161671	8434733
JUNIO	2954832	2527925	5977808	4203863	7438394	7359106
JULIO	1553145	4256401	6331331	4325506	7096625	6617295
AGOSTO	2225370	4433226	5047854	3024136	4865302	
SEPTIEMBRE	1862959	4284781	4063773	3733538	7096625	
OCTUBRE	2486306	6241627	4288180	6359659	7243940	
NOVIEMBRE	2430888	4756339	3342016	6082169	7073055	
DICIEMBRE	2397695	4238909	3700180	4121013	6149886	
PROMEDIO	2007466,4	3549554,769	4019228,923	4047002,385	5844104,154	6602485,5
DÍAS LABORADOS	270	360	360	360	360	210
CESANTÍAS	\$ 1.505.599,80	\$ 3.549.554,77	\$ 4.019.228,92	\$ 4.047.002,38	\$ 5.844.104,15	\$ 3.851.449,88

Conforme lo señalado en precedencia, se **adicionará** la sentencia recurrida en el sentido de **condenar** a la demandada a pagar a favor de la demandante, la diferencia generada entre lo pagado por cesantías por las anualidades señaladas y lo que realmente correspondía con observancia de las sumas antes descritas.

Indemnización moratoria

Sobre este punto, no se evidencia la existencia de mala fe en el actuar de la demandada, pues como bien adujo el juzgador de primer grado, esta sociedad no negó el carácter salarial que tenían los incentivos pagados a la demandante y lo que generó las diferencias ordenadas, fue una indebida liquidación de las bases salariales teniendo en cuenta tales rubros;

aunado a ello, la demandada allegó al trámite procesal suficiente caudal probatorio que permite concluir que siempre cumplió con todas las obligaciones a su cargo conforme a la Ley, lo que lleva a concluir que no hay lugar a imponer la indemnización moratoria bajo estudio.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **condenar** a la demandada a pagar a favor de la demandante, la diferencia generada entre lo pagado por cesantías por las anualidades señaladas y lo que realmente correspondía con observancia de las sumas descritas en este pronunciamiento.

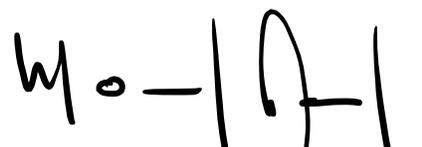
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 06-2019-470-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: OCTAVIANO BEJARANO
DEMANDADO: SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido el 19 de noviembre de 2021, por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de la parte demandante y entidad demandada, esta última solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El señor OCTAVIANO BEJARANO, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral a fin de que se DECLARE que tiene derecho a sustitución pensional por el fallecimiento de su compañero José Murillo; como consecuencia de tal declaración, petitiona se condene a la demandada al pago de dicha prestación desde el 24 de mayo de 2006 junto con retroactivo e intereses moratorios. (fls. 6 y 7)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que el señor José Murillo realizó aportes para pensión con destino a la AFP Protección, siendo pensionado por invalidez bajo la modalidad de renta vitalicia por parte de Suramericana desde el 4 de febrero de 2005, que falleció el 24 de mayo de 2006 y convivieron juntos en calidad de compañeros permanentes, desde enero de 1997 a la fecha de fallecimiento de este último, razón por la cual, el 1 de septiembre de 2009, elevó ante Protección solicitud de reconocimiento pensional, AFP que le informó que su solicitud debía ser radicada ante Suramericana, por lo que procedió de conformidad y a través de comunicación del 2 de octubre de 2009, dicha aseguradora le solicitó allegar la documentación requerida para el trámite de pensión.

Señala que el 5 de noviembre de 2009, la demandada negó su solicitud, que elevó otras peticiones ante esta para el reconocimiento pensional, las que le fueron negadas. (fls. 5 y 6)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó oponiéndose a las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en numerales 11 a 17 y 19 a 22, negó los No. 2, 3 y 18 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción extintiva de las acciones derivadas del contrato de seguro, no se han cumplido los requisitos legales para la causación de la pensión de sobreviviente a favor del demandante, improcedencia de la pretensión de sustitución pensional y prescripción. (fl. 79)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió ABSOLVER a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, condenando en costas al demandante.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que teniendo en cuenta la fecha de fallecimiento del causante, la norma aplicable era el artículo 13 de la ley 797 de 2003, que dispone que son beneficiarios de la pensión de sobreviviente el compañero o compañera permanente y tratándose de causante

pensionado, se debía acreditar vida marital por un lapso de 5 años o más previo al deceso de este último, que se demostraba que el causante gozaba de pensión de invalidez y en la declaración rendida en vida por este para el año 2005, indicó que era soltero y sin unión libre, registrándose 2 nombres con la finalidad que ratificaran el contenido de dicha declaración, que igualmente a folio 140 se consignó por el causante que era soltero y su círculo familiar lo conformaba una persona, con quien habitaba en el barrio Divino Niño, que la declaración de pensionado se había realizado en el año anterior al fallecimiento del causante y su contenido no se había desvirtuado ya que el dicho del testigo Marcos Linares, ofrecía serios motivos de duda, ya que su declaración presentaba inconsistencias y no se tornaba espontánea, aunado a ello, no había justificado la razón del dicho relacionada con el conocimiento de la fecha de muerte del causante, que dicha testimonial señaló que el demandante y el causante vivieron en el inmueble de la progenitora del primero y que en el mismo vivían su madre y hermana, que también vivieron en el inmueble de propiedad del causante; advirtiendo que nunca fue a dicho lugar y tampoco conocía la dirección de tal inmueble.

Que de igual manera, la testigo Luz Ruiz, indicó en declaración jurada que la pareja había residido en el barrio los Alpes, sin embargo, el testigo había descrito dirección distinta como de habitación, ubicada en el Barrio Divino Niño, que el testigo Marcos Linares, había afirmado lo contrario al indicar que la pareja vivió en 2 sitios distintos, no desvirtuándose la declaración de pensionado del causante y si bien los testigos habían señalado que la relación de pareja de ellos 2 no era pública por motivo de discriminación, no había razón para que el causante ante la demandada, no diera cuenta de la existencia de una unión marital con el demandante, máxime cuando el registro se había efectuado en fecha cercana a su muerte; que de conformidad con la declaración de la señora Luz, señaló que el accionante era quien había llevado al causante al médico, no obstante también señaló que él no conocía las causas de su enfermedad, precisando que no conoció que el causante tenía familiares, no obstante en su declaración de pensionado registró un familiar sin mencionar al demandante con tal claridad, siendo claro que no se había acreditado la convivencia alegada por el tiempo requerido en la normatividad aplicable.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la parte demandante señaló que la señora Luz Ruiz, es la presidente de la Junta de Acción Comunal y lo dicho por ella obedeció a lo

que ella observó, que el demandante compartió lecho, techo y mesa con el causante, debiéndose analizar en conjunto la totalidad del material probatorio, concluyéndose que sí estaba probada la convivencia alegada, para acceder al reconocimiento pensional.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación planteado sea lo primero señalar que como quedó determinado en la instancia, no ofreció reproche la fecha de fallecimiento del señor José Murillo, que tuvo lugar el 24 de mayo de 2006 (fl. 42), como tampoco que a dicha data ostentaba la calidad de pensionado por invalidez, prestación que le fuera concedida a través de comunicación del 27 de enero de 2005 expedida por Protección S.A. y visible a folio 118 del plenario.

Determinado lo anterior, como es bien sabido, la normatividad aplicable a efectos de reconocimiento pensional de sobreviviente, es la vigente a la fecha de fallecimiento del causante, esto es la Ley 797 de 2003, disposición que exige en su artículo 13, un tiempo de convivencia del cónyuge o compañero permanente de 5 años previo al fallecimiento del causante, señala la norma en cita:

ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así: <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles>

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

La **finalidad de la pensión de sobrevivientes** es beneficiar a las personas más cercanas que realmente compartían con el causante su vida, pues esta pensión sustitutiva busca impedir que quien haya convivido de manera permanente, responsable y efectiva y haya prestado apoyo a su pareja al momento de morir, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas materiales y morales que supone su deceso; de este modo, **se trata de amparar una comunidad de vida**

estable, permanente y definitiva con una persona, en la cual la ayuda mutua y la solidaridad como pareja sean la base de la relación y permitan que se consolide un hogar, excluyendo así una relación fugaz y pasajera.

Es así como la decisión de primer grado no encontró acreditada la convivencia de que trata la norma en cita, alegando el recurrente que esta quedó demostrada con la testimonial vertida por la señora Luz Stella Ruiz; respecto de lo cual y si bien la testigo dio cuenta de la presunta convivencia entre el actor y el causante aproximadamente por espacio de 9 años previo al deceso de este último, lo cierto es que su dicho no guarda relación con lo manifestado por el mismo causante un año antes de su deceso ante la demandada en documental contentiva de declaración de pensionados visible a folio 111 y que no fuera objeto de tacha, en la que señaló ser soltero y no convivir con nadie bajo ningún vínculo, aunado a ello, señaló vivir en dirección distinta a la señalada por la testigo en cita como de vivienda de la pareja; encontrando esta Sala que como bien lo adujo la decisión de primer grado, si la convivencia en pareja alegada hubiera existido, no habría motivo para que el causante hubiere negado esta ante la demandada.

Así las cosas y como quiera que el dicho de la testigo contradice abiertamente lo indicado por el accionante en declaración rendida un año antes de su deceso, en la que se itera, indicó ser soltero y habitar una vivienda ubicada en una dirección distinta a la señalada por la señora Luz Stella, no es posible dar a su dicho el valor probatorio pretendido; argumentos que resultan suficientes para **confirmar** la decisión de primer grado, ya que no se logró demostrar la convivencia alegada y exigida por la disposición legal aplicable a través de ningún otro medio probatorio.

Sin costas en la alzada

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente pronunciamiento.

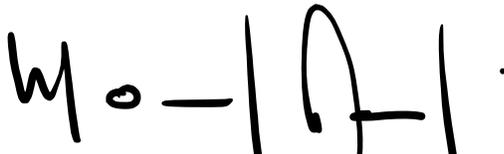
SEGUNDO: Sin costas en la alzada.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

**PROCESO ORDINARIO No.6-2018-301-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: JUAN CARLOS PEREZ GARCIA
DEMANDADO: VITALYA SAS Y OTRA**

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por la parte demandada COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO CONVENIOS DE COMERCIO Y SERVICIO CTA revisa la Corporación el fallo de fecha diez (10) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), proferido por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá DC.

ALEGACIONES

Durante el término para presentar alegaciones, fueron allegadas las de la parte demandante.

ANTECEDENTES

El señor **JUAN CARLOS PEREZ GARCIA**, instauró demanda en contra de la sociedad **VITALYA SAS** y la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO CONVENIOS DE COMERCIO Y SERVICIO CTA** para que mediante un proceso ordinario laboral se

declare que entre el demandante y la COOPERATIVA existió un contrato de trabajo desde el 16 de junio de 2015 hasta el 17 de febrero de 2018 y que son responsables solidarias en el pago. En consecuencia, solicita el pago de prestaciones, indemnización por despido, aportes, indemnizaciones moratorias, vacaciones, intereses a las cesantías, dotaciones. (fls 5 al 15)

Fundamentó sus pretensiones en que el 16 de junio suscribió con la cooperativa un convenio de trabajo asociado, para desempeñar el cargo de instructor en el gimnasio Hard Body sede calle 147, con un salario de \$1.202.343, que el gimnasio donde prestó el servicio es la denominada empresa VITALYA SAS, que nunca se pagaron prestaciones, que desde diciembre de 2016, no se pagaron aportes pues se dijo que se iba a hacer un contrato de arrendamiento, que el contrato se terminó sin justa causa, que tenía una cuenta de nómina. (fls 5 al 15).

Las demandadas contestaron la demanda así:

COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO CONVENIOS DE COMERCIO Y SERVICIOS CTA., asegurando que el vínculo con el demandante fue mediante cooperativa de trabajo asociado y que inició en 2015 terminando en 2014. En cuanto a los hechos aceptó el 1.1, 1.2, 1.8, parcialmente los hechos 1.3, 1.4,1.9,1.10 y negó los demás. Propuso las excepciones de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, inexistencia de la relación laboral, cobro de lo no debido, normatividad aplicable, prescripción. (fls 74 al 83).

VITALYA SAS, mediante curador ad litem, quien manifestó atenerse a lo que decida, no obstante oponerse en caso que se establezca que la demandada si cumplió con sus obligaciones. En cuanto a los hechos dijo que algunos no le correspondía contestarlos y de otros que se atenía a los documentos que obran en el expediente y a lo que se demuestre en el proceso. Propuso la excepción de prescripción. (fls 168 a 172)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió, en la sentencia que hoy revisa resolvió CONDENAR a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO CONVENIOS DE COMERCIO Y SERVICIOS CTA, a pagar al demandante JUAN CARLOS PEREZ GARCIA; prestaciones intereses a las cesantías, vacaciones, indemnización

moratoria del art 65 e indemnización por despido injusto. ABSOLVIÓ de las demás pretensiones y ABSOLVIÓ a la demandada VITALYA SAS, condenó en costas a la Cooperativa.

Para llegar a esa conclusión en síntesis afirmó la Juez:” .. que entre el demandante y la cooperativa se celebró un convenio de trabajo asociado, de 16 de junio de 2015 y el 1 de noviembre de 2016, obligándose como trabajador asociado para el cargo de instructor en Vitalya SAS 147, como se probó con documental visible a folios 89 a 93, a la cual se le da valor probatorio de acuerdo con las normas del CGP. Según los art 3 y 4 de la ley 79 de 1988, que define el convenio asociativo y aclara quienes son los asociados , se puede inferir que en este caso se dieron actos de subordinación, dada la prueba testimonial la cooperativa podía disponer de la fuerza de trabajo del trabajador como lo hace un empleador con un trabajador dependiente, luego la cooperativa se reservó el poder de decisión sobre el demandante, este cumplía horario era dirigido por un coordinador de la cooperativa, luego como se probó que la cooperativa se reservó el poder de decisión sobre el accionante, se concluye que las suplicas están llamadas a prosperar. En interrogatorio de parte se aceptaron extremos, se dijo que laboró todos los días cumplía horario y que en las instalaciones de Vitalya había un coordinador que impartía instrucciones. Que los testigos coinciden en lo relativo al horario a las instrucciones del coordinador. Que el contrato terminó porque el demandante se dedicó a la misma labor en forma independiente en el mismo espacio, que estaba así sujeto a régimen disciplinario. En declaración de parte de Vitalya se aceptó que el demandante laboraba en su espacio, pero sujeto a las órdenes de la cooperativa, que existía un coordinador de la Cooperativa, que no dio instrucciones y que posteriormente celebró un contrato de arrendamiento de la sede de la 147, en desarrollo del cual el accionante captó sus propios clientes y ejerció con tarifas que el mismo establecía. En interrogatorio de parte el demandante admitió el contrato de arrendamiento al que hizo referencia la sociedad Vitalya Sas, aclarando que tuvo lugar desde noviembre de 2016 y a continuación del contrato con la Cooperativa. Declaró entonces un contrato realidad entre la Cooperativa y el demandante en esos términos e impuso las condenas, por prestaciones, intereses a las cesantías, vacaciones, indemnización por despido, dado que, según lo manifestado en la contestación de la demanda, el vínculo terminó a instancia de la Cooperativa, sin acreditar causa alguna. (fl 76). En cuanto a la indemnización moratoria surge que la Cooperativa no obró de buena fe, actuando en contra de las normas, no pagó lo adeudado a la finalización del contrato, sin que la celebración del convenio exima de responsabilidad laboral pues se utilizó para disfrazar un verdadero contrato de trabajo; pues se entiende que actúa de mala fe quien pretende obtener ventaja o beneficio sin una suficiente dosis de probidad, luego impuso

condena por la sanción del art 65 del C S T. Absolvió a Vitalya Sas por cuanto dijo con ella existió un contrato de arrendamiento desde nov 2016, sin que tampoco exista responsabilidad solidaria, por cuanto el objeto social de Vitalya Sas es la práctica médica, administración de empresas y otras y la de la cooperativa es diferente y si bien se pactó un comodato lo que se observa en el contrato de esa sola circunstancia no se puede derivar la responsabilidad solidaria .

Inconforme con esta decisión la apoderada de la COOPERATIVA interpuso recurso manifestando que el objeto de la demanda era demostrar una intermediación debiendo demostrarse los elementos del contrato de trabajo y una vez se decidiera si hubo intermediación y en ese orden la juez carece de competencia. La sentencia no tiene coherencia porque acepta que existió un convenio de trabajo asociado de 2015 y 2016 y de este no se pueden derivar prestaciones porque ellas no se derivan del trabajo asociado. Es imposible imputar a una Cooperativa los derechos que salen del CST, que son de carácter laboral, porque la Cooperativa tiene unos estatutos, son relaciones civiles y debe irse a otra jurisdicción y en la sentencia se dice que no hay intermediación y por ello no se puede hablar de contrato realidad. En esta instancia se carece de competencia al aceptar que hay un contrato de trabajo asociado y que fue la cooperativa quien ejerció como tal, luego no podía la juez fallar, no tiene competencia por haber aceptado que hubo un contrato de trabajo asociado que no es competencia de la justicia laboral.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S la sala resolverá la apelación que se limita a afirmar que la Juez carece de competencia pues declaró la existencia de un convenio de asociación, cuyas controversias se rigen por los estatutos y normas de derecho civil y que al no existir intermediación no se puede hablar de contrato realidad; advirtiendo desde ya que la sentencia será CONFIRMADA. Veamos las razones.

Lo primero que advierte la Sala es que la recurrente parte de una premisa equivocada, pues justamente lo que declaró la Juez es que **nunca existió convenio de trabajo asociado, a pesar del escrito suscrito por las partes, sino un verdadero contrato realidad, entre el demandante y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO CONVENIOS DE COMERCIO Y SERVICIOS CTA**

De otra parte, no hay duda que la prestación de servicios a LA COOPERATIVA, **fue debidamente acreditada**, con las pruebas a las que hiciera referencia la Juez, esto es interrogatorio de parte y declaraciones de testigos, en las que quedó se itera, plenamente establecido que los servicios eran prestados de manera directa a la Cooperativa, quien ejercía actos de subordinación, entre otros las instrucciones que le daba un coordinador, el horario que se le exigía y el hecho de la terminación que obedeció a que el demandante empezó de manera independiente a ejercer labores de instructor en el mismo espacio mediante un contrato de arrendamiento con VITALY SAS. También quedó demostrado que esta última persona jurídica celebró con la Cooperativa un contrato de comodato o préstamo de uso de sus instalaciones y materiales, para el ejercicio de labor contratada.

Luego surge de manera clara que el demandante siempre laboró para la COOPERATIVA, no para VITALYA SAS **luego cierto es que a pesar de habersele dado a su contrato una apariencia de convenio asociativo, desde el principio no lo fue y esta declaración fue la ignorada por la recurrente, quien de manera equivocada sostiene que se declaró la existencia de un convenio de trabajo asociado.**

Se itera, lo único que puede colegirse de las pruebas es que la labor del demandante era desarrollada en beneficio de la COOPERATIVA, y que solo se utilizaban las instalaciones de VITALYA SAS, como consecuencia del contrato ya señalado.

Conviene recordar entonces que la persona que solicita se declare que su relación estuvo regida por contrato de trabajo, le basta con probar la prestación del servicio, primer elemento del contrato de trabajo, correspondiéndole a quien lo niega desvirtuar el segundo esto es la subordinación, elementos consagrados en el art 23 del CST, sin que la demandada hubiese logrado desvirtuar la presunción.

Es claro y reitera la Sala, que probada la prestación de servicios a la luz de la presunción establecida en el art 24 del CST sobre la existencia del contrato, le correspondía a la demanda acreditar el hecho contrario, es decir que el vínculo no era laboral, que no existía la subordinación, que se insiste se presume; quedando claro por el contrario que la labor del actor era subordinada y sin que una sola prueba indique que el demandante era un asociado al que solo le era aplicable la legislación de cooperativas de trabajo. Como pretende la recurrente.

Conviene recordar algunas de las normas que dan origen a las COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO, para corroborar que la decisión de la Juez resulta acertada, llamando la atención de la Sala, que por un lado la recurrente afirme que la Juez no es competente y de otro impugne la decisión solicitado se revoque, ya que si la Juez de primera instancia no es competente, el Tribunal tampoco lo sería, luego otro sería la figura procesal que se debió haber invocado.

Bien, de conformidad con el artículo 3° de la Ley 79 de 1988, el acuerdo cooperativo es un contrato que se celebra por un número plural de personas con el objetivo de crear una persona jurídica de derecho privado denominada Cooperativa, cuyas actividades deben desarrollarse con fines de interés social y sin ánimo de lucro.

Por su parte, en el artículo 4° se dispone que estos entes son empresas asociativas sin ánimo de lucro, en la que los cooperados son simultáneamente aportantes y gestores de la empresa, cuyo objeto social debe tender a la satisfacción de las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general, ya sea, conforme lo dispone en su artículo 70, mediante la producción de bienes, la ejecución de obras o la prestación de servicios.

Ahora bien, la Corte Constitucional, en Sentencia C-211 de 2000, mediante la cual declaró exequible el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, identificó como características relevantes de las cooperativas de trabajo asociado, las siguientes: *i)* asociación voluntaria y libre, *ii)* igualdad de los cooperados, *iii)* ausencia de ánimo de lucro, *iv)* organización democrática, *v)* trabajo de los asociados como base fundamental, *vi)* desarrollo de actividades económico sociales, *vii)* solidaridad en la compensación o retribución, y ***viii)* autonomía empresarial.**

En la providencia aludida, la Corporación recogió el siguiente concepto alrededor de la noción y régimen de funcionamiento de las Cooperativas de Trabajo Asociado:

“...Las cooperativas de trabajo asociado nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que decide 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. Todos los asociados tienen derecho a recibir una compensación por el trabajo aportado, además de participar en la distribución equitativa de los excedentes que obtenga la cooperativa. Sólo en casos excepcionales y en forma transitoria u ocasional se les permite contratar trabajadores no asociados, quienes se regirán por la legislación laboral vigente...”

Y a propósito de la relación que, según la normatividad estudiada, se traba entre las Cooperativas de Trabajo Asociado y sus miembros, la Corte señaló lo siguiente:

“...Las cooperativas de trabajo asociado se diferencian de las demás en que los asociados son simultáneamente los dueños de la entidad y los trabajadores de la misma, es decir, que existe identidad entre asociado y trabajador. Siendo así no es posible hablar de empleadores por una parte, y de trabajadores por la otra, como en las relaciones de trabajo subordinado o dependiente. Esta la razón para que a los socios-trabajadores de tales cooperativas no se les apliquen las normas del Código Sustantivo del Trabajo, estatuto que regula solamente el trabajo dependiente, esto es, el que se presta bajo la continuada dependencia o subordinación de un empleador y por el cual el trabajador recibe una retribución que se denomina salario.”

*“En las cooperativas de trabajo asociado no existe ninguna relación entre capital-empleador y trabajador asalariado pues, se repite, el capital de éstas está formado principalmente por el trabajo de sus socios, **además de que el trabajador es el mismo asociado y dueño. Así las cosas no es posible derivar de allí la existencia de un empleador y un trabajador para efectos de su asimilación con los trabajadores dependientes.**”*

Resulta relevante en este punto, reparar en la simultaneidad de las calidades de trabajador y de asociado cooperado que convergen en sus miembros, como quiera que esta característica los ubica en un plano horizontal en el que no es posible, *prima facie*, hablar de empleadores por un lado y de trabajadores por el otro, ni por tanto, considerar relaciones de dependencia o subordinación en la ejecución del objeto de la cooperativa.

Conforme a lo expuesto, las relaciones desarrolladas bajo los anteriores parámetros **escapan del ámbito de aplicación de la legislación laboral y se someten a lo que libre y voluntariamente dispongan los cooperados en los estatutos, gozando de amplia autonomía configurativa para definir, entre otras materias, el régimen de trabajo, la seguridad social y las compensaciones.**

Sin embargo, en algunos casos, como en este, pese a aparecer formalmente como relaciones cooperativas, **lo que en realidad existe es una relación laboral, por ende, bajo tal circunstancia no basta simplemente con que la persona se asocie, pues lo determinante es la forma en que se desarrolle esa relación, conforme lo dispone el artículo 53 de la Constitución Política.**

Ahora el Decreto 4588 de 2006, reglamenta el funcionamiento de las Cooperativas y es errado afirmar que solo deben prestar servicios a terceros, como al parecer

entiende la recurrente cuando afirma que no se acreditó intermediación, pues por el contrario el art 17 prohíbe que actúen como intermediarias, de sus disposiciones se extrae que el trabajo desempeñado por los asociados debe ser autónomo autogestionario, lo que en este caso no demostró la demandada, quien tenía tal carga probatoria, si quería desvirtuar el contrato de trabajo presumido.

Es en el artículo 5 de este Decreto en donde encontramos clara la norma que así lo ratifica. Señala el texto en mención.

*“Artículo 5°. Objeto social de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado. El objeto social de estas organizaciones solidarias es el de generar y mantener **trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno.** En sus estatutos se deberá precisar la actividad socioeconómica que desarrollarán, encaminada al cumplimiento de su naturaleza, en cuanto a la generación de un trabajo, en los términos que determinan los organismos nacionales e internacionales, sobre la materia.”*

Es claro que en este caso lo que se dio fue un trabajo dependiente, es decir la cooperativa contrató al demandante y aunque lo hizo como asociado, ello como señaló la Juez solo fue un “disfraz”, siendo claro que el demandante le prestó servicios a la cooperativa.

De conformidad con lo anterior, esta colegiatura reitera que es acertada la decisión del fallador de primer grado, toda vez que en el *sub lite* se demostró la existencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, como lo son, la prestación personal del servicio, la retribución y la subordinación, pues nada hizo la demandada para desvirtuar la presunción que operó en beneficio del trabajador.

Finalmente, y en cuanto a que la Cooperativa tiene unos estatutos, basta con decir que estos aparecen a folios 130 a 137, y en el capítulo II; -relativo a solución de conflictos-; artículo 58, se consagra que las diferencias que surjan entre la Cooperativa y sus asociados sin perjuicio de los arreglos directos, se someterán a trámite arbitral; y **que de no prosperar y como último recurso se someterán a la justicia laboral ordinaria.** De manera que, aun aceptando el argumento de la recurrente, sobre la declaración de convenio asociativo, no resulta cierto que no sea esta jurisdicción competente para dirimir el conflicto.

Por lo antes expuesto, se CONFIRMA, la sentencia en todas y cada una de sus partes.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRETRUSSY



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

PROCESO ORDINARIO No. 06-2020-00195-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: MARÍA DEL PILAR MENDOZA ACEVEDO

DEMANDADO: COLPENSIONES

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **MARÍA JULIANA MEJÍA GIRALDO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.144.041.976 y tarjeta profesional No. 258.258 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad MEJÍA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S., como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. MARÍA ALEJANDRA CIFUENTES VARGAS, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.014.244.637 y tarjeta profesional No. 294.799 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y del grado de consulta en su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 16 de diciembre de 2021.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Colpensiones.

ANTECEDENTES

La señora MARÍA DEL PILAR MENDOZA ACEVEDO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE que cotizó en COLPENSIONES 482 semanas, por lo que tiene derecho a que se le reconozca la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, al no cumplir con los requisitos para acceder a una pensión de vejez. Como consecuencia, SE CONDENE a COLPENSIONES a pagar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, junto con la indexación, intereses moratorios, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 3 a 4).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 25 de febrero de 1965; que cotizó al ISS hoy Colpensiones 482 semanas; que prestó sus servicios como Docente al servicio del Magisterio del Distrito Capital de Bogotá; que el 25 de febrero de 2016 adquirió el status de pensionado como Docente en la Secretaria de Educación de Bogotá; que mediante la Resolución N° 4554 del 13 de julio de 2016 expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se le reconoció pensión de jubilación en cuantía de \$2'273.342 a partir del 26 de febrero del 2016; que solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de una indemnización sustitutiva de la pensión la cual le fue negada mediante la Resolución SUB 315632 del 03 de diciembre de 2018. (fls. 4 a 5).



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos los aceptó todos. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la innominada. (fls. 43 a 47).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante señora MARÍA DEL PILAR MENDOZA ACEVEDO la suma de \$11'557.911 por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y la indexación de lo debido desde la exigibilidad de la obligación que se produjo el 05 de octubre de 2018 hasta que se produzca el pago de lo debido. Se absuelve de las restantes pretensiones de la demanda. La excepción de prescripción se declara no probada. Las costas de primera instancia quedan a cargo de la demandada.” (CD fl 73

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que la pensión de jubilación es compatible con la indemnización sustitutiva que aquí se pretende como quiera que las cotizaciones se soportan en los servicios prestados en el sector privado y que fueron cotizados en el ISS. Que la fuente de financiación de la Pensión del Magisterio y la Indemnización sustitutiva que aquí se pretende son diferentes. Que los dineros de Colpensiones no son de naturaleza pública por lo que no existe incompatibilidad.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**, recurrió señalando que, la demandante en calidad de docente actualmente cuenta con una pensión de jubilación reconocida por el Fondo de Prestaciones del Magisterio a través de la Resolución N° 4554 del 13 de julio de 2016 motivo por el cual los aportes recibidos por la demandante a distintas entidades



territoriales o las realizadas al ISS deben ser devueltos a quien tenga a su cargo el reconocimiento de la pensión para que sean utilizadas para la financiación de la pensión reconocida. Indica que conforme lo dispone el inciso 4° del artículo 17 de la Ley 549 de 1990, el Decreto 1730 del 2001, la Ley 91 de 1989, Decreto Ley 224 de 1972 y la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003 no es procedente el reconocimiento de prestación diferente a la ya reconocida por una entidad de carácter público, por lo que se tiene la prohibición de que no se puede tener una doble asignación del erario público, por lo que solicita se revoque la decisión y se absuelva de las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el resumen que antecede, se encuentra que el problema jurídico se centra en establecer si a la actora le asiste el derecho al pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, correspondiente a los aportes efectuados al ISS hoy COLPENSIONES, teniendo en cuenta que es beneficiaria de la pensión de jubilación que le reconociera el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En el presente, quedó probada como se indicó, la calidad de pensionada que ostenta la actora, por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Secretaría de Educación, mediante la resolución No. 4554 del 13 de julio de 2016, en la que se le reconoció una pensión de jubilación a la demandante a partir del 26 de febrero del 2016 en cuantía de \$2'273.342, bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985, así mismo se evidencia que en dicha resolución se tuvo en cuenta únicamente el tiempo servido como Docente Distrital desde el 17 de mayo de 1994 (fls. 14 a 15). Pensión que fue reajustada mediante la Resolución N° 2398 del 02 de marzo de 2018 estableciendo como cuantía de la mesada inicial la suma de \$2'298.708. (fl.16 a 17)

Teniendo en cuenta lo anterior, se ha de señalar que cuando el afiliado no cumple con los requisitos establecidos en la ley para acceder a la prestación



por vejez en el régimen de prima media con solidaridad, de conformidad con lo establecido en el artículo 37 de la ley 100 de 1993, tiene derecho a una indemnización sustitutiva para cubrir, de alguna manera, esa contingencia.

Señala el artículo 37 de la Ley 100 de 1993:

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

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Pensiones tiene por objeto el de garantizar el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, a través del reconocimiento de las pensiones y prestaciones consagradas en la misma ley.

En punto a la compatibilidad de la pensión reclamada en esta oportunidad por las cotizaciones realizadas al RPM a través de Colpensiones, que dicho sea de paso, tampoco fue objeto de discusión que ascienden a 482.86 semanas cotizadas conforme documental contentiva de historia laboral visible a folio 33; se tiene que como bien lo adujo el juzgador de instancia, la prestación pensional reclamada no resulta incompatible con las prestaciones de jubilación que disfruta la demandante como recientemente lo reiteró la Sala Laboral del CSJ en sentencia SL 1127 del 9 de marzo de 2022, oportunidad en que señaló:

Pues bien, en relación con el primer interrogante, de entrada debe destacarse que si bien el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 estableció el límite del régimen prestacional de los docentes oficiales hasta el 27 de junio de 2003 –fecha en que la ley fue publicada en el Diario Oficial-, pues quienes se vincularan a partir de ahí se regirían por las previsiones del sistema general de pensiones, tal disposición mantuvo el régimen exceptuado para quienes estaban vinculados con anterioridad a este cambio normativo, previsión que a su vez



conservó el Parágrafo Transitorio 1.º del Acto Legislativo 01 de 2005, que es justamente el caso del demandante.

De ahí que si el docente ingresó a laborar al servicio del Estado y particulares simultáneamente y con anterioridad a aquella fecha, estaba habilitado para realizar aportes a cualquiera de los regímenes pensionales consagrados en la Ley 100 de 1993, con la posibilidad de financiar una pensión de vejez o, en su defecto, una indemnización sustitutiva o devolución de saldos, según el caso y el régimen pensional que elija, independientemente de la pensión de jubilación que disfrute en el sector oficial (CSJ SL2649-2020 y CSJ SL3775-2021). Sobre el particular, en esta última sentencia la Sala indicó:

El argumento planteado carece de asidero, pues el recto entendimiento de la norma fue el que le dio el Colegiado de instancia, mismo que coincide con aquel que de antaño ha sostenido la Corte, consistente en que el demandante podía prestar sus servicios a establecimientos educativos de naturaleza pública y obtener una pensión de jubilación oficial, y, simultáneamente, laborar para instituciones educativas particulares para adquirir una pensión de vejez en el ISS, hoy Colpensiones, resultando válido que dichos aportes se trasladaran al RAIS a través de un bono pensional.

De modo que es perfectamente válido que una persona preste sus servicios a establecimientos educativos oficiales y adquiera una pensión de jubilación oficial, y simultáneamente preste sus servicios a instituciones privadas cuyos aportes obligatorios financien una posible pensión de vejez en el ISS, hoy Colpensiones, con la posibilidad de que dichos aportes sean trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de un bono pensional y sin que por ello se genere alguna incompatibilidad entre las prestaciones económicas que cada régimen reconoce (CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 40848 y CSJ SL451-2013), como sucede en el caso.

*Por último, a pesar que no se discute en casación importa destacar que mediante Resolución n.º 16665 de 2002 la Caja Nacional de Previsión Social -Cajanal le reconoció al actor una pensión de jubilación, **prestación que si bien es de origen legal, lo cierto es que es compatible con las cotizaciones que se pretenden compensar y la pensión de jubilación oficial conforme el artículo 3.º de la Ley 114 de 1913, en concordancia con el artículo 19 literal g) de la Ley 4 de 1992, dado que corresponde a la «pensión gracia» que le fue concedida al actor por el tiempo que laboró como docente del Departamento de Antioquia -25 de abril de 1980 hasta 30 de septiembre de 2002-.** (Negrilla fuera del texto original)*

Conforme reciente criterio jurisprudencial en cita, se tiene que en nada es incompatible las prestaciones de que ya disfruta la demandante con la indemnización sustitutiva de vejez que reclama por los aportes que realizó ante el entonces ISS hoy Colpensiones, pues dicha compatibilidad encuentra justificación en la misma normatividad legal y así lo indica el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, al señalar que las prestaciones del Magisterio, son **compatibles** con las pensiones del sistema general, a su



vez, dichas cotizaciones efectuadas al ISS, no se tuvieron en cuenta a efectos de reconocer la prestación ya reconocida a la demandante.

Así las cosas, encuentra esta Colegiatura que no es de recibo el argumento presentado por COLPENSIONES en el que indica que el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez, resulta incompatible con la prestación de jubilación que percibe actualmente la demandante, por cuanto tal planteamiento carece de todo respaldo jurídico, tal como lo ha manifestado en varias oportunidades la Sala de Casación Laboral de Corte Suprema de Justicia, para lo cual se trae a colación la sentencia proferida en el proceso radicado bajo el No. 24062 del 14 de febrero de 2005 en la cual señaló que las pensiones de vejez que reconoce al Instituto de Seguro Social, hoy Colpensiones, no se consideran como provenientes del tesoro público, toda vez que los aportes que realizan tanto los empleadores y los afiliados constituyen un fondo económico común, que es de propiedad de la entidad, siendo esta una simple administradora de los mismos, así tales cotizaciones, en cuanto a los aportes patronales provengan de una entidad oficial, las cuales junto con los aportes del afiliado constituyen un patrimonio de afectación parafiscal.

Así mismo la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en el presente caso, no es incompatible con la pensión de jubilación que le fue otorgada a la actora, por cuanto ésta se realizó con cotizaciones y por tiempos de servicios diferentes.

Por lo anterior resulta claro que a la demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva en los términos del artículo 37 de la ley 100 de 1993, la cual tal y como acertadamente lo dijo la Juez de instancia, debe ser indexada de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE y la fecha en la que realice el pago correspondiente.

Así las cosas esta Sala encuentra acertada la decisión adoptada por la Juez de primer grado, así como la liquidación efectuada, razón por la que se habrá de confirmar en su integridad la sentencia objeto de alzada.



Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARY ESTEFFANI CHACÓN BARAJAS
VS DOLPHIN MEDICAL Y CIA SAS Y OTRO RAD 8-2017-195-01**

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ALEGACIONES

Durante el término para presentar alegaciones, fueron allegadas las de la demandadas Adriana Tavera y Dolphin Medical, esta última solicita se disponga la terminación del proceso por cumplimiento de la obligación.

MARY STEFFANI CHACÓN BARAJAS, actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral en contra de **MARY STEFFANI CHACÓN BARAJAS**, para que mediante el trámite de un proceso ordinario de primera instancia se declare que entre DOLPHIN MEDICAL Y CIAS SAS y ella existió un contrato de trabajo desde el 21 de enero de 2016 hasta el 15 de julio del mismo año, así mismo con ADRIANA TAVERA CASTILLO. En consecuencia, solicita salarios, prestaciones sociales, intereses a las cesantías, vacaciones, auxilio de transporte, aportes, indemnización moratoria, extra y ultra petita, indexación, costas y agencias en derecho. (Fls 3 al 18).

Como fundamentos fácticos de las pretensiones manifiesta que fue contratada mediante contrato verbal de trabajo verbal por la señora ADRIANA TAVERA CASTILLO, quien era la representante legal de DOLPHIN MEDICAL Y CIA SAS, y quien le proporcionó información sobre las funciones y envió vía correo el manual correspondiente, que inició labores el 25 de enero de 2016, en Bogotá en el cargo de gerente de cuenta, que a los pocos días de iniciar labores, le atribuyeron a la actora labores ajenas a las inicialmente pactadas, incluso ante la insuficiencia de personal, debió asumir tareas contables, soporte médico y cumplimiento de metas en ventas, además se le asignaron tareas de cuidado del hijo de la señora TAVERA CASTILLO, así como de la casa de propiedad de la misma, debiendo cumplir horarios y hacer informes, que le fueron pagados los salarios de enero a mayo de 2016, y parte de las

comisiones de febrero a marzo, que dado ese incumplimiento la actora se vio obligada a renunciar mediante correo enviado el 12 de julio de 2016, que no le fueron reconocidas ni pagas prestaciones, que se hizo citación para conciliar en el Ministerio del Trabajo, que se le ofreció una suma irrisoria y vía telefónica fue objeto de coacciones, que estaba sujeta a subordinación y que recibía un salario de \$ 3.450.000. (Fls 3 al 18).

Las demandadas, contestaron la demanda así:

DOLPHIN MEDICAL Y CIA SAS, oponiéndose a todas las pretensiones dado que nunca existió relación laboral con la parte actora. En cuanto a los hechos manifestó que no le constaban en su mayoría ya que nunca existió contrato con la parte actora, negó en consecuencias todos los relacionados con el contrato y solo aceptó el 8. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido. (fls 174 a 188)

ADRIANA TAVERA CASTILLO, mediante curador ad litem, quien manifestó que se opone a las pretensiones pues deben ser probadas. En cuanto a los hechos dijo de la mayoría que no le constaban, negó el 2 pues dijo que de acuerdo con el certificado de existencia y representación legal la demandada no es representante legal de DOLPHIN MEDICAL Y CIA SA. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y genérica. (fls 226 al 230).

Tramitada la primera instancia, la Juez 8 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el veintidós (22) de octubre de 2020, por la que resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante MARY STEFFANI CHACON BARAJAS y los demandados ADRIANA TAVERA CASTILLO y DOLPHIN MEDICAL Y CIA S.A.S. existió un contrato de trabajo el cual tuvo como extremo inicial el 31 de enero de 2016 y como extremo final el 12 de julio de 2016, en virtud del cual devengó el equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a los demandados ADRIANA TAVERA CASTILLO y DOLPHIN MEDICAL Y CIA S.A.S. a pagar a la demandante MARY STEFFANI CHACON BARAJAS, las siguientes sumas de dinero y conceptos:

- a. \$3.769.021 por salarios
- b. \$349.482 por cesantías
- c. \$41.938 por intereses a las cesantías
- d. \$349.482 por primas de servicio
- e. \$157.043 por vacaciones, suma debidamente indexada.
- f. \$424.760 por auxilios de transporte
- g. Aportes en pensión que correspondan por el periodo laborado entre el 31 de enero de 2016 al 12 de julio de 2016 conforme al smlmv, con destino al fondo de pensiones que la demandante escoja y de acuerdo al cálculo actuarial que la administradora de pensiones determine
- h. \$22.981 diarios a partir del día 13 de julio de 2016 y hasta que se verifique el

pago de las prestaciones objeto de condena, por indemnización moratoria del art. 65 del C.S.T.

TERCERO: ABSOLVER a los demandados de las demás pretensiones incoadas en su contra.

CUARTO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, y el Despacho se releva del estudio de las demás.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas liquídense por secretaria fijando como agencias en derecho la suma de 908.526...”

Para llegar la Juez a esa conclusión en síntesis señaló: “ En los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales, y acreditados los extremos temporales de la relación y el salario devengado...En orden al estudio de la acreditación probatoria pertinente, es necesario reiterar lo que tiene asentado la jurisprudencia sobre el principio de la primacía de la realidad y la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, pues ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, que en uso de la presunción legal prevista en el mentado artículo, cuando queda plenamente demostrada en la actuación procesal la prestación personal del servicio a favor del demandado se presume la existencia de un vínculo laboral, trasladándose la carga de la prueba al demandado, quien deberá derruir dicha presunción con los medios probatorios aportados. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701.

Así las cosas, se procede al análisis del acervo probatorio vertido en autos, examen del cual debe indicarse, se encuentra acreditada la prestación personal del servicio por parte de la accionante y en favor de los demandados ADRIANA TAVERA CASTILLO y DOLPHIN MEDICAL Y CIA S.A.S., dado que así se constata con ciertos documentales obrantes en el expediente, tales como: A folios 19 a 25 y 28 a 102, comunicaciones electrónicas sostenidas entre la demandante y ADRIANA TAVERA en las que entre otras se remite manual básico de funciones, condiciones salariales, funciones básicas diarias, portafolio de servicios, cotizaciones de productos, publicidad promocional e informes. A folios 103 a 143, impresiones de comunicaciones telefónicas entre la demandante y ADRIANA TAVERA. A folios 144 a 145, carta de renuncia y entrega de puesto enviados por mensaje de datos a la demandada ADRIANA TAVERA. A folios 148 a 150, certificaciones suscritas por los señores CINDY YESENIA GONZALEZ BENAVIDES, JUAN PABLO QUIROGA FORERO y LUZ ADRIANA MURILLO CORTES acerca de la relación laboral de la accionante para con las demandadas. Conforme a lo anterior, la demandante quedó cobijada por la presunción contenida en el art. 24 del C.S.T., trasladándose la carga de la prueba en cabeza del extremo pasivo en los términos ya referidos, por lo que consecuentemente, corresponde en esta instancia, verificar si la pasiva desvirtuó la presunción legal a que hace alusión el citado artículo, esto es, mediante pruebas que demuestren con certeza, el hecho contrario del elemento de la subordinación, es decir que la prestación personal del servicio se diera de manera independiente, y en ese orden, continúa el Despacho con el estudio íntegro del material probatorio recaudado, acotándose, la demandada ADRIANA TAVERA CASTILLO no acudió directamente al proceso y fue representada por Curador Ad Litem, quien adicional a la declaración de parte aquí escuchada, no solicitó la práctica de otro medio probatorio, luego entonces no milita ninguna prueba a favor de su defendida. Ahora, dentro de las documentales aportadas por la accionada DOLPHIN MEDICAL Y CIA SAS, se encuentra: A folios 200 a 201, acuerdo transaccional celebrado el 16 de junio de 2016 entre ADRIANA TAVERA CASTILLO y el representante legal de DOLPHIN MEDICAL Y CIA SAS, en el que refiere que la primera fue empleada de la segunda desde el 12 de agosto de 2012 al 30 de abril de 2016, ejerciendo como

representante legal principal de la sociedad. A folio 202, certificación expedida por la empresa Auditores y Contadores Públicos GSA & CO Ltda, en la cual se indica que no existe registro a nombre de la demandante. A folio 203, impresión de la página web de la sociedad demandada. Asimismo, en el devenir probatorio se practicó interrogatorio de parte a la demandante MARY STEPHANI CHACON y al representante legal de la demandada DOLPHIN MEDICAL CIA, así como el testimonio de los señores LUZ ADRIANA MURILLO CORTES, CINDY GONZALEZ, RITA LUCIA GAITAN URIBE y ANDRES FERNANDO PARADA BUITRAGO, anotándose que se propuso tacha contra éste último testigos, sin embargo, a juicio de la suscrita, la prueba testimonial traída al asunto por la parte actora goza de credibilidad dado que los deponentes fueron espontáneos, se mostraron imparciales, sin ánimo de favorecer, y dada su cercanía con la demandante y/o la actividad laboral que desempeñaron, se puede establecer que sus afirmaciones derivan de los hechos que les constan de manera directa. Pues bien, del análisis de las precitadas pruebas, colige esta operadora, que las accionadas no derribaron la presunción propia de toda relación contractual regida por el Código Sustantivo del Trabajo y por el contrario, **de la documental aportada y de lo manifestado por los declarantes, se logra colegir que existió una prestación personal del servicio, donde la demandante realizaba sus labores en un espacio físico de las accionadas, que en específico correspondía conjuntamente a la casa de habitación de la señora ADRIANA TAVERA y al domicilio de DOLPHIN MEDICAL.** Igualmente, se acreditó que la prestación del servicio era de forma personal, continua e interrumpida, recibiendo órdenes e incluso llamados de atención por parte de la señora ADRIANA TAVERA quien finalmente fungía como empleadora directa en calidad de persona natural y también como representante legal de DOLPHIN MEDICAL. Igualmente, quedó claro para el Despacho que la accionante se desempeñó como médico veterinario encargada, recibiendo instrucciones acerca del cuidado de caninos de raza, labor dentro de la cual cumplía las funciones de venta de concentrados, venta de animales, asistencia a partos, consultas médicas de los canes vendidos, vacunación, desparasitación, suministro de medicamentos, entre otras. A la par, y por orden directa de su jefe ADRIANA TAVERA, apoyó la publicidad y comercialización de instrumental médico y ginecológico de propiedad de DOLPHIN MEDICAL, para lo cual se encargaba de generar una base de datos de clínicas y médicos, concertar citas con clientes, transportar insumos, organizar inventario de mercancía, incluso llegando a realizar labores de aseo de vitrinas de productos. Aunado, este Juzgado encuentra que a la accionante se le hacían estrictas recomendaciones en cuanto al horario de trabajo, dado que la jornada laboral se encontraba establecida en el horario de lunes a viernes de 9:00 a.m. a 6:00 p.m. con una hora de almuerzo, asimismo debía asistir a eventos y/o exposiciones caninas algunos fines de semana, así lo informó la señora CINDY GONZALEZ, quien se desempeñó como auxiliar veterinaria entre marzo a junio de 2016, indicando que al igual que la demandante, realizaba visitas a médicos para la venta de insumos quirúrgicos y que la comunicación que sostenía con los compradores se hacía en nombre de DOLPHIN MEDICAL. Corolario, se declarará la existencia de un contrato de trabajo suscitado entre la señora MARY STEFFANI CHACON BARAJAS en condición de trabajadora y las demandadas ADRIANA TAVERA CASTILLO y DOLPHIN MEDICAL Y CIA S.A.S. como empleadoras. En cuanto a los **extremos temporales** del vínculo laboral, no se tiene certeza del día exacto en que inició la vinculación laboral, sin embargo en el transcurso del proceso se probó que empezó en el mes de enero de 2016, por lo que resulta necesario recordar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha fijado el criterio según el cual en 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; así se expuso en la sentencia con radicación 37865 del 4 de noviembre de 2013, rememorando la sentencia del 22 de marzo de 2006 Rad. 25580, reiterada en decisiones del 28 de abril de 2009 Rad. 33849 y 6 de marzo de 2012 Rad. 42167. En ese sentido, es claro que la demandante prestó sus servicios para las demandadas por lo menos a partir del último día de enero de 2016, esto es desde el día 31, y así se declarará. Ahora, en

cuanto al día en que finiquitó la relación laboral, se tendrá como tal la fecha en que la demandante envió vía correo electrónico la comunicación de renuncia, que lo fue el 12 de julio de 2016. Con relación a la **remuneración devengada**, señaló la demandante en el hecho contenidos en el numeral 5° de la demanda, que en el manual de funciones se establecieron las condiciones salariales, acordándose un salario básico de \$1.000.000, más rodamiento por \$250.000 y comisiones equivalentes al 5% de las ventas o \$2.200.000, para un total de \$3.450.000; no obstante, aun cuando a folio 22 obra documento que incluye dichos rubros, tal prueba por sí sola no resulta suficiente para acreditar que ciertamente las partes hubieren convenido tal monto como salario, pues no obra dentro del expediente otra prueba que lo sustente. En consecuencia, para todos los efectos a que haya lugar, será el smlmv el que tendrá en cuenta este despacho como salario durante a la vigencia de la relación laboral... Realizó las operaciones y condenó a los pagos enunciados, así como al pago de auxilio de transporte causado durante la vigencia de la relación laboral, condenó también al pago de aportes del Sistema Integral de Seguridad Social. previo el cálculo actuarial que realice la entidad aseguradora correspondiente.... Consecuentemente, este Despacho condenará a las demandadas al pago en favor de la demandante de los respectivos aportes en pensión que correspondan por el periodo laborado entre el 31 de enero de 2016 al 12 de julio de 2016 conforme al smlmv, con destino al fondo de pensiones que la demandante escoja y de acuerdo al cálculo actuarial que la administradora de pensiones determine. En lo que atañe a la pretensión relaciona al pago de **aportes a seguridad social en salud**, se considera que la misma no procede, en la medida que tiene adoctrinado nuestro máximo Tribunal que lo que procede frente al hecho consumado del no pago a las contingencias de salud es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por esa omisión del empleador, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos, circunstancia que no acontece en el caso que nos ocupa... Con relación a la solicitada **indemnización moratoria**, es menester recordar que conforme el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia, para el estudio de esta indemnización se presume la mala fe del empleador que no realiza el pago de salarios y prestaciones sociales a la finalización del vínculo laboral, destacando que en el caso de marras dicha presunción no fue desvirtuada por las demandadas, pues brillaron por su ausencia medios de convicción tendientes a demostrar razones atendibles y que justificaran tal omisión, razón por la cual considera esta Juzgadora que en el sub lite debe darse aplicación al artículo 65 del C.S.T., esencialmente porque existe un retraso en el pago de las acreencias laborales que va desde el momento de la terminación de la relación de trabajo, esto es, desde el 12 de julio de 2016, pues la obligación de pagar salarios y prestaciones debidas a la trabajadora se debía cumplir al término de la relación laboral, y adicional, iterando que no se encuentra justificada la mora en el pago de los salarios y prestaciones sociales. En estos términos, se condenará a las demandadas a pagar a la demandante por concepto de indemnización moratoria la suma diaria de \$22.981 a partir del día 13 de julio de 2016 y hasta que se verifique el pago de las prestaciones objeto de condena. Finalmente, en lo que respecta a la solicitada **indexación**, las demandadas serán condenadas únicamente a pagar debidamente indexado el concepto de vacaciones, teniendo en cuenta que frente a las demás acreencias objeto de condena procedió la indemnización moratoria y en esa medida no es procedente una doble sanción por el mismo hecho...”

Inconformes con esta decisión los apoderados de las partes interpusieron recurso así: “

PARTE DEMANDANTE:

Parcialmente y sobre el numeral segundo de la sentencia, solicitando se valoren nuevamente las pruebas toda vez que las sumas han sido demostradas, es decir que los servicios profesionales son labores calificadas y por ello tienen una remuneración mayor luego se remuneran con un salario mayor al mínimo, luego todo debe ser liquidado con un salario mayor al mínimo esto es el inicialmente solicitado en la demanda, el cual fue probado y no desvirtuado por la demandada y dado que son labores calificadas como médica veterinaria.

DOLPHIN MEDICAL Y CIA SAS

Manifestando que fue claro dadas las pruebas que la señora Adriana Tavera, fue quien contrató a la demandante para que cuidara un criadero de perros y promoción de comida de animales actividad diferente a la que ejerce DOLPHIN MEDICAL, que se dedica a medicina humana y por tanto no le interesaba contratar una veterinaria pues su labor es ajena y extraña a los servicios y productos que ofrece DOLPHIN MEDICAL, sin que la actora sea vendedora médica, luego no podía distribuir sus productos. De otra parte, la demandada no le pagó nunca nada a la actora porque nunca fue su empleada.

ADRIANA TAVERA CASTILLO

Manifestando que contrario a lo señalado por la Juez no hay prueba de la relación laboral entre la demandada y la demandante, siendo demostrada que esta fue con la sociedad médica y si bien la señora TAVERA era representante legal de ella, no implica que haya coexistencia de contratos. De la documental no se puede colegir una relación independiente con la señora Tavera, la renuncia no puede ser tenida como prueba en contra ella y se está violando el proceso pues a nadie le está permitido fabricar su propia prueba. Los documentos son emanados de la persona jurídica que es diferente a la señora Tavera y si bien puede ser cierta a presunción legal esta es con la sociedad médica y no se puede con esta deprecarla con la persona natural señora Tavera. Se equivoca también el A Quo al tener en cuenta unas llamadas telefónicas, pues según la sentencia T 233 de 2007, las grabaciones de imagen o voz en el ámbito privado de las personas con destino a ser publicadas, son una violación a la intimidad personal si no son autorizadas por el titular del derecho y además en caso extremo el resultado implica sin más el quebrantamiento de su intimidad y por tanto no se puede presentar como prueba válida y se constituye en una violación a la privacidad y a la intimidad. No hay pruebas de una relación ni un acuerdo siquiera salarial con la señora Tavera y la demandante, porque no puede actuar como representante legal y como persona natural. No hay prueba de subordinación por parte del demandante con la señora Tavera y no puede ser esta prueba suplida con un indicio, que es lo único que existe. No es claro que

una persona testifique en contra de la señora Tavera cuando es clara la enemistad que existe la cual quedó demostrada incluso porque al testigo le adeudaba dinero y por ello decidió testificar....”

CONSIDERACIONES

En virtud de lo establecido en el art 66 A del C ST la Sala resolverá los recursos de apelación, comenzando por razones de método con los de las demandadas; en primer lugar, por el de DOLPHIN MEDICAL Y CIA SAS, cuyo argumento se limita a señalar que la demandante fue contratada por ADRIANA TAVERA y que su empresa no vende productos veterinarios por lo que no contrataría a una médica veterinaria.

Bien, lo primero que advierte la Sala es que en ninguno de los certificados de existencia y representación se menciona a la señora ADRIANA TAVERA CASTILLO, como representante legal de la empresa. No obstante, en la contestación de la demanda la parte demandada acepta que ella, fungió como tal hasta el 9 de marzo de 2016, fecha en la que fue remplazada por quien aparece en los certificados, DIANA ELIZABETH TRIVIÑO FERNANDEZ, todos de 2017, esto es, posteriores al cambio y sin que sobre agregar que según documental visible a folios 200 y 201, la señora TAVERA CASTILLO, fue empleada de la empresa DOLPHIN MEDICAL Y CIA SAS, hasta el 30 de abril de 2016.

De manera que para la fecha en que la parte actora dice empezó a laborar para la persona jurídica acá demandada, tenía como representante legal a ADRIANA TAVERA CASTILLO.

Aclarado lo anterior surgía necesario determinar si en verdad en esa calidad la señora TAVERA CASTILLO, contrató a la demandante para prestar servicios en favor de la persona jurídica que representaba o si por el contrario, la contrató como persona natural para laborar en una empresa diferente a DOLPHIN MEDICAL, y en su beneficio, que es lo que se sostiene en el recurso, o como se dice en la demanda para las dos.

Para ello era necesario entonces acudir a lo señalado en el artículo 23 del CST y a la presunción establecida en el art 24 del mismo ordenamiento, toda vez que tratándose de la existencia de contrato de trabajo la ley exige la coexistencia de tres elementos esenciales, a saber: i) la actividad personal del trabajador; ii) la continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto del empleador, entendida ésta, como la facultad del empleador para exigirle a su trabajador el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto a modo, tiempo o cantidad de trabajo, e

imponerle reglamento, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato y iii) el último de los elementos es el salario como retribución del servicio y también lo es que una vez reunidos estos tres elementos, -señala el artículo 23 del CST,- **se entenderá que existe contrato de trabajo y que no dejará de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.**

Teniendo en cuenta lo anterior era necesario también con base en las pruebas determinar y tener por demostrado el primer elemento esencial del contrato, esto es la prestación del servicio, para que se abra como se dijo ya, la presunción consagrada en el artículo 24 del CST, esto es **que toda relación de trabajo estaba regida por un contrato de trabajo, presunción que por ser una presunción legal, es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.**

Dicha carga probatoria le correspondía a la demandante y para ello aportó documental, básicamente correos electrónicos, que no fue tachada de falsa y que tal y como señaló la Juez, logran acreditar la prestación del servicio de la demandante desde enero de 2016, (Ver por ejemplo el correo del 21 de enero de 2016 fl 19, en donde se remite el manual de funciones, así como los correos promocionales, catálogos y productos de DOLPHIN MEDICAL (fl 20). Corroborar lo anterior toda la documental que aparece en los folios siguientes. (Ver folio 39 en donde se envía informe de gestión, en enero 22 o de la actora a la gerente de entonces, se itera, señorea TAVERA CASTILLO, informándole sobre congreso específicamente uno de piso pélvico, fl 45 titulado BANNER, por Adriana Tavera a la actora desde el correo instrumentaldolphinmedical@hotmail.com, o el envío a cursos de actualización en urología fl 47 y los que aparecen a folios siguientes todos relativos a productos médicos humanos).

Vale destacar que, aunque el recurrente asegura que, por ser una empresa de productos médicos para humanos, no contrataría una médica veterinaria, las pruebas justamente indican lo contrario, como por ejemplo los correos de marzo de 2016, dirigidos no solo a la actora, sino a la oficina Elizabeth, quien para ese momento la había remplazado en su cargo, informando sobre productos de la persona jurídica aca demandada, tales como cánulas endometriales pesarios para prolapso y otros. De manera que ese argumento no es admisible ni desvirtúa la contratación que a su riesgo e independientemente de la profesión de la demandante hizo a través de su representante.

Y es que no sobra recordar que al trabajador le basta con probar el primer elemento del contrato, esto es la prestación de servicio, para que se abra en su favor una ventaja probatoria en cuanto a la existencia del contrato y que en este caso; dicho elemento fue demostrado con creces, no solo con la documental aportada, sino con las demás pruebas, esto es declaraciones de testigos que fueron valoradas por las Juez en debida forma.

De manera que el argumento del recurrente, no tiene la fuerza para quebrar la sentencia apelada, pues nada hizo para desvirtuar la presunción que obraba en su contra, más que afirmar que la demandante fue contratada por una empleada, lo que si bien puede ser cierto no excluye que el servicio se haya prestado en su favor, lo que caracteriza el contrato de trabajo. (art 22 del C S T.

Resuelto el recurso de la persona jurídica se resuelve el presentado por el curador ad litem de la señora ADRIANA TAVERA CASTILLO.

Lo primero que advierte la Sala es que, de vieja data, esto es con sentencias que datan de 1959 (dic 16), la Corte ha aclarado que al trabajador solo le basta probar la prestación del servicio para que opere la presunción del artículo, sin que deba entonces, acreditar la subordinación y/o el salario, como equivocadamente sostiene el recurrente. Señaló la CSJ:

*“Si para configurarse la existencia de un contrato de trabajo fuese indispensable la demostración plena de los tres elementos o requisitos fundamentales señalados por el artículo 23 del Código sustantivo del Trabajo, ello significaría que la norma del 24 sería inoperante e inocua. Por el contrario, con la demostración del servicio, **se presume el contrato de trabajo, sin que sea necesario, en general producir la prueba de subordinación”**.*

Si la parte en contra de la cual obra la presunción, nada hace para desvirtuar esta presunción legal, mediante la demostración del hecho contrario, debe inevitablemente sufrir las consecuencias adversas de la decisión del litigio, pues está definido se itera ya que al trabajador le basta con probar la prestación del servicio. Y nada hizo la demandada como persona natural para desvirtuarla porque no compareció al proceso, luego fácil sería que esta conducta además la beneficiara, cuando la parte actora ha cumplido con su carga probatoria demostrando el servicio.

Ahora bien, en cuanto a la prueba supuestamente ilícita, que ahora en el recurso se cuestiona, porque dicho sea de paso cuando se decretaron las pruebas, nada se dijo al respecto; basta con decir que aun, obviando los audios de las llamadas, la

prestación del servicio quedó acreditada, no solo con los correos antes mencionados, sino con las declaraciones de los testigos, varios; sin que tampoco sea cierto que pueda prosperar una tacha de un testigo solo porque se afirme que existe enemistad, como pretende el recurrente; encontrando la Juez que estos fueron claros, que aportaron, certeza y dieron fe de la labor de la actora no solo para la persona jurídica, como afirma el recurrente, sino para la persona natural, pues también quedó acreditado que la persona jurídica y el negocio denominado terranova del castillo Tavera, funcionaban en el mismo lugar. (Vale recordar que este fue el único hecho aceptado en la contestación de la demanda. Ver respuesta al hecho 8 FL 176).

No sobra agregar que la sentencia de tutela a la que acude el recurrente, desde luego con efectos inter partes, no aplica en este caso, dado su especial relación a un proceso penal y aunque esta Sala no desconoce que, en un proceso laboral, pueda llegar a considerarse un medio probatorio ilícito, lo que conduciría en un ejercicio de interpretación a su exclusión,; **ello supone que hayan sido obtenido con vulneración de derechos fundamentales**, lo que en este caso no se evidencia, pues las llamadas aportadas reflejan ser el resultado de conversaciones amistosas, no solo para determinar el inicio de una relación laboral sino posterior a ello como mecanismos para impartir instrucciones en el desarrollo del contrato. Lo anterior también fue explicado por la Corte Constitucional en sentencia T-916 de 2018, en la que se explican las reglas de exclusión en materia probatoria y que solo se trae a colación en gracia de discusión, pues como ya se dijo no solo con base en esas grabaciones se acreditó la prestación del servicio. En esa providencia la Corte señaló: *“En suma, la doctrina constitucional en relación con la “regla de exclusión en materia probatoria”, ha establecido que (i) no toda irregularidad en el decreto, práctica y valoración probatoria, implica automáticamente afectación del debido proceso....”*; sin que sea cierto que se haya fabricado una prueba como asegura el recurrente también en sus alegaciones, por lo que sus argumentos no tiene tampoco la fuerza para quebrar la sentencia apelada.

Resuelto el recurso de las demandadas se resuelve el de la parte demandante, advirtiendo desde ya que no está llamado a prosperar.

Aduce la recurrente que la demandante; -medica veterinaria-; por ejercer labores calificadas debe recibir un salario mayor que el mínimo, esto es que se expresó en la demanda.

Al respecto y sin desconocer que un profesional, como la demandante en este caso usualmente devenga más del mínimo legal, lo cierto es que el salario es un elemento eminentemente consensual, es objeto de pacto y no basta con afirmar una cifra, sino

que esta debe aparecer acreditada, con exactitud, por quien tiene esta carga probatoria es decir la parte actora; lo que no implica que si no existe la prueba deban desecharse las pretensiones, pues si no se logra debe tomarse como hizo la Juez el mínimo legal para efecto de determinar los derechos causados.

De manera que no bastaba como pretende la recurrente con solicitar una cifra en la demanda para tener como cierto que esa fue la pactada y como quiera que no se aportó prueba alguna al respecto, no quedaba otro camino diferente a la liquidación con el salario mínimo legal, por lo que se **CONFIRMARÁ** la sentencia en todas y cada una de sus partes.

Por último, en cuanto a la solicitud de terminación del proceso elevada por la sociedad demandada, se tiene que esta no es la facultada para elevar dicha solicitud.

Sin costas en esta instancia

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA.

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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY



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

PROCESO ORDINARIO No. 29-2020-00373-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JAIME ORLANDO PEÑA SALAZAR
DEMANDADO: UGPP

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada UGPP revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 01 de septiembre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante y la UGPP.

ANTECEDENTES

El señor JAIME ORLANDO PEÑA SALAZAR por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que fue retirado de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero el 27 de junio de 1999; que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo



1998-1999 suscrita el 15 de abril de 1998 entre la CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO y el SINDICATO NACIONAL DE LOS TRABAJADORES DE LA CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO “SINTRACREDITARIO”; que la CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO le reconoció una pensión convencional con base en el artículo 41 de la convención; que el derecho pensional convencional se consolidó el 27 de junio de 1999 con el retiro de la trabajadora por decisión del empleador y por haber laborado 20 años a dicha entidad; que adquirió el estatus de pensionado antes de entrar en vigencia el Acto Legislativo 01 del 2005; que tiene derecho a la mesada adicional de junio o mesada 14. Como consecuencia, se le CONDENE a la UGPP a reconocer y pagar la mesada 14 desde junio de 2007, junto con la indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 05 a 06 archivo 001Demanda).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero por más de 20 años; que el empleador le dio por terminado el contrato de trabajo el 27 de junio de 1999; que al momento del despido tenía más de 20 años y no había cumplido los 55 años de edad; que adquirió el derecho a la pensión convencional el 27 de junio de 1999 (fecha en que fue despedido) la cual se hizo exigible una vez cumplió la edad de 55 años, esto es, el 29 de noviembre de 2006; que la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en liquidación emitió la Resolución N° DP 06099 por medio de la cual se reconoció una pensión de jubilación convencional indexada a partir del 29 de noviembre de 2006; que la primera mesada pensional se le pagó en cuantía de \$835.835,75 que equivale al 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios a la Caja Agraria; que al momento de ser reconocida el 29 de noviembre de 2006 fue indexada elevando la cuantía a la suma de \$1'317.951,98; que le reconoció el pago de la mesada 14, pero que posteriormente de manera unilateral suspendió el pago de dicha mesada. (fls. 04 a 05 archivo 001Demanda).



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la UGPP**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó no constarle ninguno. Propuso las excepciones de mérito que denominó ausencia de fundamentos jurídicos para solicitar el pago de la mesada adicional, incumplimiento de los requisitos establecidos en el Acto legislativo 01 de 2005 por la parte actora para ser beneficiario de la mesada 14 o mesada adicional de junio, prescripción, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos expedidos por la entidad de pensiones, compartibilidad pensional de la pensión convencional y la pensión legal y la innominada. (fls. 03 a 10 archivo 001Demanda).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL - UGPP -, representada legalmente su gerente y/o por quien haga sus veces a reconocer y pagar al demandante JAIME ORLANDO PEÑA SALAZAR, la mesada 14, a partir del 29 de noviembre de 2006.

SEGUNDO: ORDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL - UGPP -, representada legalmente su gerente y/o por quien haga sus veces a reconocer y pagar al demandante JAIME ORLANDO PEÑA SALAZAR, el retroactivo pensional de la mesada 14 causado, indexado conforme al IPC certificado por el DANE al momento de su pago.

TERCERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción, respecto de las mesadas 14 causadas con anterioridad al 28 de noviembre de 2016.

CUARTO: DECLARAR que la pensión convencional reconocida tiene el carácter de compartida, con la que le otorgue Colpensiones, quedando a cargo de la demandada UGPP el mayor valor si a ello hubiese lugar, incluida la mesada 14.

QUINTO: COSTAS a cargo de la entidad demandada incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

SEXTO. CONSÚLTESE la presente sentencia con la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá en caso de no ser recurrida y anéxese la liquidación hecha por el Despacho. -”



Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que está probado que se le reconoció una pensión de carácter convencional a partir del año 2006, fecha en que cumplió los 55 años de edad. Que no se discute que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo. Que conforme a la línea jurisprudencial de la CSJ tanto en la pensión legal como la convencional se debe entender que el derecho se causó al cumplirse el requisito de tiempo laborado y con la terminación del contrato, pues la edad es tan sólo un requisito de exigibilidad. Indica que la pensión convencional es compartible en virtud de los señalado en el Acuerdo 029 de 1985, quedando a cargo del empleador únicamente el mayor valor si lo hubiere. Que se debe declarar probada parcialmente la excepción de prescripción, por lo que sólo se condena a la mesada 14 desde el año 2017.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **UGPP** interpuso recurso de apelación argumentando que el AL 01 del 2005 introdujo una serie de reformas en el sistema pensional y entre ellas la relativa al número de semanas, fijando un límite de 13 mesadas. Que al demandante se le reconoció una pensión de jubilación convencional; pensión que supera los 3 SMMLV. Solicita se revoque la condena en costas, pues no se probó que haya actuado de mala fe. Solicita se autoricen los descuentos en salud, los cuales son de carácter obligatorio.

CONSIDERACIONES

No fue objeto de debate la relación laboral sostenida por el demandante y la Caja de Crédito Agrario Industrial, la que tuvo vigencia entre el 25 de mayo de 1974 al 27 de junio de 1999, esto es, por más de 20 años conforme se observa en la Resolución RD 06099 del 08 de mayo del 2008. (fls. 19 a 21 archivo 001Demanda)

Tampoco en que le fue reconocida la pensión contemplada en el art. 41 de la convención colectiva con vigencia 1998-1999, por ser beneficiario de dicho instrumento cuando se encontraba vigente el vínculo laboral que



sostuvo con la extinta Caja Agraria, conforme se observa en la Resolución RD 06099 del 08 de mayo del 2008. (fls. 19 a 21 archivo 001Demanda)

Mesada 14

Ahora, en lo que refiere a la interpretación del párrafo transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, conforme al criterio que impera en la Sala de Casación Laboral¹, al tratarse la prestación peticionada de una pensión de jubilación regulada por el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajadores para la vigencia 1998-1999 celebrada entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Crédito Público y la organización sindical Sintracreditario, es posible contrastar la prestación que se reclama con lo normado en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, toda vez que para la causación del derecho pensional se requiere cumplir únicamente con el tiempo de servicios, esto es, 20 años continuos o discontinuos al servicio de la extinta Caja de Crédito Agrario y Minero siendo la edad simplemente un requisito de exigibilidad, mas no de causación.

Así las cosas, de la simple lectura del párrafo 1° del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo que se analiza, lo que se infiere sin mayor esfuerzo es que convencionalmente no se acordó que junto con el tiempo de servicios el trabajador activo tenía también que cumplir la edad correspondiente, puesto que lo que dice la norma convencional es que el trabajador que se retira o es retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años en el caso de los hombres o del actor, y 50 en el caso de las mujeres, tienen derecho a la pensión convencional de jubilación **una vez cumplan la edad mencionada**, siempre y cuando haya reúna el requisito de 20 años de servicios prestados a la institución, tiempo se acredita en el presente caso.

En consecuencia, procede reiterar a la entidad recurrente que el cumplimiento de la edad requerida en la convención bajo análisis, no es más que un requisito habilitante o de exigibilidad que no puede confundirse con la

¹ CSJ SL289 Rad.62107 del 14 de febrero de 2018, SL526 Rad.63158 del año 2018 y SL5030 de 2019.



naturaleza de causación de la cual si goza el cumplimiento de tiempo de servicios.

Considera la Sala que la interpretación que realizó el juzgado respecto del párrafo transitorio 3° del Acto legislativo 01 de 2005 es acertada, ya que en el presente caso la situación pensional de carácter convencional del actor se causó con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, a la fecha de su retiro del servicio, que quedó determinado, ocurrió antes del año 2005, y por lo tanto, con posterioridad al 31 de julio de 2010, al demandante solo le bastaba alcanzar la edad de los 55 años de edad como única exigencia para consolidar el derecho pensional, los que alcanzó el 29 de noviembre del 2006 (fl. 18 archivo 001Demanda), sin que el límite temporal del 31 de julio de 2010 que estableció el legislador lo afectara, toda vez que la disposición contenida en la primera parte del párrafo transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, le permitió conservar la expectativa de acceder al derecho pensional, como en efecto ocurrió. En consecuencia, tiene derecho al reconocimiento pensional que depreca en los términos del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo visible a folio 36 y s.s. del archivo 001Demanda.

Reconocimiento que debe ser efectuado por la demandada, en virtud de lo previsto en los Decretos 255 de 2000 y 2842 de 2013, este último le otorgó a la entidad demandada la competencia para asumir el pago de las obligaciones pensionales a cargo de la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, quedando acreditado en el presente que por ser la prestación a reconocerse, de naturaleza convencional, estaba a cargo de la empleadora del actor, debiendo ser su pago asumido por la demandada.

De otra parte, procede señalar que de antaño ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que la pensión convencional bajo estudio, tiene el carácter de **compartible** con la de vejez reconocida en este caso por Colpensiones, así lo reiteró en pronunciamiento 76633 del 30 de octubre de 2019, M.P. Jorge Luis Quiroz Alemán:



Para lo anterior, resulta necesario precisar que esta Sala de la Corte ha indicado que la regla general es que las pensiones de jubilación de origen extralegal y la de vejez, cuando aquella se causa con posterioridad al 17 de octubre de 1985, se tornan compartibles, lo que constituye el fundamento esencial de la decisión del tribunal para absolver a la demandada, en tanto dedujo que el derecho pensional fue reconocido el 1° de diciembre de 1987. En sentencia CSJ SL2963-2018, 25 de jul. 2018, se explicó:

Subrogación y compartibilidad

Dada la naturaleza de las pensiones, el legislador desde los inicios del derecho laboral, con la expedición de la Ley 6ª de 1945, previó que el pago de estas sería asumido por el Seguro Social Obligatorio, organización que objetivamente se entendía le resultaba garantista a los asalariados frente al cumplimiento de la referida obligación; pero ante la inexistencia material de dicha entidad en ese momento, pues su surgimiento data de la expedición de la Ley 90 de 1946 y, mientras pudiera hacer efectiva su función, cosa que empezó a ocurrir después del 1° de enero de 1967 de forma paulatina en el país, radicó en cabeza de los empleadores el deber de reconocer y pagar las pensiones.

Posteriormente, y ante el hecho de que los trabajadores pueden ser beneficiarios de pensiones extralegales y simultáneamente acreedores de la pensión de vejez, la ley reguló la forma como a partir del 17 de octubre de 1985, operaría la subrogación de la obligación; así expidió el Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 de ese año, y posteriormente el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en el que claramente dispuso:

COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES EXTRALEGALES. *Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, **el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado.** (Negrillas y subrayado de la Sala).*

PARÁGRAFO. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales.

Conforme criterio jurisprudencial en cita, al haberse causado el derecho pensional de jubilación del actor como se vio, con posterioridad al 17 de octubre de 1985, esta resulta compartible con la de vejez que le pueda llegar a reconocer COLPENSIONES debiendo en caso tal reconocer a la aquí demandada el mayor valor causado entre la de vejez y la de jubilación como se señala en primera instancia.



En cuanto al término prescriptivo, aspecto que se revisa en **consulta**, es bien sabido que el derecho pensional objeto de discusión al interior del presente proceso es imprescriptible, no así, sobre las mesadas pensionales que se causen con ocasión al reconocimiento de la prestación y que no sean reclamadas en el término de tres años siguientes a su causación, de conformidad con lo establecido en los artículos 488 del C.S.T., y 151 del C.P.T. y de la S.S.

Por lo anterior, en el presente caso a folio 18 del archivo 001Demanda se observa que el actor alcanzó los 55 años de edad el 29 de noviembre de 2006, presentando la reclamación ante la demandada de la mesada 14, el 28 de noviembre del 2019, como se observa a folio 23 del archivo 001Demanda y, se impetró la presente demanda, el 03 de noviembre del 2020 (fl. 111 archivo 001Demanda), por lo que se debe declarar probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con las mesadas 14 causadas con anterioridad al 28 de noviembre del 2016, tal y como lo señaló el fallador de primera instancia.

Costas procesales

En cuanto al argumento de Colpensiones respecto a la condena en costas, se observa que no es procedente absolverla de la misma, como quiera que fue vencida en juicio en los términos del numeral 1 del artículo 365 del CGP.

Descuentos aportes en salud

Debe empezar la Sala por recordar que dicho descuento se debe hacer por mandato legal conforme al artículo 143 de la Ley 100 de 1993 que dispone que “...La cotización para salud establecida en el Sistema General de Salud para los pensionados, está, en su totalidad, a cargo de estos...” de manera que dicho descuento debe hacerse desde el mismo momento en que la persona ostenta dicha calidad, es decir, desde la fecha en que se le reconoce la pensión.

Frente a este tema, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 47528 de 2012 señaló:



“debe decirse que, siendo claro el contenido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, no queda más al pensionado que asumir el pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, resultando natural que lo haga desde el momento mismo en que ostenta tal calidad. “Es lógico pensar que debe el demandante aportar para efectos de la financiación del sistema contributivo, de tal forma que, a pesar de que no hubo prestación del servicio de salud por cuanto en estricto sentido no estaba aún afiliado, mal puede ignorar el sentenciador la carga que a aquél le impone la ley de pagar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, precisamente en razón a su condición de pensionado.

“Ciertamente, de no efectuarse los descuentos del retroactivo pensional para el Sistema General de Seguridad Social en Salud, no sólo se desconocerían los principios que debe observar la prestación del servicio público esencial de seguridad social consagrados en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, en especial, los de universalidad y solidaridad, sino también los rectores del servicio público de la seguridad social en salud de que trata específicamente el Decreto 1920 de 1994.

“Adicionalmente, se advierte que, al no efectuarse el descuento de los aportes para salud, podrían verse comprometidos los derechos del demandante de acceder a los servicios de alto costo que requieren un mínimo de semanas cotizadas, conforme lo dispone el artículo 164 de la Ley 100 de 1993.”

En igual sentido, la CSJ en sentencia SL 2447-2021 reiteró lo expuesto de antaño señalando:

“la Sala ha sostenido reiteradamente que, por ministerio de la ley, las entidades pagadoras de pensiones se encuentran en la obligación de descontar la cotización correspondiente al sistema de seguridad social en salud y transferirla a la EPS o entidad a la cual esté afiliado el pensionado, de conformidad con lo estatuido en los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994. (Ver CSJ SL4649-2018 y SL2234-2019, entre otras).



En efecto, dijo la Corte que, dado que la cotización destinada a financiar el sistema de seguridad social en salud está a cargo de los pensionados, en su totalidad, desde el momento en el que adquieren esa calidad, y que efectuar las correspondientes deducciones sobre la mesada, para tales efectos, representa una de las obligaciones típicas de cada fondo de pensiones, que opera por mandato legal insoslayable, resulta forzoso concluir que no es necesaria alguna declaración judicial tendiente a reconocer ese deber o a imponerlo, como se venía concibiendo en anteriores oportunidades.

En ese sentido, para esta Corporación el hecho de que el respectivo juzgador de instancia no confiera una autorización expresa al fondo de pensiones para realizar los descuentos con destino al sistema de salud no se puede traducir, en manera alguna, como una negación de esa potestad.

Por lo expuesto, como no era indispensable instituir expresamente alguna autorización a la entidad accionada para descontar las sumas correspondientes al sistema de seguridad social en salud, junto con la condena al pago de pensión, el Tribunal no incurrió en los errores jurídicos denunciados en el ataque por no referirse al tema, pues, se reitera, es mandato legal llevar a cabo los descuentos al sistema general de salud sobre las mesadas pensionales.”

Por lo anterior, es claro se deberá adicionar la sentencia apelada para autorizar que la UGPP descuenta del valor adeudado lo relativo a los aportes en salud.

Sin costas en esta instancia.

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



R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído, para **AUTORIZAR** a la UGPP que descuente de las sumas adeudadas el valor de los aportes en salud, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO FERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 06-2019-00285-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: SONIA DURÁN CÉSPEDES
DEMANDADO: FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 22 de octubre de 2021.

ANTECEDENTES

La señora SONIA DURÁN CÉSPEDES por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que el FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA es el obligado a reconocerle y pagarle la sustitución pensional vitalicia a partir del 06 de abril de 2016 por el fallecimiento de su compañero permanente JORGE OLARTE MORENO (q.e.p.d.), junto con los intereses moratorios y las costas del proceso. (fls. 4 a 5).



HECHOS

Fundamentaron sus pretensiones señalando que el señor JORGE OLARTE MORENO (Q.E.P.D.) ostentaba al momento de su fallecimiento el carácter de pensionado de la hoy extinta FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a través de Resolución de 1991 desde el 16 de mayo de 1991; que el señor OLARTE MORENO falleció el 06 de abril del 2016; que el 10 de enero de 2010 comenzó a convivir con el causante en unión libre, compartiendo techo, lecho y mesa; que no procrearon hijos; que la demandante nació el 17 de abril de 1969, por lo que para la fecha del fallecimiento de su compañero tenía 45 años de edad; que siempre ha sido ama de casa; que durante la convivencia dependió económicamente del señor OLARTE MORENO; que el 06 de mayo de 1989 contrajo matrimonio con el señor EUSEBIO ROBLES MORENO y que posteriormente, el Juez Segundo promiscuo de Familia de Bucaramanga el 20 de marzo de 1998 a petición del señor ROBLES decretó el divorcio y la consecuente cesación de los efectos civiles del matrimonio que habían contraído; que solicitó el reconocimiento de la sustitución pensional, sin obtener una respuesta favorable. (fls. 3 a 4).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, el **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 3, 4, 5, 11, 14, 15 y 16 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó buena fe y confianza legítima, presunción de legalidad y la genérica. (fls. 26 a 33).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“CONDENAR al FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a reconocer y pagar la pensión de sobreviviente a favor de la demandante SONIA DURÁN CÉSPEDES en forma vitalicia a partir del 07 de abril del 2016 día siguiente a la muerte del causante en la cuantía que venía percibiendo el antes citado



al momento de su muerte junto con los aumentos legales, las mesadas adicionales y los intereses moratorios regulados por la Ley 100 de 1993 artículo 141 a partir del vencimiento del término de gracia de 2 meses contados a partir de la solicitud de la pensión en mayo 10 de 2016 mes a mes hasta que se produzca el pago total de la obligación. La excepción de prescripción se declara no probada de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. Costas a cargo de la parte demandada. Se fija la suma de \$3'500.000 como Agencias en Derecho" (CD fl. 66)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que la demandante cumple con los requisitos establecidos en la Ley 797 del 2003 para que se le sustituya la pensión que le venía siendo reconocida a su compañero permanente en vida, como quiera que cuenta con más de 30 años de edad y probó haber convivido con el causante desde enero de 2010 al 06 de abril del 2016 fecha del fallecimiento. Indica que la demandada tenía 2 meses para reconocer la pensión de sobreviviente y a partir del día siguiente comienzan a correr los intereses moratorios, los cuales se generan por el solo hecho del pago tardío. Indica que se debe declarar no probada la excepción de prescripción como quiera que la demanda la presentó dentro del término trienal establecido por el legislador.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandada** interpone recurso de apelación argumentando que no se encuentra conforme con la condena impuesta por intereses moratorios, pues se debe entender que la mora en el pago de las mesadas se da cuando hay un reconocimiento ya previo a la pensión y en este caso es hasta este momento que se está haciendo el reconocimiento. Señala que la mora se produciría es si después del reconocimiento existiera un retardo en el pago de las mesadas pensionales. En cuanto a las costas y agencias en derecho señala que si bien no se opone a la sustitución pensional de la demandante, lo cierto es que la demora en el reconocimiento se dio porque en sede administrativa no quedó claridad absoluta de que la demandante sea propiamente compañera permanente y haya acreditado los requisitos de la Ley 797 del 2003 para poder ser reconocida como beneficiaria; razón por la cual correspondía a los Jueces estudiar el material probatorio para determinar si es o no beneficiario de la sustitución pensional. Aduce que la demora que se presentó en este trámite no es una culpa reprochable a la demandada, sino que es una disposición



legal por lo que no se le puede imponer el pago de costas y agencias en derecho.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de apelación formulado por la parte demandada, la sala determinará en **apelación** si hay lugar a condenar al Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia al pago de intereses moratorios y costas procesales.

No fue objeto de reproche la fecha de defunción del señor Jorge Olarte Moreno (q.e.p.d.), que como quedó determinado en instancia, corresponde al 06 de abril del 2016 (fl. 9).

Pues bien, tal como lo tiene sentado la Corte Suprema de Justicia entre otras en la sentencia SL 2057-2022, la normatividad aplicable a efectos de reconocimiento pensional de sobreviviente, es la vigente a la fecha del fallecimiento del causante, que para el caso bajo estudio corresponde a la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003.

Tampoco se discute que la señora Sonia Durán Céspedes cumple con los requisitos establecidos por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 del 2003 en su condición de compañera permanente, pues logró acreditar que a la fecha del fallecimiento del señor Olarte Moreno contaba con más de 30 años de edad y que convivió con el por más 5 años antes de su fallecimiento.

Ahora, en cuanto a la inconformidad presentada por la apoderada de la demandada frente a la condena impuesta por **intereses moratorios** debe recordársele que conforme lo ha enseñado la CSJ entre otras en la sentencia SL 14528-2014 reiterada en la SL 3004-2022 los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 deben imponerse siempre que exista retardo en el pago de las mesadas pensionales, independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento de la demandada o de las



circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, pues se trata simplemente de un resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que produce la mora en el cumplimiento de las obligaciones pensionales, dado el carácter resarcitorio y no sancionatorio de dichos intereses.

Indicando además la Corte en su jurisprudencia que existen salvedades que exoneran de la imposición de los intereses moratorios deprecados, como lo es que fluyan razones atendibles al amparo del ordenamiento jurídico vigente al caso decidido o por aplicación de reglas jurisprudenciales o ante la existencia de conflicto de beneficiarios.

Sin embargo, en ninguna de ellas puede encuadrarse la situación de la demandante, como quiera que para el reconocimiento de la sustitución pensional no se aplicaron reglas jurisprudenciales sino la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003 y no se evidencia que en sede administrativa existiera un conflicto de beneficiarios.

Finalmente, tal y como lo ha reiterado la CSJ los intereses moratorios de la pensión de sobrevivientes de la Ley 797 de 2003 se causan una vez vencido el plazo de dos meses después de presentada la reclamación para el reconocimiento de la prestación, conforme al término que concede el artículo 1 de la Ley 717 de 2001 a las entidades de seguridad social, por lo que contrario a lo señalado por la apoderada de la demandada no sólo proceden frente a las pensiones ya reconocidas, sino también cuando la entidad de seguridad social excede el término de 2 meses con que cuenta para reconocer el derecho pensional.

En cuanto a la condena en costas, se tiene que dicha decisión no será objeto de modificación por cuanto la demandada resultó vencida en el trámite procesal en los términos del numeral 1 del artículo 365 del CGP.

En consecuencia, no queda otro camino que confirmar la decisión impartida en primera instancia.



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

RESUELVE

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

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 10-2017-00095-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: ANA ELIZABETH SARMIENTO CORTÉS

DEMANDADO: UGPP

TERCERO AD EXCLUDENDUM: IGNACIA BELLO VILLALOBO

TERCERO AD EXCLUDENDUM: ERIC DE JESÚS BARRERA BELLO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la UGPP, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 19 de julio de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante y la UGPP.



ANTECEDENTES

La señora ANA ELIZABETH SARMIENTO CORTES por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se CONDENE a la UGPP al pago de la pensión de sobreviviente de que trata el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en su calidad de cónyuge supérstite de JORGE ENRIQUE BARRERA OVIEDO (q.e.p.d.) a partir del 24 de mayo del 2016, junto con los intereses moratorios y las costas del proceso. (fl. 20).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que el día 24 de mayo del 2016 falleció el señor JORGE ENRIQUE BARRERA OVIEDO quien se encontraba disfrutando de su pensión; que la actora contrajo matrimonio con el causante el 25 de julio de 1971; que de tal unión procrearon 4 hijos todos mayores de edad; que convivió con el causante bajo el mismo techo hasta 1996 cuando por abandono del cónyuge se separaron de hecho; que después de la separación continuó la ayuda del causante; que no se divorciaron, ni liquidaron su sociedad conyugal; que solicitó ante la UGPP el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, la cual fue dejada en suspenso por la entidad ante la concurrencia de la señora IGNACIA BELLO VILLALOBOS quien se presentó reclamar la pensión en condición de compañera permanente. (fls. 19 a 20).

CONTESTACIÓN DE LA UGPP

Al contestar la demanda, **la UGPP**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 7°, negó el 8 y el 10 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó no existe responsabilidad de la entidad de pensiones cuando ha actuado en cumplimiento de lo ordenado por la Ley 1204 de 2008 cuando existe conflicto de beneficiarios de pensión, buena fe de la entidad demandada, inexistencia de la obligación en caso que la demandante no



demuestre su calidad de beneficiaria de la pensión de sobreviviente demandada, buena fe, prescripción y la genérica. (fls. 65 a 71).

DEMANDA INTERVINIENTES AD EXCLUDENDUM

La señora IGNACIA BELLO VILLALOBO en su condición de compañera permanente y ERIC DE JESÚS BARRERA BELLO al ser vinculados al presente proceso presentaron demanda ordinaria laboral en la cual solicitaron el reconocimiento en su favor de la pensión de sobreviviente por el fallecimiento del señor JORGE ENRIQUE BARRERA OVIEDO junto con los intereses moratorios. (fl. 107)

Como fundamento de sus pretensiones señalaron que al señor JORGE ENRIQUE BARRERA OVIEDO en vida fue pensionado mediante la Resolución N° 2610 del 22 de noviembre del 2004; pensión que le fue reliquidada mediante la Resolución N° 03000 del 07 de febrero del 2012; que la señora IGNACIA BELLO convivió con el causante en unión marital de hecho por más de 28 años; que de esa unión nació ERIC DE JESÚS BARRERA BELLO; que el señor JORGE ENRIQUE falleció el 24 de mayo del 2016; que mantuvieron la convivencia hasta la fecha del fallecimiento; que solicitaron a la UGPP el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, sin obtener una respuesta favorable; que la señora IGNACIA fue quien acompañó al causante durante su enfermedad; que tanto la señora IGNACIA como su hijo dependían económicamente del causante. (fls. 105 a 107)

CONTESTACIÓN DE LA SEÑORA ANA ELIZABETH SARMIENTO (DEMANDA INTERVINIENTES AD EXCLUDENDUM)

Al contestar la demanda, la señora **ANA ELIZABETH SARMIENTO**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1 y 5, dijo ser parcialmente cierto el 3, negó el 10, afirmó que el 11 no era un hecho



y manifestó no constarle los demás. Propuso la excepción de mérito que denominó cobro de lo no debido. (fls. 158 a 166).

CONTESTACIÓN DE LA UGPP (DEMANDA INTERVINIENTES AD EXCLUDENDUM)

Al contestar la demanda, **la UGPP**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos afirmó que el 11 y 13 no son un hecho y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó no existe responsabilidad de la UGPP cuando ha actuado en cumplimiento de lo ordenado por la Ley 1204 de 2008, ante el conflicto entre beneficiarias de pensión, requisitos incompletos en vía administrativa por parte de ERICK BARRERA, inexistencia de la obligación en caso que la demandante no demuestre su calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes demandada, inexistencia de la obligación en caso que el interviniente excluyente ERICK BARRERA no demuestra la incapacidad económica en razón a los estudios posteriores al cumplimiento de la mayoría de edad, prescripción, buena fe y la innominada. (fls. 175 a 182 y 190 a 197).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: Declarar que la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTION PENSIONAL Y CONTIBUCIONES PARAFISCALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL – UGPP – debe reconocer la pensión de sobreviviente de manera proporcional a la señora ANA ELIZABETH SARMIENTO CORTES en su condición de cónyuge supérstite del señor JORGE ENRIQUE BARRERA OVIEDO y también deberá reconocer pensión de sobreviviente de manera proporcional en su condición de compañera permanente del causante JORGE ENRIQUE BARRERA OVIEDO a la señora IGNACIA BELLO VILLALOBOS y de igual manera la pensión de sobreviviente de manera proporcional y



en los términos indicados en la parte motiva de esta providencia al señor ERICK DE JESUS BARRERA BELLO en su condición de hijo del señor JORGE ENRIQUE BARRERA OVIEDO, esta pensión de sobreviviente se reconoce a partir del 24 de mayo de 2016 en el valor de la mesada inicialmente que venía percibiendo el señor JORGE ENRIQUE BARRERO OVIEDO en cuantía de \$ 1.699.788.11 y con los incrementos anuales legales correspondientes y debe pagarse entonces en la siguiente proporción del 24 de mayo de 2016 al 30 de junio de 2016 y enero a junio de 2017 50% de la mesada pensional al señor ERICK DE JESUS BARRERA BELLO y en estos periodos correspondientes el otro 50% a las señoras ANA ELIZABETH SARMIENTO CORTES el 17.56%, a IGNACIA BELLO VILLALOBOS el 82.44% periodo 24 de mayo de 2016 al 30 de junio de 2016 y enero a junio de 2017 y a partir del 1 de julio de 2017 en adelante el 100% de la pensión a las señoras ANA ELIZABETH SARMIENTO CORTES el 17.56%, a IGNACIA BELLO VILLALOBOS el 82.44% y deberá pagar por parte de la UGPP a los demandantes retroactivo pensional total al señor ERIC DE JESUS BARRERA BELLO la suma de \$ 6.437.947.63; retroactivo del 24 de mayo de 2016 al 31 de julio de 2021 a las señoras ANA ELIZABETH SARMIENTO CORTES la suma de \$ 21.185.041.19; IGNACIA BELLO VILLALOBOS la suma de \$ 99.458.702.30, sumas que deberán ser debidamente indexadas desde la fecha de su causación hasta la fecha realmente incluida en nómina y debidamente canceladas, igualmente se autoriza a la UGPP descontar de los valores pagado por concepto de retroactivo los aportes a salud, de conformidad a la parte motiva.

SEGUNDO: Declarar parcialmente la excepción propuesta por la UGPP No existe responsabilidad de la UGPP cuando ha actuado en cumplimiento de lo ordenado por la ley 1204 de 2008, cuando existe conflicto entre beneficiarias de pensión, con relación a los intereses señalados por el art 141 ley 100/93, Se Absuelve de esta pretensión, declarar no probadas las excepciones propuestas por la demandante señora ANA ELIZABETH SARMIENTO y la UGPP, por las razones expuestas



TERCERO: CONDENAR en costas de esta instancia a U.G.P.P. y a favor de la parte demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de Agencias en Derecho la suma de ANA ELIZABETH SARMIENTO \$ 1.000.000; IGNACIA BELLO VILLALOBOS y ERIC DE JESUS BARRERA BELLO la suma de \$ 6.000.000, en la proporción de ERIC DE JESUS BARRERA BELLO el 7% y IGNACIA BELLO VILLALOBOS 93%

CUARTO: De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.” (archivo 20. 2018-096 ACTA FALLO)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que la pensión de sobreviviente tiene como finalidad proteger a la familia como núcleo fundamental de la sociedad. Que la norma que se debe aplicar es la vigente al momento del fallecimiento. Que el señor JORGE ENRIQUE BARRERA OVIEDO falleció el 24 de mayo del 2016 por lo que la normatividad vigente es el artículo 12 y 13 de la Ley 797 del 2003 que modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993. Que teniendo en cuenta que al causante mediante la Resolución 2016 de 2014 se le reconoció pensión de vejez la cual estaba disfrutando al momento del fallecimiento, es claro que dejó causado el derecho para sus beneficiarios. En cuanto al señor ERIC DE JESÚS BARRERA BELLO quien reclama la sustitución pensional en calidad de hijo, se demuestra el parentesco con el registro civil de nacimiento y se prueba que a la fecha de fallecimiento de su progenitor tenía 23 años y que dependía económicamente de sus progenitores. Que logró probar que se encontraba estudiando en el primer período académico del 2016 y en el primer período académico del 2017, con las certificaciones allegadas, por lo que tiene derecho a que se le reconozca el 50% de la sustitución pensional del 24 de mayo del 2016 al 30 de junio de 2016 y del 01 de enero del 2017 al 30 de junio del 2017. Respecto a la señora ANA ISABEL SARMIENTO manifestó que logró probar su condición de cónyuge con el registro de matrimonio el cual no tiene nota de divorcio. Que cumplió con el requisito de 5 años en cualquier tiempo por ostentar la condición de cónyuge separada de hecho. Que logró probar la convivencia con el testimonio de DORA ELIZABETH BARRERA DE ROBAYO hermana del causante quien afirmó que habían convivido aproximadamente 6 años. Finalmente, en relación con la señora IGNACIA BELLO VILLALOBO



señaló que logró probar haber convivido con el causante desde el año 1988 hasta el fallecimiento en su condición de compañera permanente, por lo que tiene derecho a la sustitución pensional. Condenó a la UGPP a pagar la sustitución pensional en proporción al tiempo convivido y negó el reconocimiento y pago de intereses moratorios.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **UGPP** interpone recurso de apelación argumentando que la sentencia de primera instancia dispuso el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de la parte demandante y de los intervinientes sin que estuviere debidamente probado el cumplimiento de los requisitos. Indica que ha actuado en estricto cumplimiento a lo ordenado en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 del 2003 el cual señala que se debe demostrar sin asomo de duda que la compañera permanente hizo vida marital con el causante durante los últimos 5 años anteriores al fallecimiento. Señala que ante la alegada convivencia simultánea para la defensa no es posible del material probatorio obrante en el proceso establecer con certeza la convivencia real y efectiva tanto de la cónyuge como de la compañera permanente. Que la Cónyuge separada de hecho debía demostrar que seguía haciendo parte de la familia del causante o que existía ayuda mutua entre ellos; que esa ayuda debía ser de tipo espiritual o económica hasta el momento del fallecimiento. Que el Decreto 1848 de 1969 faculta a la UGPP para suspender el reconocimiento de la pensión de sobreviviente cuando exista controversia entre beneficiarios para que sea la jurisdicción ordinaria quien resuelva lo pertinente. Que ninguna de las reclamantes logró probar la convivencia de 5 años con anterioridad al fallecimiento del señor JORGE ENRIQUE. Afirma que no quedó probado que el señor ERIC haya cumplido con los requisitos como lo es la calidad de estudiante al momento del fallecimiento; que lo que se prueba es que suspendió sus estudios como lo manifestó en su declaración. Que no existe ninguna certificación que pruebe que con posterioridad al fallecimiento de su progenitor continuó estudiando. Que no era suficiente con demostrar la condición de hijo y la dependencia económica. Que las respuestas de la señora ANA ISABEL son contradictorias y que no existe



claridad de la fecha hasta la cual convivieron. Que no puede establecerse con la testigo DORA quien dijo que convivieron aproximadamente por 6 años, pues la testigo realizaba suposiciones en su declaración. Que las declaraciones de los testigos son contradictorias. Respecto de la señora IGNACIA BELLO que si bien dice que convivió con el causante desde el año 1988 las pruebas da cuenta desde el 2003. Que varios de los testigos fueron testigos de oídas, por lo que no deben ser tenidos en cuenta. En cuanto a la condena en costas solicita se revoque la misma como quiera que si bien es cierto la norma tiene un criterio objetivo estableciendo que proceden por el sólo hecho de no tener éxito en el proceso también la norma indica que deben estar probadas, por lo que al no probarse que no actuó de buena fe no proceden.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación planteado, sea lo primero señalar que como quedó determinado en la instancia, no ofreció reproche la fecha de fallecimiento del señor **Jorge Enrique Barrera Oviedo**, que tuvo lugar el 24 de mayo del 2016 como da cuenta el registro civil de defunción (fl. 116), como tampoco que a dicha data ostentaba la calidad de pensionado, pues venía percibiendo una pensión de vejez por parte de la UGPP, la cual le fue reconocida mediante la Resolución 2610 de 2004. (fl. 3).

Determinado lo anterior, como es bien sabido, la normatividad aplicable a efectos de reconocimiento pensional de sobreviviente, es la vigente a la fecha del fallecimiento del causante, esto es la Ley 797 de 2003, disposición que exige en su artículo 13, un tiempo de convivencia del cónyuge o compañero permanente de 5 años previo al fallecimiento del causante. Señala la norma en cita:

“ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así: <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles>
Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:



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

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

Es así como la decisión de primer grado encontró acreditados los requisitos exigidos, por lo que el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala consiste en establecer si la actora **Ana Elizabeth Sarmiento Cortés** en su condición de cónyuge supérstite separada de hecho tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez deprecada o si por el contrario el derecho le pertenece a la señora **Ignacia Bello Villalobo** en su condición de compañera permanente. Y si el señor **Eric de Jesús Barrera Bello** logró acreditar los requisitos para acceder a la pensión en calidad de hijo incapacitado en razón de sus estudios.



- **Sustitución pensional Ignacia Bello Villalobo**

Teniendo en cuenta la norma precitada y como quiera que la señora Ignacia Bello Villalobo pretende se le sustituya la pensión que en vida recibía el señor Jorge Enrique Barrera Oviedo, señalando que ostentaba la calidad de **compañera permanente**, es claro que debía acreditar haber convivido con el causante por lo menos los 5 años anteriores al fallecimiento, para tener derecho a la pensión deprecada.

Una vez revisado el material probatorio recaudado, considera esta Sala que contrario a lo señalado por la apoderada de la UGPP se logra probar la convivencia exigida en los 5 años anteriores al fallecimiento, con la declaración de la señora María Terán Mercado quien dijo ser amiga desde el año 1993 y compañera de trabajo de la señora Ignacia, así como con el testimonio de Dora Elizabeth Barrera de Robayo hermana del causante y con la declaración de Jorhagui Barrera Márquez hijo del causante y quien convivió con su progenitor y la señora Ignacia desde que tenía 7 años; los cuales no son testigos de oídas como lo afirma la apoderada de la UGPP y quienes además coinciden en afirmar que quien convivió con el señor Jorge Enrique los 5 años anteriores a su fallecimiento fue la señora Ignacia Bello Villalobo, que fue quien lo cuidó en su enfermedad y que nunca observaron que se hayan separado; convivencia que se encuentra probada desde 1988 con el escrito suscrito por el mismo causante dirigido a la UGPP el 12 de mayo del 2016 visible a folio 181 (archivo BARRERA OVIEDO JORGE ENRIQUE cd fl. 72) donde manifestó que la señora Ignacia es su compañera permanente desde 1988 por lo que la deja como beneficiaria de la pensión que percibe, lo cual coincide con el dicho de la señora Dora Elizabeth Barrera hermana del causante quien señaló que su hermano se fue a vivir con la señora Ignacia desde enero de 1988 y que convivieron juntos hasta el momento del fallecimiento del señor Jorge Enrique.

Por tanto, al encontrarse probada la convivencia exigida, es claro que acertó la falladora de primera instancia al condenar a la demandada al señalar que la señora Ignacia Bello Villalobo probó ser beneficiaria de la pensión que en



vida percibía su compañero permanente, por lo que se confirmará en este punto.

- **Sustitución pensional Ana Elizabeth Sarmiento Cortés**

La señora Ana Elizabeth Sarmiento Cortés solicita la sustitución pensional en calidad de cónyuge separada de hecho con vínculo matrimonial vigente.

Pues bien, al respecto es preciso indicar que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 establece en su literal b), que son también beneficiarios de la pensión de sobreviviente:

“[...]

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con éste (sic). La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

*En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. **Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al***



tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.” (negrilla fuera de texto)

Frente a lo anterior ha enseñado la Corte entre otras en la sentencia SL 2257-2022 en la cual reiteró lo dispuesto en la sentencia SL 966-2021 y SL 359-2021 que el cónyuge separado de hecho del causante, pero con vínculo matrimonial vigente, no tiene como carga demostrar la continuidad de los lazos familiares y afectivos, dado que no constituye esta circunstancia una exigencia legal prevista en el inciso 3° del literal b) antes transcrito. Así lo ha dicho:

“En ese orden de ideas, la ruptura de las relaciones afectivas con una persona con la que se convivió por virtud del matrimonio no es óbice para acceder a la pensión de sobreviviente, más si se tiene en cuenta, que la norma acusada no dispone tal exigencia.

Así las cosas, a juicio de la Sala, el Tribunal restringió el alcance de la norma analizada al concluir que la demandante no acreditó que para el momento de la muerte del causante existía algún tipo de vínculo afectivo del cual se coligiera la permanencia de lazos familiares luego de la separación de hecho, en razón a que tal requisito no lo contempla la disposición en referencia.

Por tanto, el ad quem incurrió en el error que se le endilga, pues el correcto alcance del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, corresponde a que el consorte con vínculo conyugal vigente, aun separado de hecho, puede reclamar válidamente una pensión de sobrevivientes siempre que haya convivido por lo menos 5 años en cualquier época con el causante afiliado o pensionado, tal como lo ha reiterado esta Sala en múltiples providencias, entre otras, en sentencias CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 41637, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019.”



En el presente caso, se encuentra probado que la señora Ana Elizabeth Sarmiento contrajo matrimonio católico el 25 de julio de 1971 como da cuenta la partida de matrimonio en la cual no se registran anotaciones (fl. 32); que de esa unión nacieron cuatro hijos hoy mayores de edad llamados Betsabe, William Enrique, Yohn Alejandro y Lina Gisseth Barrera Sarmiento.

En cuanto a la convivencia exigida de 5 años en cualquier tiempo si bien le asiste razón a la apoderada de la UGPP al señalar que no puede tenerse en cuenta la declaración de la señora Carmen Eugenia de la Cruz de Usaquén por ser una testigo de oídas, pues como ella misma lo manifestó al momento de su declaración su conocimiento deviene de lo que le comentaba la cónyuge; lo cierto es que si se logra probar la convivencia con la declaración de la señora Dora Elizabeth Barrera de Robayo quien manifestó que su hermano se encontraba conviviendo con Elizabeth cuando tuvieron sus 4 hijos (siendo la última del año 1976) y que esa convivencia se dio aproximadamente por 6 años, con lo cual queda probada la convivencia exigida.

Por lo que acertó la falladora de primera instancia al establecer que la señora Ana Elizabeth Sarmiento Cortés también logró acreditar la convivencia exigida, por lo que también le asiste derecho a la sustitución pensional en proporción al tiempo convivido, tal y como se determinó en primera instancia.

- **Sustitución pensional Eric de Jesús Barrera Bello**

El señor Eric de Jesús Barrera Bello reclama la sustitución pensional en calidad de hijo mayor de edad incapacitado en razón de sus estudios, por lo que debemos remitirnos al literal C) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 del 2003 el cual establece que:



“c) <Apartes tachados INEXEQUIBLES> 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, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes **y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno**; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, **esto es, que no tienen ingresos adicionales**, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo [38](#) de la Ley 100 de 1993”

Conforme a lo anterior, para ser beneficiario de la sustitución pensional el señor Eric de Jesús debía acreditar i) su condición de hijo lo cual probó con el registro civil de nacimiento; ii) la dependencia económica la cual se prueba con la Declaración de María Terán Mercado y frente a la cual la UGPP no presentó ningún reparo y, iii) la condición de estudiante la cual probó únicamente para el primer semestre del año 2016 y para el primer semestre del año 2017 conforme la certificación expedida por la Universidad de Cartagena el 22 de marzo del 2017 (fl. 57 y Cd fl. 72), por lo que le asiste derecho a la sustitución pensional conforme lo manifestado por el fallador de primera instancia.

Por lo anterior, se confirmara la sentencia proferida en primera instancia en su integridad.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

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



SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 11-2017-102-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: CARLOS ANTONIO MURIEL
DEMANDADO: PROTECCIÓN S.A.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los Treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, revisa la Corporación la sentencia proferida el 21 de octubre de 2021, por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de la parte demandada, la que solicita se acojan los argumentos esbozados en recurso de apelación y el apoderado de la parte demandante informa que el señor Carlos Muriel falleció.

ANTECEDENTES

El señor CARLOS ANTONIO MURIEL, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral a fin de que se DECLARE que es beneficiario del régimen de transición, que cuenta con más de 1150 semanas de cotización, como consecuencia de tales declaraciones petitiona se ordene a la demandada reconocer a su favor pensión de vejez a partir del 11 de enero de 2007, junto con retroactivo, intereses moratorios e indexación. (fl. 4)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 10 de enero de 1945, contando con más de 72 años de edad, que laboró para distintas sociedades del sector privado, cuenta con más de 1150 semanas de cotización y para el año 2013 solicitó ante la demandada reconocimiento pensional de vejez, la que le fue negada por esta última, ya que no tuvo en cuenta todo el tiempo de servicios por él cotizado el que no se ve reflejado en la historia laboral expedida por esa AFP (fls. 3 y 4).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad pretensiones, respecto de los hechos, aceptó el contenido en No. 1, manifestó no constarle los No. 2 a 4, 8 y 13 y negó los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó buena fe y prescripción. (fl. 71)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que al ciudadano CARLOS ANTONIO MURIEL le asiste derecho al reconocimiento y pago de una prestación económica de garantía de pensión mínima de vejez, reconocimiento que se deberá realizar respecto de 14 mesadas pensionales y a partir del 11 de enero del año 2007.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., a pagar a favor del demandante la suma de \$89.932.926 por concepto de retroactivo causado entre el 9 de febrero de 2014 a la fecha de promulgación de esta providencia, suma que deberá asumir indexada a la fecha de su pago.

TERCERO: DECLARAR parcialmente probados los hechos sustento de la excepción de prescripción. (...) (fl.280)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que el artículo 4 del Decreto 1889 de 1994, indicaba que la pensión en el RAIS, se financiaba con los recursos depositados en la CAI del afiliado, incluidos rendimientos y bono pensional, que el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, dispuso que los afiliados de dicho régimen tienen derecho a la pensión de vejez a la edad que escojan siempre y cuando el capital depositado en su CAI equivalga al 110% del SMLV de una pensión mínima, para lo cual se tendrá en cuenta el monto del bono pensional y el artículo 79 de dicha normatividad indicaba las modalidades de pensión en dicho régimen, existiendo un total de 7.

Que con fundamento en el acervo probatorio allegado al proceso, se debía verificar si contaba con un capital equivalente al 110% de la pensión mínima ya que la edad no era un requisito para acceder a la prestación reclamada, teniendo en cuenta para el efecto el valor del bono pensional, que sobre el particular no se había acreditado el capital necesario para acceder a una pensión bajo los presupuestos del artículo 64 de la Ley 100 de 1993, no obstante ello, dicho régimen pensional contemplaba en su artículo 65 la garantía de pensión mínima, no pudiéndose dejar de lado que el actor en su escrito de demanda señala que cuenta con más de 1300 semanas de cotización, lográndose demostrar que las semanas cotizadas en su CAI son suficientes para financiar una pensión mínima, aunado a que el bono pensional de este, ya se había redimido conforme documental visible a folio 163 e impresiones virtuales de la OBP.

Indicó que conforme lo previsto en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, se debían acreditar los requisitos allí dispuestos sumado a que la persona se haga acreedora a que el Gobierno en desarrollo del principio de solidaridad, le complete el capital que le haga falta para adquirir dicha pensión, que el actor se encontraba afiliado al RAIS, y acreditaba haber cotizado más de 1150 semanas, conforme relación de aportes expedida por Protección S.A., y bono pensional, computando un total de 1310 semanas de cotización para hacerse acreedor a la garantía de pensión mínima y si bien esa AFP había indicado que la prestación no se había pagado por cuanto el bono pensional no se había pagado en su totalidad por las cuotas partes, tal respuesta no era admisible ya que el Ministerio había aclarado el tiempo laborado por el actor, debiendo Protección adelantar a nombre del afiliado los trámites administrativos para que se hiciera efectiva la garantía de pensión mínima, debiendo ser la prestación reconocida a partir del día siguiente en que el afiliado dejó de cotizar al sistema, esto es, 11 de enero de 2007, destacándose que cuando se agoten las sumas depositadas en la CAI, la financiación de la pensión quedaría a cargo de la Nación.

En cuanto a la excepción de prescripción indicó que a partir de la reclamación efectuada el 21 de marzo de 2013, se contaba con 3 años para acudir a la vía judicial, no obstante la demanda se había presentado en el año 2017, por lo que se encontraban prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 9 de febrero de 2014, debiéndose reconocer la prestación en 14 mesadas conforme a la fecha de causación de la misma, cuyo retroactivo ascendía a \$89.932.926, liquidado al 30 de septiembre de 2021 y que debía ser pagado de forma indexada.

Respecto de los intereses moratorios señaló que, para el caso bajo estudio, no procedían pues eran viables para las prestaciones del sistema general de seguridad social, lo que no se podía predicar de la garantía de pensión mínima pues fue solo a través de la judicatura que se había logrado determinar la verificación de los requisitos de la prestación reclamada, con el requerimiento efectuado al Ministerio de Hacienda.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión **apeló** la AFP demandada indicando que en la parte resolutive el despacho había sido consciente que para conceder la pensión, se debían tener en cuenta todos los recursos depositados en la CAI incluido el bono pensional y se debía tener en cuenta que el bono se había emitido hasta enero de 2021, por lo que el reconocimiento pensional procedía a partir de dicha data, no procediendo la garantía de pensión mínima ya que el derecho se había causado hasta el 2021; que en caso de que la decisión fuera confirmada, se revise el cálculo de retroactivo pensional, ya que conforme los cálculos efectuados por esa parte, daba un menor valor al indicado por el despacho.

En cuanto a la condena en costas señaló que esa AFP había obrado de manera diligente pues al mediar las solicitudes de reconocimiento pensional del actor, inició los trámites para la redención de este, lo que solo se logró previo requerimiento efectuado por el despacho.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de apelación formulado, la sala determinará si la fecha a partir de la cual opera el reconocimiento pensional dispuesto en primer grado a favor del actor, para luego establecer la cuantía del retroactivo pensional y por último la procedencia de condena en costas a cargo de la demandada.

No fue objeto de reparo que los recursos depositados en la CAI del actor en su condición de afiliado a la AFP Protección, no son suficientes para cubrir la pensión de vejez prevista en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, que exige un capital acumulado superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, reajustado anualmente según la variación porcentual del IPC.

No obstante ello y como bien lo concluyó el juzgador de primer grado, el afiliado que no logre completar el capital requerido en la norma antes citada, tiene

derecho a que conforme el artículo 65 de la disposición legal en comento, el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, le complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión, siempre y cuando hubiese cotizado 1150 semanas y para el caso de los hombres, haya alcanzado la edad de 62 años; presupuestos cuyo cumplimiento se determinó en primer grado para el caso del demandante, ya que con las documentales visibles a folios 111 y 267, contentivas de historia laboral expedida por Protección S.A., e historia válida para Bono expedida por la OBP, se determina que el señor Carlos Muriel, cotizó una densidad de semanas superior a las 1150 de que trata la norma en cita y en cuanto a la edad, conforme copia de documento de identidad visible a folio 13, se establece que alcanzó los 62 años de edad el 10 de enero de 2007, dejando causado así el derecho pensional bajo estudio previo a su deceso.

Así las cosas y en cuanto a la fecha de reconocimiento pensional, se tiene que la recurrente señala que debe operar este a partir de la fecha de redención del bono pensional, respecto a lo cual, no le asiste razón alguna como quiera que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la CSJ, ha reiterado que los trámites para redención y pago del bono pensional, están a cargo de la administradora pensional y la demora en dicho trámite, no debe afectar los derechos del afiliado, así lo señaló entre otras en sentencia SL 2512 del 2021, M.P. Fernando Castillo Cadena, en los siguientes términos.

*Con sustento en lo expuesto, se evidencia que efectivamente el señor Omar Rey Guzmán Carvajal, para el año 2016, no tenía el capital suficiente para financiar una pensión de conformidad con el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, contaba tanto la edad como las semanas exigidas y, si bien la AFP, basa su negativa en inconsistencias que presentaba el bono pensional, **debe recordarse que la obligación de la Administradora para la reconstrucción de la historia laboral a efectos de materializar el llamado título de deuda pública, no surgen en el momento en que el afiliado presenta la reclamación pensional, pues la tarea impuesta, debe ser desarrollada desde el momento en que se hace efectiva la afiliación a la administradora respectiva, pues conforme al artículo 20 del Decreto 656 de 1994 se les concede un término de 6 meses siguientes a la vinculación, para elevar la solicitud de emisión, además del seguimiento que, frente al mismo, deben realizar.***

Textualmente señala la norma en comento lo siguiente:

Artículo 20. Corresponde a las sociedades que administren fondos de pensiones adelantar, por cuenta del afiliado pero sin ningún costo para éste, las acciones y procesos de solicitud de emisión de bonos pensionales y de pago de los mismos cuando se cumplan los requisitos establecidos para su exigibilidad.

Las solicitudes de emisión de bonos pensionales deberán ser presentadas a la entidad previsional correspondiente dentro de los seis (6) meses inmediatamente siguientes a la vinculación del afiliado que tenga derecho a dicho beneficio, y hasta tanto sean emitidos efectivamente deberán efectuar un seguimiento trimestral al trámite de su emisión. Para estos efectos, los afiliados deberán suministrar a las administradoras la información que sea necesaria para tramitar las solicitudes y que se encuentre a su alcance. En todo caso, las administradoras estarán facultadas para solicitar las certificaciones que resulten necesarias, las cuales serán de obligatoria expedición por parte de los destinatarios.

Las solicitudes de pago de bonos pensionales deberán ser presentadas por la administradora a la cual se haya formulado una solicitud de reconocimiento de una

pensión de invalidez, sobrevivencia o vejez por personas que hayan cumplido la edad establecida para obtener la garantía de pensión mínima del Estado. Tratándose de personas que se hayan pensionado por vejez con anterioridad a dicha edad y se hayan acogido a la modalidad de retiro programado, la solicitud de pago del bono pensional será presentada por la administradora que se encuentre pagando la pensión al momento de cumplirse todos los requisitos señalados para la redención del título.

La solicitud de pago de un bono para atender una pensión de invalidez, sobrevivencia o vejez por cumplimiento de la edad para acceder a una pensión mínima deberá ser presentada dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la decisión de la administradora acerca del cumplimiento por parte del solicitante de los requisitos para acceder a la pensión. Tratándose de personas que hayan obtenido una pensión de vejez con anterioridad a dicha edad, la solicitud de pago del bono deberá presentarse por la entidad que tenga a su cargo el pago de la pensión al momento en que el pensionado cumpla esa edad.

En todo caso, el seguimiento del proceso de pago efectivo de los bonos pensionales se adelantará por las entidades que tengan a su cargo el pago de la respectiva pensión.

A más de la solicitud de emisión, la citada norma también les impone a las administradoras, el seguimiento efectivo al trámite del bono pensional, al punto que lo ordena periódico (trimestral), obligación que en el caso concreto no se advierte cumplida. Recordemos que en el escrito de demanda la accionante evidencia que, desde la negativa de la entidad, 29 de abril de 2014, se le indicó el estado del bono, trascurrieron más de 3 años.

*Entonces, se exhibe insoslayable lo descrito en el artículo 4 ibidem en cuanto a que «En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter previsional y, como tales, se encuentran **obligadas** a prestar en forma eficiente, eficaz **y oportuna** todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados».*

*En consecuencia, **el retardo en la reclamación de la pensión de garantía de pensión mínima del afiliado, no encuentra justificación en la inconsistencia del bono pensional, pues como ha quedado expuesto, la administradora debió adelantar las gestiones necesarias de manera oportuna para esclarecer todo lo relacionado para la materialización del mismo;** en ese orden, no resulta comprensible que, prácticamente cumplidas las condiciones para redimir su bono pensional, no encontrara de manera **oportuna** la definición del sistema en el otorgamiento de la prestación respectiva. (Negrilla fuera del texto original)*

Por lo señalado en precedencia, no hay lugar a variar la decisión en punto a la fecha a partir de la cual opera el reconocimiento pensional, luego de estudiado por el juzgador de primer grado el fenómeno prescriptivo.

Frente a la cuantía de retroactivo pensional calculado entre el 9 de febrero de 2014 al 30 de septiembre de 2021, se tiene que sobre este punto le asiste razón a la recurrente como quiera que liquidado dicho rubro a razón de 14 mesadas pensionales y por el interregno temporal mencionado cuyo extremo final fue el indicado en la parte considerativa de la decisión de primer grado, arroja la suma de \$80.730.022, razón por la cual se modificará el numeral SEGUNDO de sentencia recurrida, en tal sentido.

Por último, no hay lugar a variar la condena en costas como quiera que la pasiva resultó vencida en juicio en los términos del numeral 1 del artículo 365 del CGP.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de sentencia recurrida, en el sentido de indicar que la suma por concepto de retroactivo, asciende a \$80.730.022, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

SEGUNDO CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

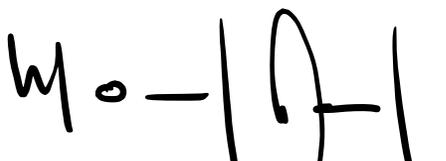
TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE EN ESTRADOS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 13-2020-139-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: OTTO HANS MERZ

DEMANDADO: AVIANCA S.A. Y COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor Eduardo López Villegas, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado del demandante, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer recurso de apelación interpuesto por las partes, revisa la Corporación el fallo de fecha 30 de julio de 2021 proferido por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de Avianca S.A. y la parte demandante.

ANTECEDENTES

El señor OTTO HANS MERZ por intermedio de apoderado judicial, solicita se CONDENE a Avianca S.A., a pagar a su favor y con destino a Colpensiones el

cálculo actuarial o valor diferencial que corresponde al concepto o factor salarial de viáticos por alojamiento causados en los últimos 10 años en los montos calculados en dictamen pericial aportado con escrito de demanda o en su defecto el valor que se demuestre en el trámite procesal, junto con retroactivo de dichas diferencias; peticiona se condene a esta demandada a cotizar y reportar y pagar con destino a Colpensiones el concepto o factor salarial de viáticos por alojamiento a partir de la fecha de presentación de demanda y en lo sucesivo mientras se mantenga vigente la obligación de cotizar, solicita se ordene a Avianca S.A., reliquidar el valor de cesantías causadas en los últimos 3 años de servicios sobre el promedio salarial real incluyendo el factor salarial antedicho, lo propio peticiona respecto de los intereses a la cesantía, prima de servicios, vacaciones, prima de navidad, prima de vacaciones e indemnización moratoria. (fls.4 y 5)

Fundamentó sus pretensiones afirmando que empezó a laborar para Avianca S.A., desde el 5 de junio de 1984 y actualmente se desempeña como auxiliar de vuelo, que como contraprestación de dicha labor, devenga un salario variable que se encuentra compuesto por los viáticos que la sociedad empleadora cancela de manera permanente como de manutención, que desde el inicio de la relación laboral, le son pagados viáticos por alojamiento que no son tenidos en cuenta como factor salarial. Señala que el 27 de junio de 2019, solicitó a Avianca S.A., con el fin de poder cuantificar los viáticos por alojamiento no tenidos en cuenta como factor salarial, sus itinerarios de vuelo y el valor asumido por su alojamiento, junto con los contratos hoteleros suscritos por la compañía.

Afirma que en respuesta a dicha solicitud esa demandada el 11 de julio de 2019, le proporcionó sus itinerarios de vuelo y salarios devengados pero no lo pertinente al valor cancelado por alojamiento indicando que no existía un control individualizado del uso de habitación y los contratos suscritos con los hoteles, tenían el carácter de reservado, por lo que con los datos aportados, se cuantificó en un dictamen pericial los viáticos a él pagados por concepto de alojamiento, que dichos viáticos, se encuentran previstos en la cláusula 19 de convención colectiva de trabajo.

Refiere que nunca acudió a un sistema de alojamiento distinto al dispuesto por la demandada como tampoco ha recibido durante la vigencia de la

relación laboral reembolso de pagos hechos por él directamente por concepto de alojamiento, que en los hoteles contratados por la demandada, no se utiliza el sistema común de ingreso y salida sino unas listas en las que se registra dicho ingreso sin que al trabajador se le entregue registro o factura alguna por estadía y los viáticos destinados a cubrir el alojamiento no han sido reportados por su empleador durante la vigencia de la relación laboral. (fl. 5).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada Avianca S.A., se opuso a las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en numerales 1, 4 y 13, manifestó no constarle los No. 6, 8 y 11 y negó los demás. Propuso las excepciones de prescripción, pago, inexistencia de la obligación, buena fe y compensación. (fl. 301)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió en sentencia del 30 de julio de 2021, DECLARAR que los viáticos por alojamiento previstos en los incisos 1 y 5 de la cláusula 19 del acta final de modificación convencional suscrita entre Avianca S.A. y su organización sindical, eran factor salarial, condenó a la demandada a partir de la fecha y hasta que se mantuviera vigente el vínculo laboral a tener como factor salarial tal rubro para liquidar prestaciones sociales, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad y seguridad social integral, absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra y la condenó en costas. (fl.367).

Como fundamento de su decisión, señaló la Juez:

Frente a la existencia del contrato de trabajo se advierte que no hay mayor controversia respecto de ella y sus extremos además el cargo desempeñado por el promotor de la Litis, pues desde la contestación de la demanda la convocada a juicio aceptó tales aspectos, situación que igualmente se puede colegir del contrato de término indefinido suscrito entre las partes y la certificación laboral expedida por la encartada el 15 de diciembre del año 2020 como se puede apreciar a folios 326 vuelto además el 329 en esta se acredita que el demandante labora para esa sociedad desde el 5 de junio de 1984 a la fecha mediante contrato a término indefinido y desempeñado inicialmente el cargo de auxiliar de vuelo nacional ocupando en la actualidad el cargo de jefe de carga internacional, sobre la anteriores bases se procede al estudio de las peticiones de la demanda.

Acorde con lo anterior corresponde a renglón seguido estudiar si el demandante tiene derecho al pago de los viáticos por alojamiento concepto que según este debe ser tenido en cuenta como factor salarial lo que avala la liquidación deprecada en el libelo

demandatorio, este pedimento lo soporta indicando que recibe un salario variable situación que no es objeto de debate pues así fue aceptado por la accionada en la contestación de la demanda, la que además señaló respecto a estos viáticos que los paga en la medida que se causen y sí tienen incidencia salarial así lo reconoce, sin embargo el promotor de la Litis afirma que el salario que percibió hasta la fecha no incluye el pago de estos viáticos por alojamiento los que están establecidos en la cláusula 19 de la convención colectiva de trabajo sin precisar el año de vigencia de esta convención que alega la que se encuentra estos viáticos y de la cual también alega que es beneficiario situación última que se acredita como obra a folios 142 del paginario. En punto de lo anterior procede el despacho a realizar una labor exegética ello en aras de desentrañar lo pretendido del actor sobre el asunto ya que como se dijo no detalló en el hecho 9 de la demanda y de la subsanación a cuál cláusula 19 de las dos convenciones y del acta final de la convención, de la modificación convencional 2005 se refiere la del año 2003 esto según lo que aportó con la demanda.

Así entonces el despacho se remite a la cláusula 19 contenida en la referida acta final convencional suscrita entre la demandada y ACAB lo cual acaeció el 25 de agosto del año 2005 y cuenta con nota de aclaración sobre la fecha de depósito según se avizora de la certificación emitida por la coordinadora del grupo de archivo sindical del Ministerio de Protección Social el 14 de diciembre del año 2009 y que fuera aportada por la activa y la pasiva por la convención y los acuerdos vigentes de esto que en su tenor literal señala lo siguiente; “cláusula 19 esto lo podemos encontrar a folio 105 y 106, cláusula 19 viáticos auxiliares de vuelo, en los casos de pernoctadas la empresa pagará el hotel asegurando habitación privada para cada auxiliar de vuelo en un lugar de primera categoría suministrando el transporte correspondiente, cuando los auxiliares de vuelo por razones operacionales de servicio deben pernoctar fuera de su base, la compañía los alojará en hoteles de primera categoría y siempre en habitación individual, a partir de la firma de la presente convención la empresa pagará a sus auxiliares de vuelo de acuerdo con la programación de los vuelos que se efectúen por permanencia mayor de 12 horas y hasta 24 horas, \$ 32.053 pesos por permanencia menor de 12 horas que incluya un periodo de descanso \$16.355 pesos, a los auxiliares de vuelo trasladados temporalmente fuera de su base, les reconocerán viáticos en la misma forma que lo hace a tripulantes que pernocten en vuelo de itinerario, viáticos en el exterior; en los casos de pernoctada la empresa pagará el hotel asegurando habitaciones privadas para cada auxiliar de vuelo en el lugar de primera categoría o en su defecto cuando la empresa no provea el hotel le reconocerá a sus auxiliares de vuelo el valor pagado por estos, la empresa pagará a sus auxiliares de vuelo las siguientes cantidades de acuerdo con los vuelos programados y efectuados, por permanencia mayor de 12 horas y hasta 24 horas \$ 69 dólares en Europa y 84 en otros países, por permanencia mayor de 12 horas que incluya un periodo de descanso 40 dólares en Europa, 39 en otros países, estas normas se refieren a permanencia en el exterior, en el caso de traslados temporales se aplicará las normas administrativas de la compañía y seguidamente esta norma convencional estipula un párrafo que indica cómo se pagan estos viáticos y fija unos criterios para el pago de los mismos.

Es de notar que dicha cláusula recoge en esencia lo pactado en el mismo sentido en el numeral 19 de las convenciones suscritas en el 2002 y 2003 según se observa a folios 34 a 35 y 124 a 125 del plenario, de otra parte, debe precisar el despacho que se remitirá de forma puntual a los incisos 1 y 5 de la estipulación convencional ya referida por cuanto son los dos apartes que inicialmente transcribió el actor en la demanda entendiendo esta operadora judicial que allí es donde se encuentra el contenido el factor salarial por alojamiento que se reclama en el libelo inicial pues tal como lo manifestó la demandada en la contestación al hecho noveno la cláusula en comento señala diferentes tipos de viáticos como vino a deberse, así se recuerda que la mencionada disposición convencional en sus incisos primero y quinto indica sobre el tema de los hoteles lo siguiente “cláusula 19 viáticos auxiliares de vuelo en los casos de pernoctada la empresa pagará el hotel asegurando habitación privada para cada auxiliar de vuelo en un lugar de primera categoría, suministrando el transporte correspondiente, viáticos en el exterior: en los casos de pernoctada la empresa pagará el hotel asegurando habitación privada para cada auxiliar de vuelo en un lugar de primera categoría o en su defecto cuando la empresa no provea el hotel reconocerá a sus auxiliares de vuelo el valor pagado por este por estos, por concepto de habitación”; establecido lo anterior, imperioso resulta traer a colación lo normado en el artículo 130 del CST modificado por el artículo 17 de la ley 50 del 90 que establece sobre los viáticos lo siguiente “primero; los viáticos permanentes constituye el salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento pero no es lo que solo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación, siempre que se

paguen debe especificarse el valor de cada uno de estos conceptos, los viáticos accidentales no constituyen salario en ningún caso son viáticos accidentales aquellos que solo se dan con motivo de un requerimiento extraordinario no habitual o poco frecuente” aunado a lo anterior se advierte que nuestro máximo órgano de cierre, esto es la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al pronunciarse en asuntos de similares contornos que nos ocupa actualmente ha señalado sobre la incidencia o ha estudiado mejor el tema de la incidencia cómo factor salarial de los viáticos pactados en la ya mencionada cláusula 19, este tema ha sido referido entre otras en las sentencias SL 15031 del año 2017 con radicación 45982 del 20 de septiembre de esa anualidad indicándose lo siguiente en esa oportunidad “ el actor persiguió obtener el reconocimiento de carácter salarial por concepto de viáticos de alojamiento lo que la empresa ha pagado a los hoteles en el exterior para su alojamiento con fundamento en el artículo 130 del CST y la cláusula 19 de la convención colectiva de trabajo, por otra parte en la cláusula 19 de la convención se reconoce el pago del hotel junto con los viáticos de manutención en los valores allí anotados según el caso bajo el título viáticos en el exterior, adicionalmente prevé que si la empresa no puede proveer el hotel reconocerá el pago de la habitación realizado por el auxiliar de vuelo por tanto si bien el tribunal no hizo la distinción entre la manutención y el alojamiento del accionante en el razonamiento que lo llevó a predicar de estos el carácter salarial, tal proceder no tiene relevancia en el sub lite dado que ambos conceptos comparten la misma naturaleza porque se complementan entre sí para cubrir las necesidades de alojamiento y manutención originadas por el ejercicio del cargo de auxiliar de vuelo, de lo antes expuesto se sigue que no se equivocó el aquo al concluir que lo pagado por la empresa por concepto de alojamiento en hoteles en el extranjero en cumplimiento de la cláusula 19 de la convención tiene carácter salarial” en esa misma providencia se indicó que no podía relacionarse la cláusula 67 de la convención con el contenido de la 19 puesto que en esta para nada se alude a los gastos de representación concepto que en extremo diferente al de alojamiento entre otras cosas porque éste es constitutivo de salario carácter que no tiene el primero, asimismo la Sala laboral de la C S Justicia en sentencia es el 1485 del año 2020 memoro lo reseñado por esa misma corporación en la sentencia es el 4032 del año 2017 en la que se mencionó la necesidad específica de probar los presupuestos de hecho que permiten la configuración de los viáticos permanente cuando se pretende de estos una reliquidación por acreencias laborales o pensionales y en esta ocasión la sala laboral de la citada corporación sostuvo lo siguiente” el demandante que demandó el pago de viáticos permanentes al igual que la reliquidación de las prestaciones sociales y la pensión por inclusión de factores salariales era a quien le correspondía demostrar conforme a las reglas de la carga de la prueba las aseveraciones contenidas en los hechos que soportan sus pretensiones cuyo incumplimiento trae como consecuencias que las súplicas incoadas no sean acogidas o no puedan tener éxito”

Así las cosas, teniendo en cuenta las normas antes citadas y la jurisprudencia emanada de nuestro máximo órgano de cierre procede el despacho con el análisis de las pruebas recaudadas en el presente trámite procesal esto de conformidad con lo presupuestado en los artículos 60 y 61 del CPTSS a fin esto de dar solución al problema jurídico que se planteó en precedencia. Así a efectos de verificar tal aspecto se recepciono entre otras pruebas el interrogatorio de parte al representante legal de la demandada la sociedad abierta en esto es al doctor José Luis Abella Chaparro quien manifestó que la demandada se incluye el concepto de viáticos por alojamiento en los pagos realizados al aquí demandante aclarando que entre la pasiva y el sindicato que agremia a los auxiliares de vuelo desde los años 80 se pactaron una forma de remuneración entre ellas las estipuladas en la cláusula 67 y 106 de la convención colectiva a lo cual llamaron salario en especie que no tiene connotación salarial y que es por el concepto de gastos de representación del cual desde el año 2004 la demandada viene tomando un 10% como base para liquidar las prestaciones sociales de los tripulantes de cabina, precisó además que de los viáticos destinados a incluir el alojamiento están incluidos en un porcentaje equivalente al 10% dentro de los gastos de representación que se les paga, indicó además que este monto era global es decir que no se individualizaba como tampoco importaba los viajes realizados por cada persona y que desde la convención del 86 se pactó en la cláusula 67 la convención el 50% para liquidar prestaciones al cual se disminuyó del 50% al 10% de los gastos de representación, igualmente se recaudó el testimonio de la señora Claudia Patricia Panqueba Murillo que si bien fue tachada por la accionada debe mencionarse que para el despacho fue una testigo que ofrece credibilidad en su dicho por cuanto se desempeñó en el mismo cargo que el aquí demandante razón por la cual conoce de primera mano el asunto aquí debatido pues además al respecto dijo que conoció al demandante hacia el año 1985 ello por cuanto fueron compañeros de trabajo ya que ella voló para Avianca por más de 40 años, que el

actor no pagó de su propio peculio los gastos de alojamiento porque eso los pagaba Avianca explicó además que en los hoteles existía un listado en donde ya se les habían adjudicado las habitaciones y que solo ellos se encargaban de firmar, informó además que la reserva de estos hoteles siempre era efectuada por Avianca que les daban unos viáticos para la alimentación, pero que por alojamiento no les daban viáticos que ellos no sabían cuánto se pagaba en cada hotel porque no tenían acceso a ese tipo de información y que tampoco podían escoger el hotel, sostuvo que en algún momento quisieron saber en los hoteles cuánto costaban las tarifas de ellos pero que allí les decían que esa información no la podía suministrar y que cuando estaban en los vuelos siempre estaban a disposición de la compañía, a su turno el testigo Javier Ernesto Salamanca Velázquez que igualmente también fue tachado por la encartada y al respecto que pese a esta tacha debe decirse que el testigo ofrece credibilidad para ese estado judicial por cuanto también laboró para la demandada como piloto entre el año 87 hasta el año 2018 y además informó que en razón a su cargo conoció al aquí demandante desde el año 1987 por tanto a este testigo no se le restará credibilidad, así en su testimonio indicando la suscrita que dará credibilidad a lo expuesto por el testigo Javier Ernesto Salamanca Velázquez pues además también de lo ya expuesto fue concordante con lo manifestado por la deponente Claudia Patricia Panqueba Murillo; esto por cuanto señaló especialmente este testigo Javier Ernesto Salamanca que el alojamiento era proporcionado por la compañía en los hoteles con los cuales ellos tenían el contrato, que allí les daban una hoja que tenía el nombre de la tripulación con sus nombres y los números de identificación y que ellos tan solo la firmaban que no tenían otra opción de escoger hotel pues de lo contrario tendrían que pagarlo, que ellos están siempre disponibles para la empresa y que al interior de la compañía existe el manual de operaciones que dice que ellos deben estar disponibles a su turno, también depuso la señora Martha Yaneth Mora Lozada quien fue tachada esta vez por la activa; sin embargo debe indicarse que al igual que las demás declaraciones su versión ofrece credibilidad para el despacho pues labora para la accionada desde el 2 de febrero del año 2009 que actualmente desempeña el cargo de gerente de logística de viajes, en su versión además indicó aspectos que se acompasa con los anteriores testigos ya analizados ello por cuánto si bien adujo que no conocía a la aquí demandante también indicó que sabe que éste trabaja para la compañía porque en su proceso garantiza la logística del viaje de los tripulantes y que por eso sabe que él trabaja para la pasiva, además señaló, que su trabajo tiene que ver con el alojamiento de los tripulantes que para este caso hacen una proyección del itinerario y que para el caso de los hoteles se genera un contrato y se empieza a utilizar los servicios de proveedor, indicó además que mensualmente envían unos bloqueos de habitaciones a diferentes hoteles y que al final lo que hacen es validar la cantidad total de noches que reservan versus lo que envía el proveedor y que así se hace una conciliación del total de las noches y si está correcta se genera una orden de compra y así el proveedor genera a su turno una factura que radica para su pago, precisó que su área no genera un reporte que indique por ejemplo en detalles si el actor para el año 2014 tuvo una determinada cantidad de vuelo las pernoctas y los gastos de esa pernocta pero que su área solo garantiza que el tripulante tenga su hotel reservado, manifestó que desde su área no se puede saber quién utiliza las reservas que se hacen desde allí pues lo que lo que generan son unos bloqueos mensuales y que no se discrimina por el tipo del tripulante pues el costo es a un nivel general, que dentro de su rol no ha participado en la redacción de las cláusulas de los contratos hoteleros pero que si las conoce y que esta redacción de las cláusulas se hacen directamente por el área de compras y el área legal. En cuanto a la pregunta de si sabe si hay unas cláusulas que obligan a los hoteles a aportar los registros unitarios de cada auxiliar para proceder al pago manifestó no conocerlas e igualmente indicó que no los obligan a que ellos tengan esa información y esto quiere decir que tal información no existe según lo manifestado por la señora Martha Yaneth Mora Lozada.

Por otro lado también como prueba fueron aportados desprendibles de nómina que fueron aportados por activa esto es para los años 2009 a 2020 y en estos efectivamente se avizora un concepto de pago por viáticos y otro por gastos de representación sin embargo en ellos no se discrimina qué subconceptos lo componen es decir si por ejemplo incluyen viáticos por alojamiento rubro que por supuesto resulta innegable que un trabajador como el actor no devengue pues una de las actividades inherentes a las funciones de un auxiliar de vuelo es viajar lo que conlleva a que con frecuencia deba pernoctar fuera de su domicilio aspecto que igualmente se colige del itinerario del vuelo del aquí demandante.

Así se tiene que lo destinado a auxiliar su alojamiento ya sea porque el empleador pague el hotel o porque reconozca el valor cancelado por el trabajador cuando la empresa no lo provee estos corresponden al derecho de los auxiliares de vuelo a disponer de una

habitación para pasar la noche por lo que no puede existir asomo de duda frente a su connotación de viáticos en tanto se reconocen a trabajadores en razón a su oficio, esto es porque se desplazan constantemente en punto se reitera de su oficio se desplazan constantemente a lugares diferentes al de su sede habitual de trabajo como también lo ha estudiado la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras las ya memoradas anteriormente y las contenidas en los radicados 36898 y 35818 del 7 de diciembre del año 2010 y del 4 de noviembre del año 2009 respectivamente, de lo expuesto se puede concluir que el alojamiento indicado en los incisos primero y quinto de la cláusula 19 de la convención colectiva del año 2005 aquí analizada la cual se ha venido postergando en los términos del artículo 478 del CST según lo manifestó la pasiva en el escrito que acompaña el correo electrónico del 14 de julio del año que avanza con el cual se remitieron las pruebas que fueron decretadas de oficio y requeridas por esta judicatura en audiencia anterior, estos incisos o de lo expuesto por estos incisos se colige que conllevan a la causación de viáticos por alojamiento conforme a lo ya mencionado y estos viáticos por alojamiento no pueden confundirse de modo alguno con lo expuesto en las cláusulas 67 y 106 de la convención como lo que hizo hacer ver el representante legal de la demandada pues como ya lo dijo la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicado 45982 del 2017 en donde precisó que los gastos de representación difieren del alojamiento ya que el último es constitutivo de salario carácter que no tiene el primero máxime cuando las partes en la aludida disposición convencional no detallaron situación contraria a la aquí referida, de esta forma no le queda otro camino a esta juzgadora que otorgar el carácter de factor salarial a los viáticos por alojamiento reseñados en los incisos primero y quinto de la cláusula 19 de la convención colectiva de trabajo del año 2005 suscrita por la demandada IACAB los que debieron y deben ser tenidos en cuenta por la demandada para liquidar prestaciones sociales, vacaciones, seguridad Social integral, prima de vacaciones y prima de Navidad, luego entonces conforme a lo anterior se declarara que los viáticos por alojamientos reseñados en los incisos primero y quinto de la cláusula 19 de la convención colectiva de trabajo de 2005 son factor salarial y como consecuencia de ello se condenará a la demandada a reliquidar las prestaciones sociales, vacaciones, Seguridad Social integral, prima de vacaciones y prima de Navidad a la aquí demandante.

Acorde con lo decidido anteriormente y previo a proceder con los cálculos correspondientes frente a la reliquidación ordenada el juzgado estudiara la excepción de prescripción propuesta por pasiva conforme a lo dispuesto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, el cual desde ya debe indicarse que se declarara aprobada de manera parcial, frente a los derechos laborales causados con anterioridad del 4 de marzo del año 2017 en atención a que la presente demanda se impetró el 4 de marzo del año 2020 conforme se puede avizorar a folio 291 del plenario por lo que así se declararan extintos los derechos causados con anterioridad a dicha fecha excepto las cesantías y Seguridad Social. Así frente a la reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones y demás acreencias laborales se tiene que la parte actora solicitó se condene a la convocada a juicio a reliquidar y pagarle las prestaciones sociales, las vacaciones, la prima de vacaciones y la prima de navidad causadas en los últimos 3 años anteriores a la presentación de la demanda; esto teniendo en cuenta el factor salarial de viáticos por alojamiento, igualmente pretendió se condene a la empleador accionado a pagar al fondo de pensiones en el cual se encuentra afiliado esto es en su caso Colpensiones el valor de la diferencia que corresponda por el citado factor salarial causado en los últimos 10 años de servicio según los montos determinados en el dictamen aportado con el libelo inicial o según se encuentre probado por el despacho; frente a este pedimento el juzgado absolverá a la pasiva en lo atinente a la reliquidación que se hubiese causado con anterioridad a la presente sentencia ello en atención a que esta operadora judicial al analizar el caudal probatorio recaudado en el presente asunto no encuentra aprobanza alguna que le permita determinar con total certeza los valores que la pasiva pago por concepto de alojamiento en nombre del aquí demandante en los hoteles en los que pudo pernoctar en las asignaciones de vuelo que le han sido delegadas a la fecha y con los que por supuesto se pueda proceder a efectuar las operaciones aritméticas del caso a fin de reliquidar las acreencias laborales que se reclaman desde el libelo inicial, al respecto la Sala Laboral de la corte de la CSJ en sentencia con radicado 36898 del 7 de diciembre del 2010 dijo lo siguiente “ adicionalmente la postura del juez de segundo grado de denegar la súplica de pago de los viáticos de alojamiento dado que la demandante no probó en qué hoteles y ciudades se hospedó se aviene a criterio expresado por la sala en sentencia del 4 de noviembre del 2019 radicado 35818 al resolver un caso en que se debatía un problema jurídico similar al que se discierne en este proceso, expresó la Corte en esa ocasión de otra parte si bien quedó definida la connotación salarial de los valores que pagó la empresa enjuiciada por el alojamiento

del demandante, bien cierto es que para que puedan colacionarse en la base para liquidar prestaciones y otros haberes laborales es indispensable que se cuantifique el monto individual que individualmente sufragó la empleadora por cada vez que la señora Cruz Roca hizo uso de los servicios hoteleros, pero además es insoslayable identificar el establecimiento en el que pernoctó con el ineludible propósito de determinar cuál es el valor que debe imputarse el salario de la promotora del proceso lo que no es posible deducir de las pruebas denunciadas, ante tan oscuro panorama probatorio la solución deferida por el aquo, era la que correspondía pues imposible le resultaba establecer los valores que dejaron de incluir a efecto de realizar los cálculos que demandaban los reajustes pretendidos” es así que con apoyo la anterior sentencia que se trajo a colación se reitera que no es posible deducir de los itinerarios del aquí demandante y de los contratos realizados por la demandada con diferentes hoteles los valores a tener en cuenta por viáticos por alojamiento al día de hoy, por cuanto se requiere saber con precisión aspectos tales como fechas, hoteles, ciudades y el valor además del valor pagado por hospedaje a nombre del aquí demandante situación que considera el despacho no se puede determinar al realizar un cruce de información entre el itinerario y los valores acordados en los contratos por hospedaje cómo se efectúa en el dictamen pericial aportado, lo anterior por cuanto se dio en la contradicción al mencionado dictamen; el perito se le pregunta cómo determinaba en el dictamen o lograba aseverar que el demandante siempre pernoctó en los hoteles que Avianca contrato a nivel nacional e internacional éste respondió que lo que ello fue haciendo alusión al tripulante que dentro de las noches pernoctadas no podía determinar si se quedó o no en los hoteles que indicaba Avianca, de otra parte y como bien lo dijo el perito en los itinerarios de vuelo no hay una casilla que indique que el demandante haya pernoctado en los hoteles de las diferentes ciudades del mundo que visitó, además este señaló que no tuvo en cuenta las variables determinadas en los contratos entre ellos por ejemplo cuando se requiere un número de habitaciones superior al aportado en una ciudad como Santiago de Chile, de ahí que el juzgado no le pueda dar valor a dicho medio de prueba pues mal haría esta operadora judicial en realizar una reliquidación sobre valores que no se han fijado con base en datos contundentes como los mencionados precedentemente, los que además mencionó la testigo Marta Yaneth Mora, esto es la gerente de logística de viajes de la demandada y que se encarga del alojamiento de la tripulación, Pues esta mencionó que no posee estos datos, la convocada a juicio y razón por la cual se reitera la absolución a la demandada de las reliquidación deprecada sobre las acreencias reclamadas en la demanda al día de hoy lo que incluye la sanción por no consignación de forma correcta de las cesantías y la indemnización por los valores reconocidos.

Sin embargo y dado que la relación laboral en el presente asunto se encuentra vigente como ya se determinó anteriormente y se solicita sean incluidos como factor salarial los viáticos por alojamiento al momento de liquidar esto es al momento de liquidar las prestaciones sociales, las vacaciones y las de seguridad social en pensiones, la prima de vacaciones y la prima Navidad, encuentra esta juzgadora procedente impartir condena en tal sentido desde la presente fecha hasta que se mantenga vigente la relación laboral entre las partes, aclarándose que en el caso de la Seguridad Social será sobre las cotizaciones que se realicen del actual sistema integral de Seguridad Social, para tal efecto la demandada deberá tener un control mensual estricto de los viáticos por alojamiento que cause el actor, esto es deberá tener en detalle las fechas, hoteles y el valor pagado mensualmente por el hospedaje a nombre del promotor según se causen sus asignaciones de vuelo rubro que además deberá informar al actor periódicamente sin que sea excusa que tal información no se la solicita a sus proveedores hoteleros, pues la verdad es que no entiende el juzgado cómo ha podido la demandada de buena fe efectuar conciliaciones de cuentas por tales servicios sin saber por cuántos empleados se paga.

Así las cosas, se condenará a la demandada a partir de la fecha y hasta que se mantenga vigente el vínculo laboral entre las partes a tener como factor salarial para liquidar prestaciones sociales, vacaciones, prima de vacaciones, prima de Navidad y Seguridad Social integral, los viáticos por alojamiento que causa el aquí demandante en sus asignaciones acorde con los lineamientos indicados precedentemente.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió señalando:

Se está diciendo que no es posible acceder al cálculo de las cotizaciones que se deben reportar a Colpensiones junto con la re liquidación de prestaciones sociales anteriores a la fecha de presentación de la demanda por cuanto no se probó que el trabajador se haya quedado en los hoteles que la compañía tenía designados para el alojamiento, entonces quiero apelar frente a las causaciones que absolvió a la demandada anteriores a la presentación de la demanda es decir las que fueron calculadas en el dictamen pericial hasta el año 2019 en ese sentido se indicó en la sentencia que el dictamen no ofrecía la credibilidad suficiente para fulminar condenas en contra de la demandada habida cuenta que con el cruce de información, hecho el dictamen no se podía constatar que trabajador haya hecho uso o no de los hoteles contratados por la compañía; en ese sentido lo primero que debo resaltar es que esta parte solicitó dentro de la demanda que a quién le correspondía y como en efecto fue condenada a la demandada por extrañeza encontraba por el despacho de no llevar ese cálculo a quién le correspondía hace ese récord de cálculo sobre los pagos era a la demandada no al trabajador; no obstante se presentó al proceso sin las certificaciones del caso y tampoco atendió a los requerimientos entonces qué quiere decir eso, que el dictamen sobre la dinámica y la apreciación probatoria que se debe dar, es decir la interpretación que se debió dar al CGP, hacia deducir de la parte contra la que se estaba deduciendo grado de probabilidad sobre lo que esta parte actora estaba probando, es decir nosotros sí calculamos los viáticos con un grado total de probabilidad en qué sentido fueron aportados los contratos obtener en suscritos por la demandada, los itinerarios de vuelo que dan cuenta los destinos y los tiempos de permanencia en el exterior, adicionalmente la certificación por prueba trasladada aportada por el Juzgado 39 laboral del circuito donde se indica cómo se debía entender los contratos hoteleros y las tarifas por habitación de acuerdo a lo pactado por la convención colectiva de trabajo; qué quiere decir eso que sí se pudo llegar a un valor cierto sobre las fechas y los valores asumidos y los costos sufragados por el alojamiento del trabajador, eso quedó respaldado incluso con el dicho de los testigos a los cuales se les dio plena credibilidad al decir que el trabajador únicamente acudió al sistema de alojamiento proporcionado por la compañía y es que entre otras cosas así fue que a quién le correspondía probar que el trabajador no se quedó en los hoteles asignados a su servicio era la demandada, pues también quedo informado por los testigos que si usted se quería ausentar del hotel debía tener un permiso por parte de la compañía a quien le quedaba fácil probar esto, a la compañía pues era quién otorgaba los permisos para no ausentarse en el sistema único de alojamiento y exclusivo que existía para los trabajadores proporcionado por la compañía, el dictamen ofrece cifras ciertas y no está amparado sobre indicios o cálculos aritméticos diferentes e incluso mantiene las tarifas de los contratos de acuerdo a la certificación obrante al proceso como prueba trasladada donde se informa por parte de Avianca que los vacíos contractuales deben ser suplidos por los contratos anteriores, quiere decir esto que no puede operar el trabajador pues resultaría la sentencia contra vidente en el sentido decir que es salario y que estos pagos deben constituir salarios al futuro y no hacia el pasado, cuando plenamente probado está, insisto que el salario que tiene incidencia a los viáticos destinado hasta cubrir el alojamiento y que dicha carga procesal sí fue suplida y probada a satisfacción.

la parte demandada recurrió señalando:

El motivo de inconformidad se funda en que evidentemente que lo pactado por Concepto de viáticos por alojamiento ya reposa tal como se ha referido a lo largo de este proceso teniendo en cuenta un procedimiento de carácter especial y evidentemente el hecho de condenar a mi representada en que de cara al futuro se realice la reliquidación teniendo en cuenta pues la situación particular respecto de la parte actora sobre las en que este pernocta implica lo siguiente; primero un desconocimiento claro del acuerdo convencional que suscribió con la organización sindical teniendo en cuenta cómo se refirió incluso de los alegatos de conclusión que evidentemente el pacto de los gastos de representación implica básicamente desde el año de 1986 sobre el 50% que ese rubro iba a ser el equivalente en proporción a lo que se pagaría por concepto de viáticos y alojamiento, es decir simplemente una fórmula no quiere decir que se trate del mismo pago y el hecho de que evidentemente el despacho condene a que de cara al futuro se pague de manera individualizada por concepto de gastos por alojamiento generaría un doble pago evidentemente pues esa situación no se puede dar frente al proceso porque no hay lugar a que la parte actora reciba un doble rubro porque se estaría pagando de manera simultánea lo correspondiente a viáticos por alojamiento eso por un parte.

El segundo punto es la evidencia que los viáticos por alojamiento dependen de un hecho de carácter futuro y pues igualmente incierto que es la causación porque no habría lugar a que exista la obligación por parte de mi representada a realizar el pago de dicho rubro que evidentemente genera factor prestacional, se desconoce si en efecto que la persona realizara esos viajes durante la ejecución futura de sus actividades, eso no se conoce y como se pone de precedente pues siempre el viatico depende de ese hecho incierto, desconocido por las partes que estipulan el vínculo laboral, el tercer punto a tener en cuenta es lo referente a que no se le podía dar un trato de manera individualizada y diferente a una persona que desempeña el cargo de auxiliar de vuelo, en este caso con el cargo que tiene como jefe de tripulante de cabina en la medida en que está claro que la forma en la cual se pactó el pago por conceptos de viáticos por alojamiento como se puso de presente al inicio del recurso obedece a un acuerdo de carácter convencional y extra convencional pero siempre haciendo mención a la misma fuente de beneficios y desde el punto de vista operativo y comercial e igualmente financiero pues para Avianca no es posible tener conocimiento de lo que se paga para una persona de manera individualizada por concepto de alojamiento porque esos rubros son desconocidos incluso para la misma compañía porque como se puso de presente por la testigo Martha Yaneth Mora e incluso por el representante legal de Avianca cuando fue interrogado por parte de la señora juez es claro que en aras de generar celeridad en el proceso de contratación pues lo que se hace es que se pactan unos costos de carácter global con los diferentes hoteles con que la compañía y entrar a determinar cuándo habría lugar a realizar el pago por una habitación sencilla para el caso puntual del demandante pues contraria todos los contratos comerciales que se encuentran vigentes con los diferentes hoteles y esa situación pues no se puede entrar a desligar para el caso puntual de la parte actora pues como se pone de presente no es posible y esa situación tiene que tenerla en cuenta la sala porque eso implica que se hiciera modificaciones sobre acuerdos contractuales previos pero solamente para una persona y que evidentemente pues no se puede hacer, igualmente para que se tenga en cuenta de cara al futuro que es una tesis que adoptó el despacho es que se desconoce para el pasado que la persona pernocta en los diferentes hoteles de la ciudades que visite, no existe un control de carácter individualizado en la compañía por lo que se expuso hace un momento, pues no se sabe si el actor tenga que hospedarse en esa habitación porque no están siendo obligados hacerlo como se puso de presente entonces de cara al futuro la situación se va a mantener y eso genera una dificultad de carácter operativo para la compañía, como fórmula para cancelar los viáticos por alojamiento, segundo, el desconocimiento del acuerdo extra convencional y convencional que se suscribe por parte de mi representada sobre la forma en la cual se deben pagar los viáticos y tercero sobre la imposibilidad de individualizar desde el punto de vista para el demandante cada pernocta que realiza para los hoteles que visita a las ciudades que tiene que viajar.

CONSIDERACIONES

No ofreció reparo la existencia del vínculo laboral del actor con la demandada Avianca S.A., en los extremos temporales alegados, esto es, desde el 5 de junio de 1984 y que se mantiene vigente actualmente, desempeñando el cargo de jefe de cabina internacional/nacional; situaciones fácticas que fueron aceptadas por esta demandada en escrito de contestación y se corroboran con documental contentiva de certificación expedida por esta última visible a folio 129 del plenario.

Determinado lo anterior, la Sala abordará en primer lugar el recurso de la parte demandante que versa sobre la procedencia de reconocimiento de factor salarial de viáticos por alojamiento con anterioridad a la fecha de sentencia, que dicho sea de paso ostentan tal carácter cuando se perciben de forma permanente, en los términos del artículo 130 del CST.

Para resolver lo anterior, se observa que al proceso se aportó copia de la petición que elevara el actor ante la demandada Avianca (fl. 16), a través del cual solicita información frente a cuáles fueron los factores salariales tenidos en cuenta para la liquidación de aportes al sistema pensional, se le informe los itinerarios de vuelos, se expida copia de contratos hoteleros y se le informe cuánto debió cancelar la empresa por concepto de costo de alojamiento en los hoteles en los que se hospedó durante los últimos 10 años, a lo que la entidad le señala en documental visible a folio 17 los factores salariales tenidos en cuenta para la liquidación de aportes, de otra parte, le proporcionó relación de los itinerarios de vuelo a él asignados en un CD, y finalmente, en cuanto al punto de la petición tendiente a certificar los valores que pagó dicha sociedad por su alojamiento, le señaló:

“...realizadas las consultas internas con las áreas respectivas, encontramos que no es posible entregarle un valor individualizado de costos hoteleros por lo siguiente:

- A. La compañía dentro de la ejecución de sus contratos comerciales, con los diferentes hoteles ubicados en cada una de las ciudades donde la empresa tiene su operación, debe realizar el bloqueo de una determinada cantidad de habitaciones, teniendo como supuesto la programación de los vuelos y la cantidad de los tripulantes, así como las necesidades del servicio. En tal sentido mes a mes se verifica la utilización de las habitaciones reservadas sin detallar sus ocupantes.*
- B. En línea con lo anterior, no existe un control individualizado de las habitaciones utilizadas por los tripulantes durante sus asignaciones, por lo que no puede inferirse o afirmarse que determinada habitación sea asignada a un tripulante en específico, por lo tanto, no hay una cuantificación individualizada del valor de cada habitación.
Por lo anterior, no existe un costo individualizado por cada uno de los tripulantes que se hospedan en los hoteles cuando están en servicio. Lo pagado a estos hoteles, repetimos, es una tarifa global pactada en el marco de negociaciones comerciales...”*

Al respecto, la jurisprudencia ha insistido que, cuando en proceso judicial el trabajador afirma haber recibido viáticos permanentes, que en desarrollo del contrato o a la terminación del mismo no se le tuvieron en cuenta como factor salarial para la liquidación de prestaciones, contrario a lo señalado por la parte demandante en su recurso y alegaciones, es a esta parte la que corresponde la carga de la prueba en ese sentido, al ser este el supuesto de hecho que le da fundamento a la pretensión; de igual forma es sabido que al empleador le corresponde el deber legal de precisar, cuando efectúa el pago de viáticos, cuáles están destinados a cubrir gastos de alimentación y alojamiento.

Encuentra la Sala que como lo indica el apoderado demandante en sus alegaciones, en este asunto existieron desplazamientos ordenados por el empleador (Avianca) al señor Otto tal y como se desprende de la relación de itinerarios aportada por el accionante, también se prueba que dichos desplazamientos se encontraban relacionados con las funciones propias del cargo de piloto que desempeña el demandante.

Aunado a lo anterior, la cláusula 19 de la Convención Colectiva suscrita para la vigencia 2002 – 2004, por la demandada Avianca S.A. y la Organización sindical Asociación Colombiana de Auxiliares de Vuelo “Acav” (fl. 118) consagra el derecho a percibir viáticos de cada tripulante así: “En los casos de pernoctada, la Empresa pagará el hotel asegurando habitación privada para cada tripulante de cabina de pasajeros en un lugar de primera categoría, suministrando el transporte correspondiente”.

Indica el monto a partir de la firma de la convención que la Empresa pagará dichos viáticos y los valores reconocer de acuerdo con la permanencia del tripulante fuera de la Base, si esta fuere mayor de la programada.

Ahora revisados los elementos de prueba aportados al proceso, se observa que contrario a lo indicado por la parte demandante en recurso y alegaciones, luego de análisis de los mismos no se acredita con certeza primero, los días en que el demandante pernoctó en los hoteles destinados por la compañía para el alojamiento del personal, porque si bien la testimonial a que alude en sus alegaciones, señala que los tripulantes se hospedaban en dichos hoteles, no se precisó las fechas en que se tuvo lugar dicho hospedaje; segundo, si bien es cierto se aporta un dictamen pericial el mismo no puede ser tenido en cuenta, independientemente de la idoneidad de quien lo rindió, debido a que se basa en cifras generales que el perito tomó de las tarifas establecidas en los convenios para suministro de habitaciones celebrado entre Avianca y los diferentes hoteles, pero el valor no se deriva de los contratos celebrados por la demandada con hoteles en el periodo de prestación del servicio del demandante como lo puso de presente la decisión de instancia y por ello no hay certeza del valor que se reconoció por el servicio de alojamiento ya que si bien se aportó al plenario copia de los contratos suscritos con los hoteles, estos no contienen el de todos los

destinos a los que se desplazó el actor conforme a la relación de asignaciones de vuelo que también allegadas por la parte actora.

Al punto, indica el recurrente que el juez debió indagar frente a los costos que asumió Avianca por hospedaje, que era la demandada quien tenía la obligación de certificar lo pagado por viáticos de alojamiento, evidenciándose que no hubo reticencia del juez de primera instancia para la práctica la prueba de certificación de costos de hospedaje asumidos por Avianca, en la medida en que la accionada en varias oportunidades manifestó e incluso certificó la imposibilidad de allegar dicha prueba; nótese que tal circunstancia la puso de presente desde la contestación a la petición que elevó ante esta el actor y cuyo contenido fue transcrito en apartes anteriores, razón por la cual, no es posible obligarla a lo imposible como lo peticiona el recurrente, pues si bien como lo indica este, los contratos suscritos entre esta demandada y los hoteles, detallan los costos unitarios de la habitación y obran itinerarios de vuelo del actor, no es dable determinar si en efecto este pernoctó en dichos hoteles en las fechas señaladas en su itinerario.

A igual conclusión arribó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en un caso análogo al aquí estudiado, señalando al respecto en sentencia radicado 35818 del 4 de noviembre de 2009, M.P. Camilo Tarquino Gallego lo siguiente:

*“De otra parte, si bien quedó definida la connotación salarial de los valores que pagó la empresa enjuiciada por el alojamiento de la demandante, **bien cierto es que, para que puedan colacionarse en la base para liquidar prestaciones y otros haberes laborales, es indispensable que se cuantifique el monto que individualmente sufragó la empleadora por cada vez que la señora CRUZ ROCA hizo uso de los servicios hoteleros, pero además, es insoslayable identificar el establecimiento en el que pernoctó, con el ineludible propósito de determinar cuál es el valor que debe imputarse al salario de la promotora del proceso, lo que no es posible deducir de las pruebas denunciadas.***

***Ante tan oscuro panorama probatorio, la solución deferida por el ad quem era la que correspondía, pues imposible le resultaba establecer los valores que se dejaron de incluir a efecto de realizar los cálculos que demandaban los reajustes pretendidos, sin dejar de aclarar que lo que la recurrente denomina “principio de favorabilidad”, solo opera frente a un conflicto real en las fuentes de derecho, que no ante una incertidumbre fáctica.”** (negrilla fuera del texto original)*

Por todo lo anterior y al no poderse determinar con precisión el valor del componente por alojamiento del concepto de viáticos contenido en el numeral 1 del artículo 130 del CST modificado por el artículo 17 de la Ley 50 de 1990, no hay lugar a variar la decisión absolutoria objeto de inconformidad.

Ahora y en cuanto al recurso planteado por la parte demandada, se tiene que como bien lo señala esta sociedad también en sus alegaciones, a la juzgadora de primer grado no le era dable imponer una condena **en abstracto y futura**, ya que es imposible determinar la causación futura de los viáticos reclamados y menos su valor como se indicó en precedencia pues como bien lo pone de presente la demandada y como se señaló en apartes anteriores, no le es posible cuantificar los costos que le genera el hospedaje del demandante de manera individual, pues se itera, los contratos allegados y suscritos con los hoteles, manejan tarifas de hospedaje generales respecto de todos los trabajadores de la pasiva.

Aunado a ello y como lo ha reiterado la Sala Laboral de la CSJ entre otras en sentencia SL6464 de 2016, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno, las condenas en abstracto están proscritas en materia laboral, así lo señaló en dicha oportunidad:

*Finalmente, en lo concerniente a que el a quo no impuso una condena en concreto, **esta Sala de la Corte ha venido sosteniendo que las condenas en abstracto están proscritas en materia laboral y de seguridad social, razón por la cual los jueces están obligados a precisar y detallar las condenas en sus fallos, pues éstas no pueden quedar de ninguna manera al arbitrio de un tercero o de la misma parte vencida en juicio**, tal como se dispone en el artículo 307 del C.P.C., aplicable a los juicios del trabajo y de la seguridad social, por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S. (Negrilla fuera del texto original)*

Así las cosas y al determinarse la improcedencia de la condena impuesta en primer grado, resulta avante el argumento de la sociedad recurrente también esbozado en sus alegaciones, razón por la cual, se dispondrá **revocar** la sentencia de primer grado para en su lugar ABSOLVER a la demandada de todas las pretensiones invocadas en su contra por el demandante.

Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo del demandante.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primer grado para en su lugar ABSOLVER a la demandada de todas las pretensiones invocadas en su contra

por el demandante, conforme lo señalado en la parte motiva del presente pronunciamiento.

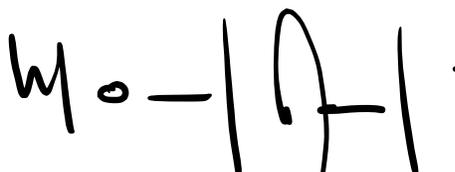
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera a cargo del demandante.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

MAG. PONENTE: DRA. MARLENY RUEDA OLARTE

**ACTA DE AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA DENTRO DEL
PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ANGIE VIVIANA QUIJANO ENCISO
VS ADALBERTO CARVAJAL SALCEDO RAD 24-2018-79-01**

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), Previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

La señora ANGIE **VIVIANA QUIJANO ENCISO** actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral en contra de **ADALBERTO CARVAJAL ENCISO**, a fin de que previos los trámites de un proceso ordinario de primera instancia se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo, terminado a instancias del trabajador con causa atribuible al empleador. En consecuencia, solicita el pago de diferencias salariales, prestaciones, intereses a las cesantías, vacaciones indemnización por despido, sanciones moratorias, aportes indexación extra y ultra petota. (Fls

Como fundamentos fácticos de las pretensiones manifiesta que empezó a laborar el 26 de abril de 2011, mediante un contrato de prestación de servicios por dos meses, a pesar del termino pactado la demandante continuó laborando hasta el 16 de febrero de 2015, que el salario era el mínimo legal, que la labor era de dependiente judicial o asistente jurídica, que en 2011 era estudiante de derecho, que en 2013 se recibe como abogada, que se pretendió hacerle firmar un contrato retroactivo , que fue agredida, que la presionaron

psicológica y emocionalmente lo que la llevó a renunciar motivadamente, que nunca fue afiliada a seguridad social. (Fls 2 al 26).

La demandada, contestó la demanda y se opuso a la totalidad de las pretensiones, afirmando que nunca existió contrato de trabajo sino uno de prestación de servicios. En cuanto a los hechos fueron negados en su mayoría, excepto el dos aceptado parcialmente el octavo, de otros dijo que no eran hechos y que no le constaban. Propuso las excepciones previas de inepta demanda y prescripción y las de fondo denominadas inexistencia del contrato de trabajo alegado por la demandante, inexistencia de las obligaciones, buena fe, abuso del derecho, violación de derechos fundamentales constitucionales, todas las demás que parezcan probadas. (fls 313 a 381).

Se presentó demanda de reconvención solicitando se declare la existencia de un contrato de prestación de servicios, se condene al pago de perjuicios materiales y morales, se compulsen copias al CSJ y a la Fiscalía, extra y ultra petita. Fundamentó sus pretensiones en la existencia de un contrato de prestación de servicios, el cual se suscribió porque la madre de la demandante pidió a una de las abogadas del bufete ayuda para su hija, quien inicialmente se vinculó por dos meses y luego por acuerdo se siguió desarrollando comprometiéndose la demandada en reconvención a elaborar su propio contrato, que en 2014 la demandante informó que se vincularía como empleada pública en Dolores Tolima y para ello pidió una certificación, con la que pretende probar un contrato inexistente, que luego de ello se le permitió regresar. (fls 659 al 675)

La demanda fue contestada con escrito visible a folios 682 y siguientes, incluida la subsanación; oponiéndose a las pretensiones, manifestando que las pretensiones son infundadas. En cuanto a los hechos fueron negados en su mayoría, excepto el 4.7 que aceptó parcialmente, el 4,3 parcialmente, el 4,7,4,8,4,9 4,14 parcialmente,4,16.4,18.

Tramitada la primera instancia, la Juez 24 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el veintidós (22) de julio de 2021, por la que resolvió

“PRIMERO: DECLARAR que la señora ANGIE VIVIANA QUIJANO ENCISO y el Dr ADALBERTO CARVAJAL SALCEDO, existieron dos contratos de

trabajo, el primero desde el 26 de abril de 2011 al 20 de enero de 2014 y el segundo desde el 25 de enero de 2014 al 16 de febrero de 2015.

SEGUNDO: CONDENAR al Dr ADALBERTO CARVAJAL SALCEDO a las siguientes sumas debidamente indexadas al momento de su pago a favor de la demandante ANGIE VIVIANA QUIJANO ENCISO.

- A) La suma de \$1.790.660 por concepto de cesantías
- B) La suma de \$2.079 por intereses a las cesantías
- C) La suma de \$895.239 por concepto de compensación de las vacaciones

TERCERO: CONDENAR al Dr ADALBERTO CARVAJAL SALCEDO a constituir a favor de la demandante, la reserva actuarial o título pensional a satisfacción de la entidad administradora seleccionada por la demandante o a la que se encuentre afiliada la demandante por el interregno comprendido entre el 26 de abril de 2011 al 20 de enero de 2014 y desde el 25 de enero de 2014 al 16 de febrero de 2015 teniendo como IBC las siguientes sumas:

2011: 934.642
2012: 820.000
2013: 850.000
2014: 1.732.898
2015: 1.732.898

CUARTO: ABSOLVER al Dr ADALBERTO CARVAJAL SALCEDO de las demás pretensiones de la demanda incoadas en su contra por la demandante

QUINTO: CONDENAR en costas al Dr ADALBERTO CARVAJAL SALCEDO, páralo cual se estiman como agencias en derecho la suma de \$800.000

SEXTO: ABSOLVER a la señora ANGIE VIVIANA QUIJANO ENCISO de las pretensiones incoadas en la demanda de reconversión por el Dr ADALBERTO CARVAJAL SALCEDO”

La Juez para llegar a su decisión señaló, en síntesis: “.. se refirió a las pruebas en primer lugar a las declaraciones, así: **Fabio Andrés González Bocanegra**, compañero permanente de la demandante quien dijo que ella prestaba sus servicios al demandado porque la recogía en la oficina y se dio cuenta que manejaba unos procesos de pensionados de asociaciones sindicales porque una vez duró como 3 días que no durmió haciendo unas subsanaciones de unas demandas como en 300 procesos. Que la Dra. Niriyeth ejercía acoso laboral por eso hizo la demanda, porque la gritaba le decía bruta y lenta casi a diario salía llorando, que muchas veces cuando la esperaba afuera escuchaba que la Dra. Niriyeth la gritaba. **Que en enero del 2014 se fue de la oficina del Dr. Adalberto porque le salió un trabajo en Dolores Tolima pero que sólo duró como 2 días porque el trabajo no era lo que le habían dicho por lo que Angie regreso y Niriyeth le dijo que podía volver a trabajar en la oficina. Diana Marcela Sierra Quijano** prima de la demandante manifiesta que también laboró para el Dr. Adalberto del 2007 al 2013 mediante contrato de trabajo a término indefinido. Que le consta que la demandante era la asistente de la Dra. Niriyeth y la Dra. Ruby que le tocaba corregir escritos, le presentaban escritos por correo para hacer correcciones, presentar tutelas, derechos de petición frente a los procesos de los pensionados del grupo de energía. Señaló que ella junto con la demandante corrigieron algunas demandas y escritos fueron parte del grupo de apoyo para llevar esos procesos. Que ella le daba información de los procesos si se necesitaban

consultas normativas lo hacía Angie por último lo hacía con Ruby y Niryeth. Que no sabe si Angie hizo parte de algún grupo de asesorías u otros temas. Que no le hicieron contrato escrito y lo sabe porque ella era la que proyectaba la nómina de todos, para que la contadora le diera el visto bueno. Que en esa oficina sólo 4 personas tenían contrato de trabajo y que devengó durante el tiempo que laboró la suma de \$800.000. Que no era la abogada y por eso recibía honorarios por servicios y que algunas veces acompañaba a las abogadas a las audiencias para que se entrenara. Que en ese tiempo no llevaba ningún tipo de proceso. Que en ese tiempo cuando los abogados ganaban un proceso se hacía una liquidación de sus honorarios y como incentivo le daban participación a todos incluyendo a la señora de los tintos. Que el horario era de 7:30 am a 5 de la tarde pero que a veces debía quedarse más tarde. Que al igual que su prima también sufrió de acoso laboral; que a veces les tiraban las cosas y que no pedía permiso porque no se los daban. **Gloria Cortes Flautero** puso de presente que tiene una vinculación con el demandado de hace más de 35 años; que en esa empresa les dan la oportunidad de estudiar y formarse como abogados. Que comienzan como dependientes judiciales y luego ejercen funciones como abogados mediante contratos de prestación de servicios. Que la remuneración es como consecuencia de los procesos que salgan favorables. Que no les impiden ejercer su propia profesión. Que ella casi nunca iba a la oficina pero que hace como 5 años vio a la demandante y que algunas veces en las que iba la veía y otras no. Que no observó que le dieran alguna orden, sino que le daban orientaciones de lo que tenía que hacer. Que no le consta que cumpliera horario de trabajo. Que ella llegaba en diferentes horas y que algunas veces no veía a Angie. Que empezó a llevar procesos y bajo su propia autonomía tomaba decisiones independientes refiriéndose a la demandante. Que no tenía un puesto asignado, que al igual que ella se podía sentar en cualquier puesto. Que la señora de servicios generales, recepción y mensajeros son los que reciben un pago por nómina y que los abogados honorarios. Que en algunos casos el Doctor Adalberto le asignaba los casos y en otras oportunidades por sustitución de poder. **Lyda Claudia Quintana Pinilla** contadora desde el año 2005 que en su cargo vigila los soportes de contabilidad en cuanto a que estén al día, liquida los impuestos y revisa la nómina. Que una vez conoció a la demandante en la oficina del Dr. Carvajal porque iban algunos días en la noche y luego señaló que iba 2-3 días en la tarde. Indicando que no siempre veía a Angie y que ella podía dejar de ir porque tenía un contrato de prestación de servicios. Que como a mediados del 2014 se sacaba un promedio para el pago de todos los meses que siempre se le pagó mensualmente de acuerdo a los honorarios de los procesos. **Ruby Alexandra Celis Contreras** señaló que trabaja en la oficina del demandado desde hace 24 años. Que le consta que la demandante fue contratada a finales del 2011 mediante contrato de prestación de servicios en un principio para desarrollar funciones específicas con unas demandadas que adelanta la oficina de unos pensionados de la empresa de energía de Bogotá. Que la demandante apoyaba esos procesos, ayudaba a organizar documentos, contactaba a los pensionados, los atendía en la oficina, que asistió a unas diligencia en sustitución de ella; que en la oficina tenía un escritorio asignado; que no cumplían un horario específico; que cuando inicio el contrato con la oficina estaba ayudando y a veces la demandante tenía que atender asuntos de la universidad por lo que no siempre estaba allí; que la demandante en una época se desvinculó porque le salió un empleo y luego regresó; que los poderes siempre los tomaba el Dr. Carvajal y luego los sustituía; que les asignaba un abogado quien era el responsable del proceso. Que la Dra. Niryeth y ella eran las encargadas de coordinar el trabajo y le pedían a la demandante que sustentara algún escrito; que con orientación

del Dr. Carvajal se hacía seguimiento a lo que hacía la actora. Que nunca se observó un llamado de atención porque lo que se hacía era asignarle algunas tareas y se coordinaba con ella para que ejecutara esas labores. Que la demandante no asistía todos los días. Que asistía entre los horarios de atención al público pero a veces no iba. Que cuando Angie se vinculó a la oficina estaba terminando derecho y empezaron a enseñarle como abordar a los clientes; por lo que empezó a ir con ellas a las diligencias para ver como se hacía; luego ingresó como abogada. Que el Dr. Adalberto le asignaba un proceso y este se desarrollaba dentro de la autonomía profesional; que hacía llamadas y atendía consultas en los sindicatos. Que la demandante hizo parte de un grupo de asesores de un sindicato. Que a la demandante se le pidió que hiciera algunas cosas. Finalmente, señaló que cuando un proceso salía con sentencia favorable se le asignaba al equipo de trabajo un porcentaje, incluso a la recepcionista, a la persona de la cocina y al mensajero. **Luís Alexander Ruíz Piñeros** adujo que el demandado es asesor del sindicato SINTRARED que lo representa desde el año 2011 que a la demandante la conoció en la oficina que ayudaba a elaborar algunos documentos y demandadas a las Dra. Niriyeth y Ruby que son las abogadas de la oficina. Que ellas asesoraban al sindicato que no se dio cuenta como se organizaba el trabajo al interior de la oficina pero que tenían un equipo organizado en virtud del contrato celebrado con el Dr. Adalberto. Que aparte de la Dra. Ruby y Niriyeth habían otras cosas que las atendía directamente el Dr. Adalberto. Que la demandante los asesoró entre los años 2013 a 2015. Que no tenía conocimiento del vínculo que la unió con el demandado. Pero que la demandante los acompañó en algunas reuniones por lo que era reconocida como la abogada de la organización sindical. **Richard Hedizzon Ávila** manifestó que es el Presidente del Sindicato SINTRARED que entre 2014-2015 la demandante hacía parte del grupo de asesores de ese sindicato junto con la Dra. Ruby y la Dra. Niriyeth. Que no vio que le llamaran la atención ni roces entre ellas; que ellas elaboraban documentos y hacían trámites que requieren; que en varias asambleas asistieron las 3 doctoras. Luego analizó los interrogatorios de parte señalando que en cuanto al del **demandado, que** este manifestó que tuvo un contrato con la demandante con dos interrupciones; que firmaron un contrato de prestación de servicios por dos meses que ingresó a prestar sus servicios como estudiante en adiestramiento de manera temporal; aceptó que firmó la constancia que aparece a folio 48; que fue elaborada por la demandante así como la que aparece a folio 100. Así mismo, adujo que la demandante realizaba las actividades que le indicaran las abogadas que trabajaban con él. Frente a la relación de procesos que obra folio 674 – 675 manifestó que el recibía inicialmente el poder contra la empresa de energía porque es la cabeza de la oficina y luego lo sustituía explicando que todas las personas que trabajan en la oficina cuando ganan un proceso el abogado que llevó eso proceso dispone de sus propios recursos hacer unos aportes para entregárselos a los trabajadores. Que todos los escritos que se hayan hecho se hicieron bajo los postulados de la buena fe. En cuanto al rendido por la **demandante,** señaló que dijo suscribió contrato el 20 de enero de 2011 suscribió contrato de prestación de servicios profesionales con el demandado y que si bien no se estipulaba un horario, lo cierto es que ella debía ir todos los días de lunes a viernes entre las 7:30 y las 5p.m. o 5: 30 que por eso llegaba tarde a la universidad que si bien no había en las instalaciones un token para controlar el horario la Dra. Niriyeth siempre llegaba temprano y le tocaba llamarla cuando se iba tarde; que siguió cumpliendo sus funciones; que le asignaron otros temas; que hacía reclamaciones administrativa; presentaba derechos de petición; comenzó hacer la secretaria de todo el mundo; revisaba estados; empezó a recibir órdenes directas de la Dra. Niriyeth no le pagaban

ninguno de los honorarios porque no tenía procesos porque estaba estudiando, aceptó que la firma de los comprobantes de pago que obran en el expediente era de ella; señaló que el 21 de enero del 2014 dejó la oficina porque estaba cansada y le salió un trabajo en Dolores Tolima pero el trabajo no salió bien y duró sólo 4 días por lo que hablo con la Dra. Niriyeth y el Dr. Adalberto le dijeron que no había problema que volviera a trabajar en la firma pero cuando regresó las cosas cambiaron la Dra. Niriyeth comenzó a ejercer actos de acoso laboral porque no quiso firmar un contrato de trabajo que siempre les dijo que la incluyeran en la nómina y la afiliaran a seguridad social pero nunca lo hicieron; que por el acoso de la Dra. Niriyeth no aguantó más y decidió presentar su renuncia motivada frente a las certificaciones señaló que algunas las hizo ellas y otras la Dra. Niriyeth y Ruby pero que todo siempre era revisado por la Dra. Niriyeth y el Dr. Adalberto Carvajal que siempre le dieron un salario mínimo mensual legal pero le pagaban bonificaciones por participación en proyectos; que desde que se graduó comenzó a asistir a audiencias pero no le mejoraron el pago y por eso renunció. Analizadas las pruebas

Que se probó la prestación personal del servicio con el interrogatorio de parte y las certificaciones otorgadas por él. Así como con el testimonio de Ruby. Que las actividades no eran autónomas ni independientes, sino que dependían de las abogadas Niriyeth y Ruby a lo que suma el testimonio de Diana por lo que se presume que hubo una relación de trabajo entre las partes. Declara la existencia de dos contratos de trabajo, el primero desde el 26 de abril de 2011 al 20 de enero de 2014 y el segundo desde el 25 de enero de 2014 al 16 de febrero de 2015. Condena al pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y a constituir a favor de la demandante, la reserva actuarial o título pensional a satisfacción de la entidad administradora seleccionada por la demandante o a la que se encuentre afiliada.

Inconforme con esta decisión las partes interpusieron recurso así:

Parte actora: *“En este sentido la parte actora pide al juez superior que tenga en cuenta las siguientes situaciones respecto a las pretensiones de la demanda: una de las pretensiones básicas era que se declarara la existencia de un contrato realidad, toda vez que se presentaron las 3 situaciones que dan cuenta como la misma juez A quo lo señaló cuando citó bastantes folios respecto a las órdenes que recibía en cuanto que no era autónoma en la prestación del servicio la juez a quo está haciendo unas inferencias respecto a la presunta existencia de un contrato de trabajo a un contrato de prestación de servicios en ese orden de ideas le pido al juez Ad quem para que haga una reconsideración de esas inferencias en cuanto a que una persona que recibe órdenes no importa la condición que tenga de abogado o profesional en la medida que no era autónomo para tomar decisiones propias en ese sentido es que yo creo que eso de la subordinación es más que probado si se revisa cada uno de los correos electrónicos folio 220 -221 – 222-226-227-249-224 como para poner unos ejemplos en lo que tiene que ver con esa subordinación. La prestación del servicio no la pudo derruir el demandado acredito esa prestación del servicio por parte de la demandante que ya serían dos los elementos que se presentan y el tercero con base en lo que dijo una de las testigos quien realmente era quien recibía órdenes para la elaboración*

de la nómina ella da cuenta de la existencia de que le entregaban 800 mil pesos mensuales como remuneración desde el comienzo de la relación Respecto al hecho y eso en cuanto a lo que tiene que ver con el segundo extremo laboral que se da entre el 25 de enero de 2014 y el 16 de febrero de 2015 en ese sentido es que se está haciendo la apelación para que dentro de este lapso de tiempo en el cual la demandante prestó completamente sus servicios bajo la figura de subordinación sin la existencia de ningún tipo de contrato de prestación de servicios porque realmente no acreditó el demandado la existencia de ningún tipo de contrato entonces no se puede hacer inferencia a partir de que otros abogados dicen como están ellos o en qué condiciones están ellos para que aquí se le atribuya a una persona que recibe su título que estaba en ese mismo sentido laborando y en ese orden de ideas, **la apelación se orienta a que las pretensiones en cuanto que tiene que ver con el reconocimiento de diferencia salarial en cuanto a lo que tiene que ver con cesantía con prestaciones sociales realmente y más las indemnizaciones sean tenidas en cuenta de acuerdo a como se presentó en la demanda toda vez que nunca el demandado pudo derruir el hecho de que la demandante prestó sus servicios como una subordinada una empleada una persona que en ningún momento era autónoma en la prestación de sus servicios y como lo dije en los alegatos de conclusión una de las condiciones para que se tipifique un contrato de prestación de servicios es que haya autonomía e independencia** y en ese orden de ideas los correos de 2014 en adelante en ningún momento dan cuenta de que la persona estaba cumpliendo alguna labor independiente sino que estaba dependiendo de las orientaciones y que siempre tuvo más o menos a pesar de su título el cargo de dependiente o de apoyo administrativo para la función de la Dra. Niyireth. **En cuanto al tipo de desvinculación en el cual ella tuvo que presentar una carta motivada en el sentido de que estaba siendo víctima de acoso laboral y desconocimiento de funciones pues también esas técnicas científicas de la sana crítica y de la experiencia pueden deducir de esos escritos de correo que mantuvo con una persona vinculada también a la entidad al buffet de abogados del Dr. Adalberto Carvajal donde realmente allá también se puede hacer una inferencia de lo que ella estaba haciendo víctima** y que también se tenga en cuenta una persona que trabajo allá que dijo que no había iniciado una demanda en agradecimiento pero que también había sido víctima de acoso laboral, también invite a que se hiciera una evaluación de la forma en que se hacían las preguntas la Dra. Niyireth a la demandante en el interrogatorio de parte que absolvió y en el cual se puede ver que si hay esa tendencia a como a demostrar psicológicamente cierta animadversión contra esa persona lo cual no se hizo con los testigos que llevó la demandante que se tengan en cuenta todas esas razones que se presentan tanto en la demanda como en los interrogatorios que hubo tanto en los testigos de la parte demandante como de la parte demandada para que de ahí se pueda inferir realmente que lo que hubo fue siempre un contrato realidad y que haciendo una recopilación de todos los elementos de prueba que se copiaron dentro de la demanda que se tenga en cuenta tanto las deposiciones en los correos electrónicos en donde ella simplemente recibe órdenes a pesar de que era una profesional de que de alguna manera también se tenga en cuenta que ella nunca fue independiente en el desempeño de sus funciones y de su trabajo y que se tenga en cuenta el contenido de los textos de los whatsapp que se copiaron para que también, **se haga una inferencia razonable y lógica en cuanto a que si había un acoso laboral para que esta persona hubiera sido obligada a renunciar motivadamente y para que se tengan en cuenta todas las pretensiones que se piden para este caso del segundo extremo laboral que se dio entre 25**

de enero de 2014 y el 16 de febrero de 2015 con todo lo que tiene que ver con todas las prestaciones prima de vacaciones las debida indemnizaciones por cada uno de esos ítems y lo mismo lo que tiene que ver con la indemnización en cuanto a que fue un despido indirecto el cual la ley laboral lo interpreta como un despido sin justa causa. En ese orden de ideas es el contenido de la apelación con que ruega sea aprobada ante un Juez Superior.

Parte demandada: “Solicita se absuelva de las pretensiones de la demanda y se emita condena conforme las emitidas en la demanda en reconvencción. Se deberá mantener sólo el numeral cuarto de la sentencia en cuanto absolvió de las demás pretensiones de la demanda, para lo cual solicita se tengan en cuenta los siguientes argumentos que expongo: que reconoce el esfuerzo de la juez para interpretar las pruebas allegadas por la parte demandante a fin de encontrar un contrato de trabajo el cual es inexistente. Que los artículos 60 y 61 le imponen al Juez hacer un análisis total de las pruebas y a formar un libre convencimiento con base en todas las allegadas y practicadas de manera oportuna en ese sentido considero que solo se le dio valor o solo se tuvieron en cuenta alguna de las allegadas por la señora Angie Quijano pero **con un contenido completamente distinto al que realmente demuestran frente al aspecto jurídico que se discute en este caso como es la inexistencia de un contrato de trabajo de carácter subordinado que no logró ser demostrado o que según los términos de la jurisprudencia actual quedó absolutamente desvirtuado por la parte demandada. En primer lugar, advierte que no se valoró el contrato de prestación de servicios que obra en el expediente suscrito el 26 de abril del 2011 y que reposa a folio 41 y 42 el cual no solo fue allegado por la demandante sino también por el demandado al dar contestación de la demanda. La demandante y demandada en reconvencción reconoce que con base en este documento se dio inicio a una relación profesional de trabajo no subordinada en la cual estuvieron presentes los mismos elementos hasta el final hasta el día en que ella decidió voluntariamente retirarse por segunda vez del equipo de trabajo del Dr. Adalberto. Las diversas certificaciones que obran en el expediente pueden mencionar dentro de ellas la que obra a folio 93 pero especialmente la que se evidencia a folio 230 del expediente con la cual se evidencia que la demandante ha reconocido, reconoció antes y durante y después de la vinculación la existencia de un contrato de prestación de servicios o que su relación estaba regulada por una prestación de servicios cuya remuneración se pactó por honorarios en las cuantías allí establecidas frente a lo cual no existió ningún reparo por parte de la demandante . Que se debe tener en cuenta la actitud de la misma demandante en cuanto ella era concedora de que su vinculación era autónoma e independiente y que se encontraba en la oficina del Dr. Adalberto con el propósito no sólo de adquirir el conocimiento y las destrezas necesarias para desempeñarse como abogada sino en el ejercicio mismo de la profesión como tal después de que adquirió el título de abogada. Que el valor probatorio que la Juez le da a los correos electrónicos que se mencionan en la sentencia en los cuales aparece la Dra. Celis o la apoderada incluso otros abogados de la oficina como la Dra. Martha Cristina Carvajal enviándole correos a Angie en los cuales se pone en consideración algunos documentos para su revisión para que aportara algo con lo jurídico y con lo que estaba aprendiendo en la oficina con lo que se estaba entrenando en la oficina como abogada fueron equivocadamente valorados esos documentos no contienen ni una sola orden dada por el Dr. Adalberto lo cual se evidencia con los testimonios rendidos por**

*todas las personas que estuvieron presentes en el proceso lo que evidencian es un sistema de trabajo al interior de la oficina del Dr. Adalberto en el cual todos hacen aportes jurídicos alguien debe proyectar un documento y las demás personas hacen sus aportes y revisan corrigen analizan **sin que sea entendido como una subordinación como erradamente se entendió al proferir la sentencia de primera instancia.** Que no aparece ni un solo correo ni un solo documento ni una sola constancia que demuestre que el DR. Adalberto demandado en el presente proceso era quien le daba supuestas órdenes a la señora Angie. De las constancias que allegaron los abogados que actualmente se encuentran o que para el momento de la contestación de la demanda se encontraban vinculados se ratifica la existencia de ese sistema de trabajo interno de la oficina que no puede modificarse a través de una sentencia judicial para darle unos efectos que no corresponde. Que las discusiones jurídicas que se presentan al interior de la oficina se evidencian no solo a través de correos electrónicos sino en reuniones permanentes que se realizan al interior de la entidad como lo pudo evidenciar la Dra. Gloria Cortés y la Dra. Luisa en su testimonio. Quedó plenamente establecido y demostrado que Angie mientras adelantaba sus estudios ejerció y realizó labores de carácter autónomo e independiente que se regían a través de un contrato de prestación de servicios cuyos términos fueron plenamente conocidos por ella primero de manera escrita y luego en virtud del principio de buena fe constitucional que existió entre las partes. Quedó claramente demostrado y así se acepta en la sentencia que ella dentro de ese principio de autonomía decidió explorar otras alternativas de trabajo lo cual hace parte del sistema de trabajo que tienen en la oficina del Dr. Carvajal decidió retirarse irse y buscar una nueva posibilidad no durante 4 días como equivocadamente se anuncia en la sentencia sino durante varios días que estuvo en ese Municipio y luego mientras se acordaba la posibilidad de su regreso a la oficina en las mismas condiciones que tenía es decir mediante un contrato de prestación de servicios devengando unos honorarios dependiendo el trabajo que realizara y en atención a las asesorías que le fueran asignadas con las organizaciones sindicales debía elaborar su propio contrato de trabajo motivo principal de controversia entre ella y la apoderada como en efecto se ha señalado y quedo evidenciado en este proceso al absolver el interrogatorio de parte. En ese chat que se allegó al expediente se confiesa por parte de la demandante que se negó a suscribir el contrato de prestación de servicios que se había comprometido hacer a su regreso del Municipio de Dolores Tolima para establecer con claridad cuáles eran esas condiciones en las que podía seguir desarrollando como abogada con el Dr. Adalberto. Que no es cierto que haya recibido un salario y que este haya sido el MLMV como lo dice al absolver el interrogatorio de parte pues se acordó entre las partes que se devengaría un valor mensual por concepto de honorarios y que se establecería un rubro por la participación en las asesorías jurídicas que ella manejaba colectivamente con la Dra. Ruby Alexandra Celis y la apoderada. Que en los cobros de honorarios y la certificación expedida por la contadora de la oficina la cual fue erróneamente valorada por la Juez se anuncia de manera clara y específica de acuerdo a lo que se pactó con el Dr. Adalberto fueron honorarios sin que haya existido reparo alguno durante la vigencia de esa relación de trabajo a pesar del conocimiento que tiene sobre las normas jurídicas y especialmente de las normas laborales para entender cuál es la connotación que tienen dichos pagos bajo el rubro de honorarios. Que nunca exigió el cambio de los mismos o pactar un salario o considerar que en su caso debió haber existido formalmente un contrato de trabajo regulado en los términos de los artículos 22, 23 y 24 del CST en ese sentido también ruego tener en cuenta las consideraciones jurídicas expuestas durante el momento que presente*

*alegatos de conclusión las cuales no fueron analizadas por la Juez en su decisión y aspiró que el Tribunal las considere a efectos de que se tenga como desvirtuada la existencia del contrato de trabajo que parcialmente se declara. Nunca hubo prestación de un servicio de la demandante para el Dr. Adalberto se evidencia en los correos electrónicos en los cuales otras personas pertenecientes a las organizaciones sindicales o a la asociación de pensionados le emitían a la demandante. Que llama la atención que no haya entregado la totalidad de los correos en los que se evidenciaba cual es la correlación entre un correo y otro o las respuesta para demostrar su relación de asesora como abogada parte integrante del equipo de trabajo del Dr. Adalberto al servicio de los trabajadores colombianos. Que puede reafirmar que los servicios que ella prestó estaban dirigidos a la comunidad que busca la prestación de servicios del Dr. Adalberto insisto trabajadores individualmente considerados o trabajadores que buscan asesoría permanente de parte de Angie como abogada. Que la remuneración de estas personas viene es de esas entidades y no del Dr. Adalberto. Que los pagos que recibió como abogada a título de honorarios no fueron cancelados siempre por Adalberto solo había una cifra mensual pactada bajo ese concepto y lo demás que certificó la contadora en virtud del principio de la buena fe y en aras de esclarecer el proceso correspondían a participaciones que entregaban otros asesores u otros abogados en procesos favorables. Que parte de sus honorarios iban a remunerar la condición de integrantes de un equipo de trabajo que tienen todos en la oficina del Dr. Adalberto sin que importe su condición o su contrato de trabajo. Que la subordinación es el principal elemento para demostrar la existencia de un contrato de trabajo. Que mientras que fue estudiante colaboró como asistente judicial como ella mismo lo declaró en el interrogatorio de parte y en la elaboración de las diferentes certificaciones que le pidió al Dr. Adalberto obró como por decirlo de alguna manera como auxiliar judicial o dependiente judicial sin que existiese una relación subordinada de trabajo y eso no se puede confundir con la obligación que tenía tanto Adalberto como los demás abogados que hacemos parte de su equipo de trabajo de vigilar de controlar o coordinar el trabajo que se haga por parte de todos los integrantes. Anuncie en ese sentido la aplicación del art. 28 de la Ley 11 23 del 2007 estatuto del abogado. Que esa actividad de control de seguimiento para garantizar resultados por lo menos favorables o acorde con el trabajo que debe realizar un abogado tiene que ver con la forma de trabajo que se manifiesta en la oficina como en los demás documentos que se allegaron como prueba por ambas partes. Igualmente, en los términos del artículo 61 frente al libre convencimiento que deben tener los Jueces de la República frente a todas las pruebas allegadas de manera oportuna se podría valorar la actitud de los testigos de la parte demandante como de quien absolvió el interrogatorio de parte al no ser claros en las respuestas dadas en sus interrogatorios. Que la señora Ana Quijano estuvo solamente hasta el año 2013 por esa razón no puede dar fe de nada de la vinculación de Angie una vez obtuvo su título profesional. **En el folio 105 hay una prueba irrefutable que demuestra la autonomía con la cual actuaba Angie en su condición de abogada quien además gestionó procesos de manera autónoma libre con el nombre del Dr. Adalberto y obtuvo unos beneficios en su favor como queda demostrado a través de ese documento. Que su condición de asesora de varias organizaciones sindicales queda demostrada con varios folios 130-147-161 que se aportaron en la demanda. En estos términos insiste en que no existió entre las partes ninguna relación de trabajo subordinada. Su condición de abogada y asesora autónoma la reconoce en varios documentos. En cuanto a la demanda de reconvención el sólo hecho de haber puesto en duda la condición de empleador que queda desvirtuada de***

una persona como el Dr. Adalberto que ha sido reconocida su trayectoria de asesor sindical y defensor de los trabajadores es un daño gravísimo a su buen nombre y a todo su equipo de trabajo quienes se han dedicado exclusivamente a defender los derechos de los trabajadores. Que ese chat que se aporta con la contestación de la demanda lo que se evidencia es un maltrato por parte de la demandante al Dr. Adalberto y al equipo. Que su condición de abogada le impone la obligación de referirse a sus semejantes de manera respetuosa, por lo que es imposible que trate de usar ese mismo chat en contra del Dr. Adalberto. Que en este sentido es claro que el Dr. Adalberto ha tenido que hacer una inversión enorme para defenderse en este proceso....”

CONSIDERACIONES

En virtud de lo establecido en el art 66 A del C ST la Sala resolverá los recursos de apelación, empezando por razones de método por el de la demandada.

Efectivamente el eje central de la litis en la primera instancia fue la determinación de existencia o inexistencia de un **contrato de trabajo**, hecho en el que insiste la parte actora, mientras que la demandada lo niega asegurando que el contrato fue de prestación de servicios y desarrollado de manera autónoma.

Desde ya advierte la Sala, que la Juez no solo valoró las pruebas minuciosamente sino además acertada y apegada a lo que ordena la ley y con base en viejos criterios jurisprudenciales.

Fue así como concluyó, que **el primer elemento del contrato esto es la prestación personal del servicio, quedó definitivamente acreditado**, observando la Sala que lo fue desde la contestación de la demanda, en donde se acepta solo que bajo el argumento de ser regulado por un contrato de prestación de servicio.

Pero no solo en eso se apoyó la Juez sino también en el interrogatorio de parte del demandado, en el cual claramente no solo confesó la existencia de dos contratos, aunque dijo de servicios; sino que aceptó que firmó la constancia que aparece a folio 48 del expediente en la que textualmente se lee: “ *Como propietario y director de la firma ADALBERTO CARVAJAL &*

*ABOGADOS, hago constar que la señorita ANGIE VIVIANA QUIJANO ENCISO identificada con Cédula de Ciudadanía N° 1.026.267.081 de Bogotá labora en esta entidad desde el 26 de abril de 2011, primero en el cargo de Asistente jurídica y ahora como Abogada, mediante un contrato de prestación de servicios, por el cual percibe mensualmente un valor aproximado de **UN MILLON QUINIENTOS MIL PESOS** como honorarios y participación en procesos jurídicos...”;* y aunque en la demanda de reconvención se afirmó que esta certificación había sido expedida como un favor ninguna prueba hay de ello, y el que haya sido elaborada por la demandante ningún valor probatorio; **sobre la prestación del servicio le resta, pues el demandado la suscribió sin objeciones y siendo concedor de lo que esto implicaba, entre otras razones y justamente por especialidad en asuntos del derecho del trabajo.**

Demostrada entonces la prestación del servicio, con estas pruebas y otras como declaraciones de testigos de la demandada; que lo aceptaron como por ejemplo el de la Dra Ruby Alexandra Celis Contreras y también los extremos de las dos vinculaciones, pues contrario a lo afirmado por la recurrente si se acreditó solo esa interrupción; opero **la presunción consagrada en el art 24 del C S T, en favor de la demandante a la que solo le bastaba probar se itera ese primer elemento del contrato de trabajo consagrado en el artículo 23 del C S T, correspondiéndole al empleador desvirtuarla, mediante la demostración del hecho contrario, para lo que no bastan las afirmaciones, sin que lo haya logrado como equivocadamente se sostiene en el recurso.**

Definitivamente al respecto es claro, que tratándose de la existencia de contrato de trabajo la ley exige la coexistencia de tres elementos esenciales, a saber: i) la actividad personal del trabajador; ii) la continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto del empleador, entendida ésta, como la facultad del empleador para exigirle a su trabajador el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto a modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamento, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato y iii) el último de los elementos es el salario como retribución del servicio y también lo es que una vez reunidos estos tres elementos, -señala el artículo 23 del CST,- **se entenderá que existe contrato de trabajo y que no dejará de serlo por razón del nombre que se le dé ni**

de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. (Es decir así se le denomine de prestación de servicios o se celebre intuitu personae, pues esto antes que desvirtuarlo lo confirma).

De manera que errado resulta lo afirmado en el recurso sobre que no se valoró el contrato de prestación de servicios, pues a pesar de su existencia en la realidad quedó demostrado la existencia de uno de trabajo; no le correspondía a la demandante probar subordinación, pues **se itera** si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, **le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada, o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.** sin que sobre recordar que así lo ha aclarado la jurisprudencia, con sentencias esas sí aplicables y que datan de 1959 (dic 16), cuando la H Corte señaló:

*“Si para configurarse la existencia de un contrato de trabajo fuese indispensable la demostración plena de los tres elementos o requisitos fundamentales señalados por el artículo 23 del Código sustantivo del Trabajo, ello significaría que la norma del 24 sería inoperante e inocua. Por el contrario, con la demostración del servicio, **se presume el contrato de trabajo, sin que sea necesario, en general producir la prueba de subordinación**”.*

Si la parte en contra de la cual obra la presunción, es decir la que alega que el contrato no era de trabajo, nada hace para desvirtuar esta presunción legal, más que se insiste afirmarlo, debe inevitablemente sufrir las consecuencias adversas de la decisión del litigio, como en este caso sucedió, toda vez que por el contrario existen pruebas que lo corroboran como la confesión del demandado, quien aceptó que la actora recibía órdenes de las abogadas y las demás valoradas también por la Juez como declaraciones de testigos y documentales. Finalmente, ninguna fuerza para destruir la presunción tiene las declaraciones de algunos presidentes de sindicatos, clientes de la oficina, ni de ellas ni de documental alguna se puede llegar a concluir que la demandante era abogada asesora autónoma, entre otras

razones no debe olvidarse que solo en 2013, la demandante adquiere el título de abogada y luego de ello nunca ejerció labores de manera independiente, tal y como también concluyó la Juez.

Y es que el tema de la prueba también ha sido aclarado tiempo atrás por la jurisprudencia, quien desde 1965 en sentencia de abril 9 indicó que el artículo 24 del CST solo otorga una ventaja probatoria y no define necesariamente la contienda. Se dijo en esa oportunidad: “La presunción legal a que se refiere el artículo 24 no define necesariamente la contienda, con imposición de derecho. **Su virtud consiste en relevar al trabajador de toda otra actividad probatoria, en torno a la existencia del vínculo contractual...**” no debe olvidarse que el contrato de trabajo es un contrato realidad y prevalece sobre cualquier denominación que quiera dársele.

En consecuencia, SE CONFIRMARÁ la sentencia, pues ninguna fuerza tienen, los argumentos de la recurrente para quebrar la decisión, como tampoco y desde ya advierte la Sala los de la parte actora; en su recurso que pasa la Sala a resolver en sus dos puntos; esto es diferencia salarial e indemnización por despido indirecto.

De la diferencia Salarial

Esta pretensión solo podría encontrar sustento en la aplicación del principio “a igual trabajo igual salario”, contenido en el art 143 del CST, y debe ser examinado **en cada caso ya que depende del análisis de circunstancias propias que debe revisar cuidadosamente el operador judicial de acuerdo con las pruebas, sin que para ello simplemente baste acreditar una profesión, como al parecer se sostiene en el recurso.**

Respecto a este principio consagrado en el artículo 143 del CST que consagra a trabajo igual salario igual, la Sala se permite hacer las siguientes precisiones.

El principio de igualdad en el campo salarial, se encuentra establecido en el Código Sustantivo del Trabajo, en el Art. 143 así:

“1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo 127.

2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.”

En atención a que este principio ha sido aclarado por inveterada jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como por la Corte Suprema de Justicia, trae a colación esta Sala, algunas de las más importantes y recientes, con miras a soportar la decisión de esta instancia:

Sentencia T-079 de 1995

“(…)

CUANDO PUEDE HABER DIFERENCIA SALARIAL TRATANDOSE DE UNA MISMA ACTIVIDAD LABORAL.

Hay situaciones en las cuales puede ser diferente la remuneración para trabajadores que desempeñan un mismo puesto, o cargo, en el mismo lugar, con la misma intensidad horaria. Esto ocurre porque la remuneración es:

"proporcional a la cantidad y calidad del trabajo" (artículo 53 de la Constitución del 91).

Estos factores cuantitativos y cualitativos no contradicen el principio de la igualdad porque, como ya lo dijo la Corte en la sentencia C-71/93, no hay que confundir la igualdad con el igualitarismo y el derecho a la igualdad implica hacer diferencias donde éticamente se justifiquen. Luego, si OBJETIVAMENTE un trabajador produce MAS y MEJOR que sus compañeros es justo que la retribución sea mayor. El mismo Código Sustantivo del Trabajo (hoy artículo 14 de la Ley 50 de 1990) establece:

"Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones."

(…)

(…)

-El Artículo 143 CST.: Establece los factores que deben tenerse en cuenta para equiparar el salario, en donde lo principal es la eficacia del trabajo.

Surge de esta enunciación la posibilidad de una acción para que los organismos jurisdiccionales coloquen al trabajador y su salario en la misma situación en que el principio legislativo los quiso colocar.

Y al mismo tiempo surge como factible la perspectiva de salarios distintos siempre y cuando la diferenciación sea razonable (cantidad y calidad del trabajo, art. 53 C.P.), y sea objetiva y rigurosamente probada por el empleador.

El tratadista español Alfredo Montoya Melgar dice al respecto:

En cuanto compensación de un trabajo, la cuantía del salario ha de fijarse atendiendo a la calidad y cantidad de dicho trabajo, prohibiéndose las discriminaciones y tratos de favor basados en circunstancias personales, tales como sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, etc. (art. 17.1 ET); específicamente, el art. 28 ET dispone, en la línea del art. 35.1 Const., que el empresario está obligado a "pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario, tanto por salario como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo"; principio acogido en el Conv. de la OIT N° 100, en la Carta Social Europea, en el Tratado de la C.E.E. (art. 119) y Directiva de 102. 1975¹³ por otra parte, la legislación equipara los salarios de extranjeros y nacionales (art. 32 D. 1.119/1986, de 26.5).

(...)

(...)

(....)

La carga de la prueba del trato distinto, corresponde al empleador. Es una inversión del ONUS PROBANDI, en cuanto quien alega la vulneración del principio de igualdad no está obligado a demostrar que es injustificada la diferenciación que lo perjudica, esto ha sido aceptado por la Corte Constitucional en la sentencia T- 230 de 1994, anteriormente transcrita y es reiteradamente acogido por el Tribunal Constitucional Español¹⁴

En nuestra normatividad constitucional, esta apreciación sobre la carga de la prueba tiene su asidero en el artículo 13 de la C.P. que establece la igualdad y prohíbe la discriminación, sabio principio que es particularmente importante en el derecho laboral, por eso en cualquier contrato de trabajo, sea escrito o verbal va implícito el derecho fundamental que tienen todos los trabajadores a recibir trato jurídico igual para condiciones semejantes, salvo, como ya se dijo, que la diferenciación busque un fin constitucionalmente lícito, tenga respaldo razonable y esté objetivamente demostrado, en otras palabras: que la distinción no se convierta en discriminación.

En conclusión. Quienes tienen la carga de probar la inexistencia de la desigualdad o la razonabilidad y objetividad del trato diferente son los empleadores a quienes se les imputa la violación al principio de igualdad. El afectado con el real o presunto trato desigual sólo debe aportar el término de comparación.

Luego de analizada esta jurisprudencia y doctrina, aplicándola al caso que hoy nos ocupa, encuentra la Sala, que no se aportó ni siquiera un rango determinado de comparación, más que afirmaciones relativas a la subordinación que nada tienen que ver con el principio ni probó o no justificó un trato diferente, siendo importante destacar que no basta el ejercicio de una

¹³ *Sobre la Directiva y Jurisprudencia. A. Montoya, J. Galiana y a. Sempere: Instituciones de Derecho Social Europeo, Madrid, 1988, págs. 20 y sigs. Cfr. también Ss. TJCE 4.2.88 (Caso Murphy) y 17.10.89 (caso Danfoss).*

¹⁴ *Ver Sentencias 38/81, 103/83, 81/82.*

profesión para que hacer esta declaración, sin que sobre insistir en que solo hasta 2013 se obtuvo el título sin que tampoco ello baste para que se llegue a esta conclusión.

Del despido indirecto

Basta para confirmar la decisión de la Juez, con expresar que cuando es el trabajador quien invoca una justa causa para finalizar el contrato, denominada efectivamente esta figura como despido indirecto, debe probar los hechos en que se fundamenta, sin que una sola prueba exista de lo que denominó acoso laboral, sin que puedan hacerse al respecto “inferencias”, como aduce en el recurso, pues el Juez debe fallar con base en pruebas, que en este caso brillan por su ausencia.

Por lo expuesto se itera se CONFIRMA la sentencia en todas y cada una de sus partes.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 14-2018-650-01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

**DEMANDANTE: MARIA DE LOS ANGELES MAHECHA
SANCHEZ**

DEMANDADO: ARQ SAS

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), Previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

ALEGACIONES

Durante el término para presentar alegaciones, fueron allegadas las de ambas partes; la demandada solicita se confirme la decisión.

P R E T E N S I O N E S

MARIA DE LOS ANGELES MAHECHA SANCHEZ, mediante apoderado, instauró demanda contra **ARQ SAS** para que, mediante el trámite de un proceso ordinario laboral, se declare que existió un contrato entre el 1 de febrero de 2018 y el 12 de junio del mismo año, que el contrato terminó sin justa causa. En consecuencia, solicita indemnización por despido indexada, extra y ultra petita y costas del proceso. (fls 38 al 49).

En síntesis, como fundamento de las pretensiones afirma que la demandante prestó servicios a la demandada en las fechas indicadas y bajo la modalidad de contrato por obra o labor, con un salario de \$4.500.000, en el cargo de residente de interventoría en el proyecto Marymount de la etapa 2 Plan Maestro Colegio Marymount- Bogotá, que la duración del contrato era hasta que terminara el proyecto, que el plazo de

ejecución pactado fue de 28 meses, que a la presentación de la demanda estaba vigente hasta el 30 de diciembre de 2019, que subsisten las causas objetivas, que el 12 de junio de 2018 solicitó permiso por cuestiones de salud de la madre, que ese mismo día le fue terminado el contrato mediante llamada telefónica, informándole que el 15 de junio le estarían consignando las prestaciones, que el 13 de junio fue invitada a conversar de la terminación por mutuo acuerdo, que el 18 de junio la demandante asistió a una reunión y no aceptó dar por terminado el contrato de mutuo acuerdo, que el 22 de junio y por tercera vez solicita carta de terminación del contrato, que en esa fecha le responden que se presente el 25 a laborar so pena de iniciar proceso disciplinario, que el 27 de junio le informan que no le han terminado el contrato y que se presente a laborar, que el 30 de junio la actora cita a la empresa al Ministerio del Trabajo, que el 30 de junio le consignan prima y el 12 salario, que el 10 de agosto le entregan liquidación. (fls 38 al 49).

La demanda fue contestada mediante apoderado oponiéndose a las pretensiones, afirmando que la demandante quien dejó de laborar desde el 12 de junio de 2018 y por tanto las pretensiones carecen de fundamento. En cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1, 2,5, 6,7,20,24 y 25 negó los demás. Propuso las excepciones de prescripción inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y las demás que aparezcan probadas y puedan declararse de oficio. (fls 84 a 90).

Tramitada la primera instancia, la Juez 14 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, el diez (10) de agosto de dos mil veintiuno, (2021), por la que resolvió **ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la parte actora.**

Para llegar a esa decisión señaló el Juez en síntesis que: “.... Señaló que no existió discusión de contrato extremo inicial y duración del mismo, hechos no solo aceptados en la contestación de la demanda, sino corroborados con documental aportada, tampoco fue discutido el salario devengado. Se refirió a la carga de la prueba señalando que el demandante debe probar el despido y al demandado las causales o hechos generadores del mismo. En este caso mientras la parte actora asegura que fue despedida, la demandada afirma que fue la demandante quien abandonó injustificadamente el sitio de trabajo. En ese orden se refirió a las pruebas. Dijo que a folio 19 aparece un correo en donde la actora informa la imposibilidad de asistir a la obra en tanto tenía que atender compromisos de orden personal, a folio 20 misiva electrónica enviada la coordinadora de recursos humanos con copia al gerente el 12 de junio de 2018, pasadas la seis de la tarde en donde indica que teniendo en cuenta una conversación telefónica con Mónica Mora requiere que le envíen la carta de despido y la certificación laboral, misiva que fue contestada por el gerente Ricardo Leguizamón el 13 de junio siguiente a la 1:07 en la que textualmente le manifiesta que es de su interés terminar las relaciones laborales de manera adecuada por lo que la invita a conversar. Pese a ello a las 3:10 la demandante radica comunicación física reiterando su solicitud de que se le haga

entrega de la carta de despido, donde se indiquen las razones por las cuales, la arquitecta mora telefónicamente le terminó el contrato. (fl 24). Simultáneamente en horas de la tarde de ese día la actora y el representante, sostienen conversación por wathsapp, para conversar sobre la terminación del contrato de mutuo acuerdo, agregando que recibieron muchas quejas de Mónica, por lo que querían conversar sobre la terminación del contrato, aclarándole que como gerente él era el único que tenía poder de decisión sobre cualquier tema contractual; frente a lo cual la demandante ratificó su deseo de saber las razones del despido, poniendo de presente que la arquitecta Mónica vía telefónica manifestó razones de orden personal y que se debió seguir el conducto regular. Obran también comunicaciones una de 21 de junio de 2018 (fl 25), en la cual la actora solicita carta de despido mientras que la demandada en esa misma fecha requiere a la actora para que se presente el 25 de junio a cumplir con sus labores y a su vez justifique las razones por las que no lo ha hecho desde el 12 de junio de ese año. La demandante contesta (fl 27), ese mismo día haciendo un recuento e insistiendo en que fue despedida por él y su jefe inmediata sin justa causa e insiste en solicitar la carta. La empresa insiste por su parte en que se presente a la empresa a fin de cumplir con sus funciones, poniéndole de presente que no se le ha dado por terminado el contrato, que el único que puede hacerlo es el gerente y que desde el 18 de junio se le informó que el contrato seguía vigente. Se refirió al interrogatorio de parte del representante legal quien insistió en que nunca se le terminó el contrato que por el contrario se le requirió para que asistiera a laborar lo que no atendió y que lo que hubo fue abandono del cargo. La actora señaló en interrogatorio de parte dijo que no atendió los requerimientos para presentarse a laborar dado que ya la habían despedido. También se refirió a la declaración de ANGELA PATRICIA CORREA, coordinadora de recursos humanos quien relató que en reunión sostenida con la demandante y el gerente y dada la inasistencia de la actora se le propuso reubicarla en otra obra y que continuara prestando los servicios señalándole que la única persona facultada para despedirla era el gerente y no la directora de obra señora Mónica. También obra el testimonio de DIANA CAROLINA YOMASA, que el juzgado consideró irrelevante porque su dicho fue resultado de la amistad con la demandante siendo ella la que le contó todo sobre lo que podía declarar, luego no aporta nada para esclarecer los hechos. Analizados todas esas pruebas en conjunto la Juez concluyó que el despido que se afirma provino de la directora de obra, siendo necesario remitirse al certificado de existencia y representación de donde se colige que la representación legal estaba en cabeza del gerente y ante sus faltas en cabeza de los subgerentes y dentro de las funciones que tenían estaban nombrar y remover todos los cargos sin que aparezca que la señora Mónica Mora hiciera parte de esa estructura orgánica desempeñándose en ninguna subgerencia y que por ende tuviera facultades para ejecutar actos o contratos o tomar decisiones para obligar, o ni siquiera que pudiera representar al empleador en los términos del art 32 del CST, por manera que las decisiones que tomaba por fuera de su cargo no podía tener efectos para la sociedad, luego la manifestación que dice la demandante le hizo esta vía telefónica, no tenía esa capacidad de terminar el contrato, lo que sabía la actora desde que suscribió el contrato, pues fue el señor Ricardo Leguizamo, quien lo suscribió luego las decisiones eran de él y no de un mando medio, Pero además porque desde que se le hizo esa manifestación la actora requirió a la coordinadora de recursos humanos y al gerente, luego si sabía que la decisión debía provenir de la gerencia y no de su jefe inmediato. Claro queda que el representante legal no terminó el contrato y por el contrario convocó a la actora a laborar, por tanto, la inasistencia no podía ser justificada por un presunto despido que no provino de quien podía hacerlo, sino que obedeció a una decisión de la trabajadora. Citó la sentencia de 5 de diciembre de 2001 Rad 17215, en la que se refiere al abandono del cargo que si bien

no es una figura propia del derecho laboral de particulares, da lugar a terminación con justa causa....”

Inconforme con esta decisión la parte demandante interpuso recurso: “ *si bien es cierto no se discutieron puntos centrales los argumentos de la sentencia se ciñen a demostrar que el término de la relación aboral fue por una supuesta inasistencia y aduciendo que fue la actora quien terminó la relación laboral, lo cual no es cierto y por el contrario está claramente probado que la empresa fue quien terminó el contrato sin justa causa, prueba de ello es lo declarado por el representante legal y las pruebas documentales que no fueron tachadas y desconocidas y además en las reuniones se trató la terminación y eso deja en claro la mala fe pues él era el motivo de la reunión. Además, en el interrogatorio de la demandante ella dijo claramente que le terminaron el contrato y que fue la ingeniera Mónica quien lo hizo quien era su empleadora directa. También la testigo que coordina recursos humanos dijo que las prestaciones se consignaron a partir del 12 de junio del 2018, fecha en que la empresa dio por terminada la empresa. No hay el supuesto abandono del cargo pues las pruebas así lo demuestran porque la demandante, no continuó con sus labores porque fue la jefe inmediata quien la despidió, por lo que había razones para no laborar y no hay norma legal que consagre como justa causa el abandono del cargo y si el trabajador no se presenta el empleador debe ubicarlo para indagar, La empresa nunca citó a la demandante a descargos por lo cual hay violación al debido proceso....”*

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S, esta Sala resolverá los motivos de apelación, advirtiendo desde ya que la sentencia será CONFIRMADA. Veamos las razones.

Afirma la recurrente que las pruebas tanto de confesión del representante legal, como documentales, básicamente mensajes de whatsapp, acreditan que fue la demandada quien despidió a la demandante; señalando que estas fueron desconocidas por la Juez de primera instancia.

Al respecto conviene señalar que contrario a lo afirmado por la recurrente la Juez si analizó y le dio valor probatorio adecuado y acertado tanto a lo declarado por el representante legal de la demandada, como a los mensajes los cuales consideró como documentos. De manera que no es cierto que fueron desconocidas y si bien la recurrente les da otra interpretación; lo cierto es que, revisadas por la Sala, no encuentra esta corporación yerro alguno, por parte de la Juez de primera instancia;

sin que sobre recordar que era a la demandante a quien le correspondía probar el despido, como ha sido bastante definido y de vieja data por la CSJ. Veamos.

El 12 de junio de 2018, la demandante envía un correo a Mónica Mora, que, según el contrato de trabajo, era la directora del proyecto y/o jefe inmediato, de la demandante como ella misma lo reconoce, **informándole o recordándole que ese día no podría asistir a la obra por asuntos de índole médico de la mamá.**

Claro resulta entonces, que el día 12 de junio de 2018, la demandante no asistió a laborar y así lo comunicó a su jefe inmediata, ese mismo día y señalando que días anteriores lo había informado, hecho que se ratifica en la demanda, en el numeral 10 en donde afirma que al inicio de la semana de junio pidió permiso de manera verbal a la arquitecta Mónica Mora, quien también la autorizó de manera verbal para no asistir.

Lo cierto es, que lo único acreditado al respecto es que ese día 12 de junio de 2018, la demandante no asistió a laborar, porque de que se hubiese solicitado permiso y este se concediera, lo que se asegura fue verbal; no existe prueba alguna, recuérdese que este hecho fue negado en la contestación de la demanda. En este punto conviene resaltar que ante esta forma verbal en que se dice sucedió, la prueba idónea era haber citado a la arquitecta, jefe inmediata tantas veces mencionada, a fin de verificar si la inasistencia en ese día si estaba o no autorizada; o en últimas también debió acreditar que existía justificación para ausentarse de su sitio de trabajo, pues no basta afirmar una situación médica de un familiar en este caso la madre, sino que necesario es acreditarlo; pues se trata de dejar de cumplir con una de las principales obligaciones del contrato de trabajo, cual es la prestación del servicio.

Se insistió desde la demanda que telefónicamente la arquitecta Mónica Mora terminó el contrato de trabajo a la demandante ese mismo día 12 de junio de 2018, resulta que de ello tampoco hay prueba, solo la afirmación de la demandante quien en las horas de la noche, esto es 18:55; se dirige a Ángela Correa, (Coordinadora de Recursos Humanos de la demandada), con copia al representante legal de la empresa, solicitándole la carta de despido y la certificación laboral, pidiendo también se informe si lo harán por ese medio; -correo-; o si debe ir a recogerla; esto es reconociendo que no existía comunicación escrita, e insistiendo en una comunicación verbal, vía telefónica que nunca demostró.

Ahora bien, afirma la recurrente que la documental correos y conversaciones vía Whatsapp con el representante legal acreditan que, si se le despidió, lo que para la Sala es un error de interpretación. Veamos.

A folio 21 aparece una respuesta del Representante legal de la empresa a la solicitud referida hecha por la demandante, de fecha 13 de junio, hora 13:07, en la que se indica que el interés el objetivo de la compañía, es que los contratos que se terminen, lo sean adecuadamente. De manera alguna del texto de ese correo se infiere que le estaban terminando el contrato, por el contrario la invitan a conversar sobre el tema, lo que corroboran mediante chat, el cual aparece impreso a folio 22, en el que el representante legal, la invita nuevamente a conversar para saber que pasó y en el que señala que ha recibido quejas, pero que desea terminar debidamente el contrato; saltando a la vista que aún no había sucedido; y que así existiera o incluso aceptando que existía esa intención aún no había decisión, e insistiendo en una reunión.

Nuevamente el 18 de junio de 2018, el representante legal de la empresa, invita a la demandante a una reunión y le aclara que él es el único que puede dar por terminado el contrato, es decir que, aun aceptando, que se dio la llamada de la arquitecta, ninguna decisión podía tomar al respecto ella. Incluso en la parte final del mensaje el representante legal de la empresa solicita una grabación.

Tal reunión efectivamente sucedió y aunque bien pudo ofrecerse en ella una terminación de mutuo acuerdo o reubicación en otro proyecto como declaró una de las testigos, y como se infiere de la comunicación visible a folio 27 del expediente; ello no fue aceptado por la demandante, sin que tal oferta constituya una terminación unilateral, siendo lo único claro que el facultado para terminar el contrato, esto es quien lo suscribió, - la arquitecta Mónica Mora solo lo firmó como testigo- (fls 2 al 8); insistía en que el contrato seguía vigente, siendo la actora la única que solicitaba se diera por terminado mediante un escrito, dado que reiteraba sucedió en una llamada, que se itera nunca se demostró.

Finalmente resulta claro para la Sala, que aun aceptando que telefónicamente se le despidió que en la reunión del 18 de junio se ratificó tal decisión: - lo que no puede inferirse de una oferta no aceptada;- quedó totalmente reversada con la comunicación que el 21 de junio de 2018 dos días después de la reunión hizo el gerente a la actora, en la que solicita presentarse a laborar el 25 de junio de 2018; luego no es cierto, como afirma la recurrente que el empleador; en sus términos no la hubiera “ubicado para indagar ” ante su ausencia; pues nada había que indagar ante una situación tan suficientemente conocida por las partes.

No obstante, la actora cinco días después, contesta la solicitud e insiste en que fue despedida y sigue sin presentarse a laborar (fls 27 y 28); **incumpliendo se itera la principal de sus obligaciones que es la prestación del servicio.**

Corrobora todo lo anterior la comunicación del 27 de junio de 2018, en la que la empresa le informa a través nada menos que de su representante legal que se presente a laborar, sin que hubiese sido atendido el requerimiento por la demandante; luego sin duda no podría la parte demandante haber probado un despido, cuando no sucedió, siendo evidente que el no asistir a trabajar fue su deseo; siendo importante aca señalar, que nada de lo afirmado por la actora, en interrogatorio de parte, puede ser tenido como prueba de sus propias afirmaciones, como equivocadamente sostiene la recurrente; luego insistir en que fue despedida por su jefe directa, resulta no solo un hecho no acreditado, sino carente de respaldo legal porque ignoró la recurrente lo analizado por la Juez sobre los representantes del empleador (art 32 del CST), o lo dispuesto en el certificado de existencia y representación legal en cuanto a decisiones contractuales.

De otra parte si bien es cierto que la expresión abandono del cargo; - y así lo ha señalado la CSJ de vieja data en sentencias como la citada por la Juez-; no corresponde a un modo de terminación del contrato en las relaciones laborales de carácter particular, ni es una justa causa, la falta de prestación de servicios es una grave violación, a una de las principales obligaciones en un contrato de trabajo, cual es justamente dicha prestación personal del servicio y que si esa circunstancia se concreta, no hay duda existe la causal, tal y como lo indicó la CSJ en sentencia SL 897-2021 de marzo 15 de 2021 Rad 76655, en la que reitera que a pesar de que el abandono del cargo no existe como causal si se enmarca dentro de la causal 6 del artículo 62 del CST al referir la violación grave de las obligaciones y prohibiciones que le incumben al trabajador. Expresó la Corte en esta providencia que, si la falta de prestación del servicio no se encuentra soportada en razones **atendibles, razonables y de peso**, existe la causal y puede ser utilizada por el empleador para tal efecto.

Finalmente, que las prestaciones solo fuesen pagadas hasta el 12 de junio solo es el resultado de un hecho que se encuentra acreditado, esto es que este fue el último día de prestación de servicios y que no era posible citar a descargos o garantizar un derecho de defensa, pues ello solo surge, independientemente que sea obligatorio o no hacerlo; cuando la decisión de terminar el contrato proviene del empleador, lo que quedó suficientemente claro no sucedió en este caso.

Por lo expuesto, la decisión de la Juez de primera instancia será CONFIRMADA, ya que llegó a idéntica conclusión en una acertado análisis legal y probatorio.

Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada

SEGUNDO; Sin Costas en esta instancia.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, según lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la SS.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

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

MAG. PONENTE: DRA. MARLENY RUEDA OLARTE

**ACTA DE AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA DENTRO DEL
PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ANGIE VIVIANA QUIJANO ENCISO
VS ADALBERTO CARVAJAL SALCEDO RAD 24-2018-79-01**

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), Previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

La señora ANGIE **VIVIANA QUIJANO ENCISO** actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral en contra de **ADALBERTO CARVAJAL ENCISO**, a fin de que previos los trámites de un proceso ordinario de primera instancia se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo, terminado a instancias del trabajador con causa atribuible al empleador. En consecuencia, solicita el pago de diferencias salariales, prestaciones, intereses a las cesantías, vacaciones indemnización por despido, sanciones moratorias, aportes indexación extra y ultra petota. (Fls

Como fundamentos fácticos de las pretensiones manifiesta que empezó a laborar el 26 de abril de 2011, mediante un contrato de prestación de servicios por dos meses, a pesar del termino pactado la demandante continuó laborando hasta el 16 de febrero de 2015, que el salario era el mínimo legal, que la labor era de dependiente judicial o asistente jurídica, que en 2011 era estudiante de derecho, que en 2013 se recibe como abogada, que se pretendió hacerle firmar un contrato retroactivo , que fue agredida, que la presionaron

psicológica y emocionalmente lo que la llevó a renunciar motivadamente, que nunca fue afiliada a seguridad social. (Fls 2 al 26).

La demandada, contestó la demanda y se opuso a la totalidad de las pretensiones, afirmando que nunca existió contrato de trabajo sino uno de prestación de servicios. En cuanto a los hechos fueron negados en su mayoría, excepto el dos aceptado parcialmente el octavo, de otros dijo que no eran hechos y que no le constaban. Propuso las excepciones previas de inepta demanda y prescripción y las de fondo denominadas inexistencia del contrato de trabajo alegado por la demandante, inexistencia de las obligaciones, buena fe, abuso del derecho, violación de derechos fundamentales constitucionales, todas las demás que parezcan probadas. (fls 313 a 381).

Se presentó demanda de reconvención solicitando se declare la existencia de un contrato de prestación de servicios, se condene al pago de perjuicios materiales y morales, se compulsen copias al CSJ y a la Fiscalía, extra y ultra petita. Fundamentó sus pretensiones en la existencia de un contrato de prestación de servicios, el cual se suscribió porque la madre de la demandante pidió a una de las abogadas del bufete ayuda para su hija, quien inicialmente se vinculó por dos meses y luego por acuerdo se siguió desarrollando comprometiéndose la demandada en reconvención a elaborar su propio contrato, que en 2014 la demandante informó que se vincularía como empleada pública en Dolores Tolima y para ello pidió una certificación, con la que pretende probar un contrato inexistente, que luego de ello se le permitió regresar. (fls 659 al 675)

La demanda fue contestada con escrito visible a folios 682 y siguientes, incluida la subsanación; oponiéndose a las pretensiones, manifestando que las pretensiones son infundadas. En cuanto a los hechos fueron negados en su mayoría, excepto el 4.7 que aceptó parcialmente, el 4,3 parcialmente, el 4,7,4,8,4,9 4,14 parcialmente,4,16.4,18.

Tramitada la primera instancia, la Juez 24 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el veintidós (22) de julio de 2021, por la que resolvió

“PRIMERO: DECLARAR que la señora ANGIE VIVIANA QUIJANO ENCISO y el Dr ADALBERTO CARVAJAL SALCEDO, existieron dos contratos de

trabajo, el primero desde el 26 de abril de 2011 al 20 de enero de 2014 y el segundo desde el 25 de enero de 2014 al 16 de febrero de 2015.

SEGUNDO: CONDENAR al Dr ADLABERTO CARVAJAL SALCEDO a las siguientes sumas debidamente indexadas al momento de su pago a favor de la demandante ANGIE VIVIANA QUIJANO ENCISO.

- A) La suma de \$1.790.660 por concepto de cesantías
- B) La suma de \$2.079 por intereses a las cesantías
- C) La suma de \$895.239 por concepto de compensación de las vacaciones

TERCERO: CONDENAR al Dr ADALBERTO CARVAJAL SALCEDO a constituir a favor de la demandante, la reserva actuarial o título pensional a satisfacción de la entidad administradora seleccionada por la demandante o a la que se encuentre afiliada la demandante por el interregno comprendido entre el 26 de abril de 2011 al 20 de enero de 2014 y desde el 25 de enero de 2014 al 16 de febrero de 2015 teniendo como IBC las siguientes sumas:

2011: 934.642
2012: 820.000
2013: 850.000
2014: 1.732.898
2015: 1.732.898

CUARTO: ABSOLVER al Dr ADALBERTO CARVAJAL SALCEDO de las demás pretensiones de la demanda incoadas en su contra por la demandante

QUINTO: CONDENAR en costas al Dr ADALBERTO CARVAJAL SALCEDO, páralo cual se estiman como agencias en derecho la suma de \$800.000

SEXTO: ABSOLVER a la señora ANGIE VIVIANA QUIJANO ENCISO de las pretensiones incoadas en la demanda de reconversión por el Dr ADALBERTO CARVAJAL SALCEDO”

La Juez para llegar a su decisión señaló, en síntesis: “.. se refirió a las pruebas en primer lugar a las declaraciones, así: **Fabio Andrés González Bocanegra**, compañero permanente de la demandante quien dijo que ella prestaba sus servicios al demandado porque la recogía en la oficina y se dio cuenta que manejaba unos procesos de pensionados de asociaciones sindicales porque una vez duró como 3 días que no durmió haciendo unas subsanaciones de unas demandas como en 300 procesos. Que la Dra. Niriyeth ejercía acoso laboral por eso hizo la demanda, porque la gritaba le decía bruta y lenta casi a diario salía llorando, que muchas veces cuando la esperaba afuera escuchaba que la Dra. Niriyeth la gritaba. **Que en enero del 2014 se fue de la oficina del Dr. Adalberto porque le salió un trabajo en Dolores Tolima pero que sólo duró como 2 días porque el trabajo no era lo que le habían dicho por lo que Angie regreso y Niriyeth le dijo que podía volver a trabajar en la oficina. Diana Marcela Sierra Quijano** prima de la demandante manifiesta que también laboró para el Dr. Adalberto del 2007 al 2013 mediante contrato de trabajo a término indefinido. Que le consta que la demandante era la asistente de la Dra. Niriyeth y la Dra. Ruby que le tocaba corregir escritos, le presentaban escritos por correo para hacer correcciones, presentar tutelas, derechos de petición frente a los procesos de los pensionados del grupo de energía. Señaló que ella junto con la demandante corrigieron algunas demandas y escritos fueron parte del grupo de apoyo para llevar esos procesos. Que ella le daba información de los procesos si se necesitaban

consultas normativas lo hacía Angie por último lo hacía con Ruby y Niryeth. Que no sabe si Angie hizo parte de algún grupo de asesorías u otros temas. Que no le hicieron contrato escrito y lo sabe porque ella era la que proyectaba la nómina de todos, para que la contadora le diera el visto bueno. Que en esa oficina sólo 4 personas tenían contrato de trabajo y que devengó durante el tiempo que laboró la suma de \$800.000. Que no era la abogada y por eso recibía honorarios por servicios y que algunas veces acompañaba a las abogadas a las audiencias para que se entrenara. Que en ese tiempo no llevaba ningún tipo de proceso. Que en ese tiempo cuando los abogados ganaban un proceso se hacía una liquidación de sus honorarios y como incentivo le daban participación a todos incluyendo a la señora de los tintos. Que el horario era de 7:30 am a 5 de la tarde pero que a veces debía quedarse más tarde. Que al igual que su prima también sufrió de acoso laboral; que a veces les tiraban las cosas y que no pedía permiso porque no se los daban. **Gloria Cortes Flautero** puso de presente que tiene una vinculación con el demandado de hace más de 35 años; que en esa empresa les dan la oportunidad de estudiar y formarse como abogados. Que comienzan como dependientes judiciales y luego ejercen funciones como abogados mediante contratos de prestación de servicios. Que la remuneración es como consecuencia de los procesos que salgan favorables. Que no les impiden ejercer su propia profesión. Que ella casi nunca iba a la oficina pero que hace como 5 años vio a la demandante y que algunas veces en las que iba la veía y otras no. Que no observó que le dieran alguna orden, sino que le daban orientaciones de lo que tenía que hacer. Que no le consta que cumpliera horario de trabajo. Que ella llegaba en diferentes horas y que algunas veces no veía a Angie. Que empezó a llevar procesos y bajo su propia autonomía tomaba decisiones independientes refiriéndose a la demandante. Que no tenía un puesto asignado, que al igual que ella se podía sentar en cualquier puesto. Que la señora de servicios generales, recepción y mensajeros son los que reciben un pago por nómina y que los abogados honorarios. Que en algunos casos el Doctor Adalberto le asignaba los casos y en otras oportunidades por sustitución de poder. **Lyda Claudia Quintana Pinilla** contadora desde el año 2005 que en su cargo vigila los soportes de contabilidad en cuanto a que estén al día, liquida los impuestos y revisa la nómina. Que una vez conoció a la demandante en la oficina del Dr. Carvajal porque iban algunos días en la noche y luego señaló que iba 2-3 días en la tarde. Indicando que no siempre veía a Angie y que ella podía dejar de ir porque tenía un contrato de prestación de servicios. Que como a mediados del 2014 se sacaba un promedio para el pago de todos los meses que siempre se le pagó mensualmente de acuerdo a los honorarios de los procesos. **Ruby Alexandra Celis Contreras** señaló que trabaja en la oficina del demandado desde hace 24 años. Que le consta que la demandante fue contratada a finales del 2011 mediante contrato de prestación de servicios en un principio para desarrollar funciones específicas con unas demandadas que adelanta la oficina de unos pensionados de la empresa de energía de Bogotá. Que la demandante apoyaba esos procesos, ayudaba a organizar documentos, contactaba a los pensionados, los atendía en la oficina, que asistió a unas diligencia en sustitución de ella; que en la oficina tenía un escritorio asignado; que no cumplían un horario específico; que cuando inicio el contrato con la oficina estaba ayudando y a veces la demandante tenía que atender asuntos de la universidad por lo que no siempre estaba allí; que la demandante en una época se desvinculó porque le salió un empleo y luego regresó; que los poderes siempre los tomaba el Dr. Carvajal y luego los sustituía; que les asignaba un abogado quien era el responsable del proceso. Que la Dra. Niryeth y ella eran las encargadas de coordinar el trabajo y le pedían a la demandante que sustentara algún escrito; que con orientación

del Dr. Carvajal se hacía seguimiento a lo que hacía la actora. Que nunca se observó un llamado de atención porque lo que se hacía era asignarle algunas tareas y se coordinaba con ella para que ejecutara esas labores. Que la demandante no asistía todos los días. Que asistía entre los horarios de atención al público pero a veces no iba. Que cuando Angie se vinculó a la oficina estaba terminando derecho y empezaron a enseñarle como abordar a los clientes; por lo que empezó a ir con ellas a las diligencias para ver como se hacía; luego ingresó como abogada. Que el Dr. Adalberto le asignaba un proceso y este se desarrollaba dentro de la autonomía profesional; que hacía llamadas y atendía consultas en los sindicatos. Que la demandante hizo parte de un grupo de asesores de un sindicato. Que a la demandante se le pidió que hiciera algunas cosas. Finalmente, señaló que cuando un proceso salía con sentencia favorable se le asignaba al equipo de trabajo un porcentaje, incluso a la recepcionista, a la persona de la cocina y al mensajero. **Luís Alexander Ruíz Piñeros** adujo que el demandado es asesor del sindicato SINTRARED que lo representa desde el año 2011 que a la demandante la conoció en la oficina que ayudaba a elaborar algunos documentos y demandadas a las Dra. Niriyeth y Ruby que son las abogadas de la oficina. Que ellas asesoraban al sindicato que no se dio cuenta como se organizaba el trabajo al interior de la oficina pero que tenían un equipo organizado en virtud del contrato celebrado con el Dr. Adalberto. Que aparte de la Dra. Ruby y Niriyeth habían otras cosas que las atendía directamente el Dr. Adalberto. Que la demandante los asesoró entre los años 2013 a 2015. Que no tenía conocimiento del vínculo que la unió con el demandado. Pero que la demandante los acompañó en algunas reuniones por lo que era reconocida como la abogada de la organización sindical. **Richard Hedizzon Ávila** manifestó que es el Presidente del Sindicato SINTRARED que entre 2014-2015 la demandante hacía parte del grupo de asesores de ese sindicato junto con la Dra. Ruby y la Dra. Niriyeth. Que no vio que le llamaran la atención ni roces entre ellas; que ellas elaboraban documentos y hacían trámites que requieren; que en varias asambleas asistieron las 3 doctoras. Luego analizó los interrogatorios de parte señalando que en cuanto al del **demandado, que** este manifestó que tuvo un contrato con la demandante con dos interrupciones; que firmaron un contrato de prestación de servicios por dos meses que ingresó a prestar sus servicios como estudiante en adiestramiento de manera temporal; aceptó que firmó la constancia que aparece a folio 48; que fue elaborada por la demandante así como la que aparece a folio 100. Así mismo, adujo que la demandante realizaba las actividades que le indicaran las abogadas que trabajaban con él. Frente a la relación de procesos que obra folio 674 – 675 manifestó que el recibía inicialmente el poder contra la empresa de energía porque es la cabeza de la oficina y luego lo sustituía explicando que todas las personas que trabajan en la oficina cuando ganan un proceso el abogado que llevó eso proceso dispone de sus propios recursos hacer unos aportes para entregárselos a los trabajadores. Que todos los escritos que se hayan hecho se hicieron bajo los postulados de la buena fe. En cuanto al rendido por la **demandante,** señaló que dijo suscribió contrato el 20 de enero de 2011 suscribió contrato de prestación de servicios profesionales con el demandado y que si bien no se estipulaba un horario, lo cierto es que ella debía ir todos los días de lunes a viernes entre las 7:30 y las 5p.m. o 5: 30 que por eso llegaba tarde a la universidad que si bien no había en las instalaciones un token para controlar el horario la Dra. Niriyeth siempre llegaba temprano y le tocaba llamarla cuando se iba tarde; que siguió cumpliendo sus funciones; que le asignaron otros temas; que hacía reclamaciones administrativa; presentaba derechos de petición; comenzó hacer la secretaria de todo el mundo; revisaba estados; empezó a recibir órdenes directas de la Dra. Niriyeth no le pagaban

ninguno de los honorarios porque no tenía procesos porque estaba estudiando, aceptó que la firma de los comprobantes de pago que obran en el expediente era de ella; señaló que el 21 de enero del 2014 dejó la oficina porque estaba cansada y le salió un trabajo en Dolores Tolima pero el trabajo no salió bien y duró sólo 4 días por lo que hablo con la Dra. Niriyeth y el Dr. Adalberto le dijeron que no había problema que volviera a trabajar en la firma pero cuando regresó las cosas cambiaron la Dra. Niriyeth comenzó a ejercer actos de acoso laboral porque no quiso firmar un contrato de trabajo que siempre les dijo que la incluyeran en la nómina y la afiliaran a seguridad social pero nunca lo hicieron; que por el acoso de la Dra. Niriyeth no aguantó más y decidió presentar su renuncia motivada frente a las certificaciones señaló que algunas las hizo ellas y otras la Dra. Niriyeth y Ruby pero que todo siempre era revisado por la Dra. Niriyeth y el Dr. Adalberto Carvajal que siempre le dieron un salario mínimo mensual legal pero le pagaban bonificaciones por participación en proyectos; que desde que se graduó comenzó a asistir a audiencias pero no le mejoraron el pago y por eso renunció. Analizadas las pruebas

Que se probó la prestación personal del servicio con el interrogatorio de parte y las certificaciones otorgadas por él. Así como con el testimonio de Ruby. Que las actividades no eran autónomas ni independientes, sino que dependían de las abogadas Niriyeth y Ruby a lo que suma el testimonio de Diana por lo que se presume que hubo una relación de trabajo entre las partes. Declara la existencia de dos contratos de trabajo, el primero desde el 26 de abril de 2011 al 20 de enero de 2014 y el segundo desde el 25 de enero de 2014 al 16 de febrero de 2015. Condena al pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y a constituir a favor de la demandante, la reserva actuarial o título pensional a satisfacción de la entidad administradora seleccionada por la demandante o a la que se encuentre afiliada.

Inconforme con esta decisión las partes interpusieron recurso así:

Parte actora: *“En este sentido la parte actora pide al juez superior que tenga en cuenta las siguientes situaciones respecto a las pretensiones de la demanda: una de las pretensiones básicas era que se declarara la existencia de un contrato realidad, toda vez que se presentaron las 3 situaciones que dan cuenta como la misma juez A quo lo señaló cuando citó bastantes folios respecto a las órdenes que recibía en cuanto que no era autónoma en la prestación del servicio la juez a quo está haciendo unas inferencias respecto a la presunta existencia de un contrato de trabajo a un contrato de prestación de servicios en ese orden de ideas le pido al juez Ad quem para que haga una reconsideración de esas inferencias en cuanto a que una persona que recibe órdenes no importa la condición que tenga de abogado o profesional en la medida que no era autónomo para tomar decisiones propias en ese sentido es que yo creo que eso de la subordinación es más que probado si se revisa cada uno de los correos electrónicos folio 220 -221 – 222-226-227-249-224 como para poner unos ejemplos en lo que tiene que ver con esa subordinación. La prestación del servicio no la pudo derruir el demandado acredito esa prestación del servicio por parte de la demandante que ya serían dos los elementos que se presentan y el tercero con base en lo que dijo una de las testigos quien realmente era quien recibía órdenes para la elaboración*

de la nómina ella da cuenta de la existencia de que le entregaban 800 mil pesos mensuales como remuneración desde el comienzo de la relación Respecto al hecho y eso en cuanto a lo que tiene que ver con el segundo extremo laboral que se da entre el 25 de enero de 2014 y el 16 de febrero de 2015 en ese sentido es que se está haciendo la apelación para que dentro de este lapso de tiempo en el cual la demandante prestó completamente sus servicios bajo la figura de subordinación sin la existencia de ningún tipo de contrato de prestación de servicios porque realmente no acreditó el demandado la existencia de ningún tipo de contrato entonces no se puede hacer inferencia a partir de que otros abogados dicen como están ellos o en qué condiciones están ellos para que aquí se le atribuya a una persona que recibe su título que estaba en ese mismo sentido laborando y en ese orden de ideas, **la apelación se orienta a que las pretensiones en cuanto que tiene que ver con el reconocimiento de diferencia salarial en cuanto a lo que tiene que ver con cesantía con prestaciones sociales realmente y más las indemnizaciones sean tenidas en cuenta de acuerdo a como se presentó en la demanda toda vez que nunca el demandado pudo derruir el hecho de que la demandante prestó sus servicios como una subordinada una empleada una persona que en ningún momento era autónoma en la prestación de sus servicios y como lo dije en los alegatos de conclusión una de las condiciones para que se tipifique un contrato de prestación de servicios es que haya autonomía e independencia** y en ese orden de ideas los correos de 2014 en adelante en ningún momento dan cuenta de que la persona estaba cumpliendo alguna labor independiente sino que estaba dependiendo de las orientaciones y que siempre tuvo más o menos a pesar de su título el cargo de dependiente o de apoyo administrativo para la función de la Dra. Niyireth. **En cuanto al tipo de desvinculación en el cual ella tuvo que presentar una carta motivada en el sentido de que estaba siendo víctima de acoso laboral y desconocimiento de funciones pues también esas técnicas científicas de la sana crítica y de la experiencia pueden deducir de esos escritos de correo que mantuvo con una persona vinculada también a la entidad al buffet de abogados del Dr. Adalberto Carvajal donde realmente allá también se puede hacer una inferencia de lo que ella estaba haciendo víctima** y que también se tenga en cuenta una persona que trabajo allá que dijo que no había iniciado una demanda en agradecimiento pero que también había sido víctima de acoso laboral, también invite a que se hiciera una evaluación de la forma en que se hacían las preguntas la Dra. Niyireth a la demandante en el interrogatorio de parte que absolvió y en el cual se puede ver que si hay esa tendencia a como a demostrar psicológicamente cierta animadversión contra esa persona lo cual no se hizo con los testigos que llevó la demandante que se tengan en cuenta todas esas razones que se presentan tanto en la demanda como en los interrogatorios que hubo tanto en los testigos de la parte demandante como de la parte demandada para que de ahí se pueda inferir realmente que lo que hubo fue siempre un contrato realidad y que haciendo una recopilación de todos los elementos de prueba que se copiaron dentro de la demanda que se tenga en cuenta tanto las deposiciones en los correos electrónicos en donde ella simplemente recibe órdenes a pesar de que era una profesional de que de alguna manera también se tenga en cuenta que ella nunca fue independiente en el desempeño de sus funciones y de su trabajo y que se tenga en cuenta el contenido de los textos de los whatsapp que se copiaron para que también, **se haga una inferencia razonable y lógica en cuanto a que si había un acoso laboral para que esta persona hubiera sido obligada a renunciar motivadamente y para que se tengan en cuenta todas las pretensiones que se piden para este caso del segundo extremo laboral que se dio entre 25**

de enero de 2014 y el 16 de febrero de 2015 con todo lo que tiene que ver con todas las prestaciones prima de vacaciones las debida indemnizaciones por cada uno de esos ítems y lo mismo lo que tiene que ver con la indemnización en cuanto a que fue un despido indirecto el cual la ley laboral lo interpreta como un despido sin justa causa. En ese orden de ideas es el contenido de la apelación con que ruega sea aprobada ante un Juez Superior.

Parte demandada: “Solicita se absuelva de las pretensiones de la demanda y se emita condena conforme las emitidas en la demanda en reconvencción. Se deberá mantener sólo el numeral cuarto de la sentencia en cuanto absolvió de las demás pretensiones de la demanda, para lo cual solicita se tengan en cuenta los siguientes argumentos que expongo: que reconoce el esfuerzo de la juez para interpretar las pruebas allegadas por la parte demandante a fin de encontrar un contrato de trabajo el cual es inexistente. Que los artículos 60 y 61 le imponen al Juez hacer un análisis total de las pruebas y a formar un libre convencimiento con base en todas las allegadas y practicadas de manera oportuna en ese sentido considero que solo se le dio valor o solo se tuvieron en cuenta alguna de las allegadas por la señora Angie Quijano pero **con un contenido completamente distinto al que realmente demuestran frente al aspecto jurídico que se discute en este caso como es la inexistencia de un contrato de trabajo de carácter subordinado que no logró ser demostrado o que según los términos de la jurisprudencia actual quedó absolutamente desvirtuado por la parte demandada. En primer lugar, advierte que no se valoró el contrato de prestación de servicios que obra en el expediente suscrito el 26 de abril del 2011 y que reposa a folio 41 y 42 el cual no solo fue allegado por la demandante sino también por el demandado al dar contestación de la demanda. La demandante y demandada en reconvencción reconoce que con base en este documento se dio inicio a una relación profesional de trabajo no subordinada en la cual estuvieron presentes los mismos elementos hasta el final hasta el día en que ella decidió voluntariamente retirarse por segunda vez del equipo de trabajo del Dr. Adalberto. Las diversas certificaciones que obran en el expediente puedo mencionar dentro de ellas la que obra a folio 93 pero especialmente la que se evidencia a folio 230 del expediente con la cual se evidencia que la demandante ha reconocido, reconoció antes y durante y después de la vinculación la existencia de un contrato de prestación de servicios o que su relación estaba regulada por una prestación de servicios cuya remuneración se pactó por honorarios en las cuantías allí establecidas frente a lo cual no existió ningún reparo por parte de la demandante . Que se debe tener en cuenta la actitud de la misma demandante en cuanto ella era concedora de que su vinculación era autónoma e independiente y que se encontraba en la oficina del Dr. Adalberto con el propósito no sólo de adquirir el conocimiento y las destrezas necesarias para desempeñarse como abogada sino en el ejercicio mismo de la profesión como tal después de que adquirió el título de abogada. Que el valor probatorio que la Juez le da a los correos electrónicos que se mencionan en la sentencia en los cuales aparece la Dra. Celis o la apoderada incluso otros abogados de la oficina como la Dra. Martha Cristina Carvajal enviándole correos a Angie en los cuales se pone en consideración algunos documentos para su revisión para que aportara algo con lo jurídico y con lo que estaba aprendiendo en la oficina con lo que se estaba entrenando en la oficina como abogada fueron equivocadamente valorados esos documentos no contienen ni una sola orden dada por el Dr. Adalberto lo cual se evidencia con los testimonios rendidos por**

*todas las personas que estuvieron presentes en el proceso lo que evidencian es un sistema de trabajo al interior de la oficina del Dr. Adalberto en el cual todos hacen aportes jurídicos alguien debe proyectar un documento y las demás personas hacen sus aportes y revisan corrigen analizan **sin que sea entendido como una subordinación como erradamente se entendió al proferir la sentencia de primera instancia.** Que no aparece ni un solo correo ni un solo documento ni una sola constancia que demuestre que el DR. Adalberto demandado en el presente proceso era quien le daba supuestas órdenes a la señora Angie. De las constancias que allegaron los abogados que actualmente se encuentran o que para el momento de la contestación de la demanda se encontraban vinculados se ratifica la existencia de ese sistema de trabajo interno de la oficina que no puede modificarse a través de una sentencia judicial para darle unos efectos que no corresponde. Que las discusiones jurídicas que se presentan al interior de la oficina se evidencian no solo a través de correos electrónicos sino en reuniones permanentes que se realizan al interior de la entidad como lo pudo evidenciar la Dra. Gloria Cortés y la Dra. Luisa en su testimonio. Quedó plenamente establecido y demostrado que Angie mientras adelantaba sus estudios ejerció y realizó labores de carácter autónomo e independiente que se regían a través de un contrato de prestación de servicios cuyos términos fueron plenamente conocidos por ella primero de manera escrita y luego en virtud del principio de buena fe constitucional que existió entre las partes. Quedó claramente demostrado y así se acepta en la sentencia que ella dentro de ese principio de autonomía decidió explorar otras alternativas de trabajo lo cual hace parte del sistema de trabajo que tienen en la oficina del Dr. Carvajal decidió retirarse irse y buscar una nueva posibilidad no durante 4 días como equivocadamente se anuncia en la sentencia sino durante varios días que estuvo en ese Municipio y luego mientras se acordaba la posibilidad de su regreso a la oficina en las mismas condiciones que tenía es decir mediante un contrato de prestación de servicios devengando unos honorarios dependiendo el trabajo que realizara y en atención a las asesorías que le fueran asignadas con las organizaciones sindicales debía elaborar su propio contrato de trabajo motivo principal de controversia entre ella y la apoderada como en efecto se ha señalado y quedo evidenciado en este proceso al absolver el interrogatorio de parte. En ese chat que se allegó al expediente se confiesa por parte de la demandante que se negó a suscribir el contrato de prestación de servicios que se había comprometido hacer a su regreso del Municipio de Dolores Tolima para establecer con claridad cuáles eran esas condiciones en las que podía seguir desarrollando como abogada con el Dr. Adalberto. Que no es cierto que haya recibido un salario y que este haya sido el MLMV como lo dice al absolver el interrogatorio de parte pues se acordó entre las partes que se devengaría un valor mensual por concepto de honorarios y que se establecería un rubro por la participación en las asesorías jurídicas que ella manejaba colectivamente con la Dra. Ruby Alexandra Celis y la apoderada. Que en los cobros de honorarios y la certificación expedida por la contadora de la oficina la cual fue erróneamente valorada por la Juez se anuncia de manera clara y específica de acuerdo a lo que se pactó con el Dr. Adalberto fueron honorarios sin que haya existido reparo alguno durante la vigencia de esa relación de trabajo a pesar del conocimiento que tiene sobre las normas jurídicas y especialmente de las normas laborales para entender cuál es la connotación que tienen dichos pagos bajo el rubro de honorarios. Que nunca exigió el cambio de los mismos o pactar un salario o considerar que en su caso debió haber existido formalmente un contrato de trabajo regulado en los términos de los artículos 22, 23 y 24 del CST en ese sentido también ruego tener en cuenta las consideraciones jurídicas expuestas durante el momento que presente*

*alegatos de conclusión las cuales no fueron analizadas por la Juez en su decisión y aspiró que el Tribunal las considere a efectos de que se tenga como desvirtuada la existencia del contrato de trabajo que parcialmente se declara. Nunca hubo prestación de un servicio de la demandante para el Dr. Adalberto se evidencia en los correos electrónicos en los cuales otras personas pertenecientes a las organizaciones sindicales o a la asociación de pensionados le emitían a la demandante. Que llama la atención que no haya entregado la totalidad de los correos en los que se evidenciaba cual es la correlación entre un correo y otro o las respuesta para demostrar su relación de asesora como abogada parte integrante del equipo de trabajo del Dr. Adalberto al servicio de los trabajadores colombianos. Que puede reafirmar que los servicios que ella prestó estaban dirigidos a la comunidad que busca la prestación de servicios del Dr. Adalberto insisto trabajadores individualmente considerados o trabajadores que buscan asesoría permanente de parte de Angie como abogada. Que la remuneración de estas personas viene es de esas entidades y no del Dr. Adalberto. Que los pagos que recibió como abogada a título de honorarios no fueron cancelados siempre por Adalberto solo había una cifra mensual pactada bajo ese concepto y lo demás que certificó la contadora en virtud del principio de la buena fe y en aras de esclarecer el proceso correspondían a participaciones que entregaban otros asesores u otros abogados en procesos favorables. Que parte de sus honorarios iban a remunerar la condición de integrantes de un equipo de trabajo que tienen todos en la oficina del Dr. Adalberto sin que importe su condición o su contrato de trabajo. Que la subordinación es el principal elemento para demostrar la existencia de un contrato de trabajo. Que mientras que fue estudiante colaboró como asistente judicial como ella mismo lo declaró en el interrogatorio de parte y en la elaboración de las diferentes certificaciones que le pidió al Dr. Adalberto obró como por decirlo de alguna manera como auxiliar judicial o dependiente judicial sin que existiese una relación subordinada de trabajo y eso no se puede confundir con la obligación que tenía tanto Adalberto como los demás abogados que hacemos parte de su equipo de trabajo de vigilar de controlar o coordinar el trabajo que se haga por parte de todos los integrantes. Anuncie en ese sentido la aplicación del art. 28 de la Ley 11 23 del 2007 estatuto del abogado. Que esa actividad de control de seguimiento para garantizar resultados por lo menos favorables o acorde con el trabajo que debe realizar un abogado tiene que ver con la forma de trabajo que se manifiesta en la oficina como en los demás documentos que se allegaron como prueba por ambas partes. Igualmente, en los términos del artículo 61 frente al libre convencimiento que deben tener los Jueces de la República frente a todas las pruebas allegadas de manera oportuna se podría valorar la actitud de los testigos de la parte demandante como de quien absolvió el interrogatorio de parte al no ser claros en las respuestas dadas en sus interrogatorios. Que la señora Ana Quijano estuvo solamente hasta el año 2013 por esa razón no puede dar fe de nada de la vinculación de Angie una vez obtuvo su título profesional. **En el folio 105 hay una prueba irrefutable que demuestra la autonomía con la cual actuaba Angie en su condición de abogada quien además gestionó procesos de manera autónoma libre con el nombre del Dr. Adalberto y obtuvo unos beneficios en su favor como queda demostrado a través de ese documento. Que su condición de asesora de varias organizaciones sindicales queda demostrada con varios folios 130-147-161 que se aportaron en la demanda. En estos términos insiste en que no existió entre las partes ninguna relación de trabajo subordinada. Su condición de abogada y asesora autónoma la reconoce en varios documentos. En cuanto a la demanda de reconvención el sólo hecho de haber puesto en duda la condición de empleador que queda desvirtuada de***

una persona como el Dr. Adalberto que ha sido reconocida su trayectoria de asesor sindical y defensor de los trabajadores es un daño gravísimo a su buen nombre y a todo su equipo de trabajo quienes se han dedicado exclusivamente a defender los derechos de los trabajadores. Que ese chat que se aporta con la contestación de la demanda lo que se evidencia es un maltrato por parte de la demandante al Dr. Adalberto y al equipo. Que su condición de abogada le impone la obligación de referirse a sus semejantes de manera respetuosa, por lo que es imposible que trate de usar ese mismo chat en contra del Dr. Adalberto. Que en este sentido es claro que el Dr. Adalberto ha tenido que hacer una inversión enorme para defenderse en este proceso....”

CONSIDERACIONES

En virtud de lo establecido en el art 66 A del C ST la Sala resolverá los recursos de apelación, empezando por razones de método por el de la demandada.

Efectivamente el eje central de la litis en la primera instancia fue la determinación de existencia o inexistencia de un **contrato de trabajo**, hecho en el que insiste la parte actora, mientras que la demandada lo niega asegurando que el contrato fue de prestación de servicios y desarrollado de manera autónoma.

Desde ya advierte la Sala, que la Juez no solo valoró las pruebas minuciosamente sino además acertada y apegada a lo que ordena la ley y con base en viejos criterios jurisprudenciales.

Fue así como concluyó, que **el primer elemento del contrato esto es la prestación personal del servicio, quedó definitivamente acreditado**, observando la Sala que lo fue desde la contestación de la demanda, en donde se acepta solo que bajo el argumento de ser regulado por un contrato de prestación de servicio.

Pero no solo en eso se apoyó la Juez sino también en el interrogatorio de parte del demandado, en el cual claramente no solo confesó la existencia de dos contratos, aunque dijo de servicios; sino que aceptó que firmó la constancia que aparece a folio 48 del expediente en la que textualmente se lee: “ *Como propietario y director de la firma ADALBERTO CARVAJAL &*

*ABOGADOS, hago constar que la señorita ANGIE VIVIANA QUIJANO ENCISO identificada con Cédula de Ciudadanía N° 1.026.267.081 de Bogotá labora en esta entidad desde el 26 de abril de 2011, primero en el cargo de Asistente jurídica y ahora como Abogada, mediante un contrato de prestación de servicios, por el cual percibe mensualmente un valor aproximado de **UN MILLON QUINIENTOS MIL PESOS** como honorarios y participación en procesos jurídicos...”;* y aunque en la demanda de reconvención se afirmó que esta certificación había sido expedida como un favor ninguna prueba hay de ello, y el que haya sido elaborada por la demandante ningún valor probatorio; **sobre la prestación del servicio le resta, pues el demandado la suscribió sin objeciones y siendo concedor de lo que esto implicaba, entre otras razones y justamente por especialidad en asuntos del derecho del trabajo.**

Demostrada entonces la prestación del servicio, con estas pruebas y otras como declaraciones de testigos de la demandada; que lo aceptaron como por ejemplo el de la Dra Ruby Alexandra Celis Contreras y también los extremos de las dos vinculaciones, pues contrario a lo afirmado por la recurrente si se acreditó solo esa interrupción; opero **la presunción consagrada en el art 24 del C S T, en favor de la demandante a la que solo le bastaba probar se itera ese primer elemento del contrato de trabajo consagrado en el artículo 23 del C S T, correspondiéndole al empleador desvirtuarla, mediante la demostración del hecho contrario, para lo que no bastan las afirmaciones, sin que lo haya logrado como equivocadamente se sostiene en el recurso.**

Definitivamente al respecto es claro, que tratándose de la existencia de contrato de trabajo la ley exige la coexistencia de tres elementos esenciales, a saber: i) la actividad personal del trabajador; ii) la continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto del empleador, entendida ésta, como la facultad del empleador para exigirle a su trabajador el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto a modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamento, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato y iii) el último de los elementos es el salario como retribución del servicio y también lo es que una vez reunidos estos tres elementos, -señala el artículo 23 del CST,- **se entenderá que existe contrato de trabajo y que no dejará de serlo por razón del nombre que se le dé ni**

de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. (Es decir así se le denomine de prestación de servicios o se celebre intuitu personae, pues esto antes que desvirtuarlo lo confirma).

De manera que errado resulta lo afirmado en el recurso sobre que no se valoró el contrato de prestación de servicios, pues a pesar de su existencia en la realidad quedó demostrado la existencia de uno de trabajo; no le correspondía a la demandante probar subordinación, pues **se itera** si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, **le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada, o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.** sin que sobre recordar que así lo ha aclarado la jurisprudencia, con sentencias esas sí aplicables y que datan de 1959 (dic 16), cuando la H Corte señaló:

*“Si para configurarse la existencia de un contrato de trabajo fuese indispensable la demostración plena de los tres elementos o requisitos fundamentales señalados por el artículo 23 del Código sustantivo del Trabajo, ello significaría que la norma del 24 sería inoperante e inocua. Por el contrario, con la demostración del servicio, **se presume el contrato de trabajo, sin que sea necesario, en general producir la prueba de subordinación**”.*

Si la parte en contra de la cual obra la presunción, es decir la que alega que el contrato no era de trabajo, nada hace para desvirtuar esta presunción legal, más que se insiste afirmarlo, debe inevitablemente sufrir las consecuencias adversas de la decisión del litigio, como en este caso sucedió, toda vez que por el contrario existen pruebas que lo corroboran como la confesión del demandado, quien aceptó que la actora recibía órdenes de las abogadas y las demás valoradas también por la Juez como declaraciones de testigos y documentales. Finalmente, ninguna fuerza para destruir la presunción tiene las declaraciones de algunos presidentes de sindicatos, clientes de la oficina, ni de ellas ni de documental alguna se puede llegar a concluir que la demandante era abogada asesora autónoma, entre otras

razones no debe olvidarse que solo en 2013, la demandante adquiere el título de abogada y luego de ello nunca ejerció labores de manera independiente, tal y como también concluyó la Juez.

Y es que el tema de la prueba también ha sido aclarado tiempo atrás por la jurisprudencia, quien desde 1965 en sentencia de abril 9 indicó que el artículo 24 del CST solo otorga una ventaja probatoria y no define necesariamente la contienda. Se dijo en esa oportunidad: “La presunción legal a que se refiere el artículo 24 no define necesariamente la contienda, con imposición de derecho. **Su virtud consiste en relevar al trabajador de toda otra actividad probatoria, en torno a la existencia del vínculo contractual...**” no debe olvidarse que el contrato de trabajo es un contrato realidad y prevalece sobre cualquier denominación que quiera dársele.

En consecuencia, SE CONFIRMARÁ la sentencia, pues ninguna fuerza tienen, los argumentos de la recurrente para quebrar la decisión, como tampoco y desde ya advierte la Sala los de la parte actora; en su recurso que pasa la Sala a resolver en sus dos puntos; esto es diferencia salarial e indemnización por despido indirecto.

De la diferencia Salarial

Esta pretensión solo podría encontrar sustento en la aplicación del principio “a igual trabajo igual salario”, contenido en el art 143 del CST, y debe ser examinado **en cada caso ya que depende del análisis de circunstancias propias que debe revisar cuidadosamente el operador judicial de acuerdo con las pruebas, sin que para ello simplemente baste acreditar una profesión, como al parecer se sostiene en el recurso.**

Respecto a este principio consagrado en el artículo 143 del CST que consagra a trabajo igual salario igual, la Sala se permite hacer las siguientes precisiones.

El principio de igualdad en el campo salarial, se encuentra establecido en el Código Sustantivo del Trabajo, en el Art. 143 así:

“1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo 127.

2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.”

En atención a que este principio ha sido aclarado por inveterada jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como por la Corte Suprema de Justicia, trae a colación esta Sala, algunas de las más importantes y recientes, con miras a soportar la decisión de esta instancia:

Sentencia T-079 de 1995

“(…)

CUANDO PUEDE HABER DIFERENCIA SALARIAL TRATANDOSE DE UNA MISMA ACTIVIDAD LABORAL.

Hay situaciones en las cuales puede ser diferente la remuneración para trabajadores que desempeñan un mismo puesto, o cargo, en el mismo lugar, con la misma intensidad horaria. Esto ocurre porque la remuneración es:

"proporcional a la cantidad y calidad del trabajo" (artículo 53 de la Constitución del 91).

Estos factores cuantitativos y cualitativos no contradicen el principio de la igualdad porque, como ya lo dijo la Corte en la sentencia C-71/93, no hay que confundir la igualdad con el igualitarismo y el derecho a la igualdad implica hacer diferencias donde éticamente se justifiquen. Luego, si OBJETIVAMENTE un trabajador produce MAS y MEJOR que sus compañeros es justo que la retribución sea mayor. El mismo Código Sustantivo del Trabajo (hoy artículo 14 de la Ley 50 de 1990) establece:

"Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones."

(…)

(…)

-El Artículo 143 CST.: Establece los factores que deben tenerse en cuenta para equiparar el salario, en donde lo principal es la eficacia del trabajo.

Surge de esta enunciación la posibilidad de una acción para que los organismos jurisdiccionales coloquen al trabajador y su salario en la misma situación en que el principio legislativo los quiso colocar.

Y al mismo tiempo surge como factible la perspectiva de salarios distintos siempre y cuando la diferenciación sea razonable (cantidad y calidad del trabajo, art. 53 C.P.), y sea objetiva y rigurosamente probada por el empleador.

El tratadista español Alfredo Montoya Melgar dice al respecto:

En cuanto compensación de un trabajo, la cuantía del salario ha de fijarse atendiendo a la calidad y cantidad de dicho trabajo, prohibiéndose las discriminaciones y tratos de favor basados en circunstancias personales, tales como sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, etc. (art. 17.1 ET); específicamente, el art. 28 ET dispone, en la línea del art. 35.1 Const., que el empresario está obligado a "pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario, tanto por salario como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo"; principio acogido en el Conv. de la OIT N° 100, en la Carta Social Europea, en el Tratado de la C.E.E. (art. 119) y Directiva de 102. 1975¹³ por otra parte, la legislación equipara los salarios de extranjeros y nacionales (art. 32 D. 1.119/1986, de 26.5).

(...)

(...)

(....)

La carga de la prueba del trato distinto, corresponde al empleador. Es una inversión del ONUS PROBANDI, en cuanto quien alega la vulneración del principio de igualdad no está obligado a demostrar que es injustificada la diferenciación que lo perjudica, esto ha sido aceptado por la Corte Constitucional en la sentencia T- 230 de 1994, anteriormente transcrita y es reiteradamente acogido por el Tribunal Constitucional Español¹⁴

En nuestra normatividad constitucional, esta apreciación sobre la carga de la prueba tiene su asidero en el artículo 13 de la C.P. que establece la igualdad y prohíbe la discriminación, sabio principio que es particularmente importante en el derecho laboral, por eso en cualquier contrato de trabajo, sea escrito o verbal va implícito el derecho fundamental que tienen todos los trabajadores a recibir trato jurídico igual para condiciones semejantes, salvo, como ya se dijo, que la diferenciación busque un fin constitucionalmente lícito, tenga respaldo razonable y esté objetivamente demostrado, en otras palabras: que la distinción no se convierta en discriminación.

En conclusión. Quienes tienen la carga de probar la inexistencia de la desigualdad o la razonabilidad y objetividad del trato diferente son los empleadores a quienes se les imputa la violación al principio de igualdad. El afectado con el real o presunto trato desigual sólo debe aportar el término de comparación.

Luego de analizada esta jurisprudencia y doctrina, aplicándola al caso que hoy nos ocupa, encuentra la Sala, que no se aportó ni siquiera un rango determinado de comparación, más que afirmaciones relativas a la subordinación que nada tienen que ver con el principio ni probó o no justificó un trato diferente, siendo importante destacar que no basta el ejercicio de una

¹³ *Sobre la Directiva y Jurisprudencia. A. Montoya, J. Galiana y a. Sempere: Instituciones de Derecho Social Europeo, Madrid, 1988, págs. 20 y sigs. Cfr. también Ss. TJCE 4.2.88 (Caso Murphy) y 17.10.89 (caso Danfoss).*

¹⁴ *Ver Sentencias 38/81, 103/83, 81/82.*

profesión para que hacer esta declaración, sin que sobre insistir en que solo hasta 2013 se obtuvo el título sin que tampoco ello baste para que se llegue a esta conclusión.

Del despido indirecto

Basta para confirmar la decisión de la Juez, con expresar que cuando es el trabajador quien invoca una justa causa para finalizar el contrato, denominada efectivamente esta figura como despido indirecto, debe probar los hechos en que se fundamenta, sin que una sola prueba exista de lo que denominó acoso laboral, sin que puedan hacerse al respecto “inferencias”, como aduce en el recurso, pues el Juez debe fallar con base en pruebas, que en este caso brillan por su ausencia.

Por lo expuesto se itera se CONFIRMA la sentencia en todas y cada una de sus partes.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 14-2018-650-01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

**DEMANDANTE: MARIA DE LOS ANGELES MAHECHA
SANCHEZ**

DEMANDADO: ARQ SAS

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), Previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

ALEGACIONES

Durante el término para presentar alegaciones, fueron allegadas las de ambas partes; la demandada solicita se confirme la decisión.

P R E T E N S I O N E S

MARIA DE LOS ANGELES MAHECHA SANCHEZ, mediante apoderado, instauró demanda contra **ARQ SAS** para que, mediante el trámite de un proceso ordinario laboral, se declare que existió un contrato entre el 1 de febrero de 2018 y el 12 de junio del mismo año, que el contrato terminó sin justa causa. En consecuencia, solicita indemnización por despido indexada, extra y ultra petita y costas del proceso. (fls 38 al 49).

En síntesis, como fundamento de las pretensiones afirma que la demandante prestó servicios a la demandada en las fechas indicadas y bajo la modalidad de contrato por obra o labor, con un salario de \$4.500.000, en el cargo de residente de interventoría en el proyecto Marymount de la etapa 2 Plan Maestro Colegio Marymount- Bogotá, que la duración del contrato era hasta que terminara el proyecto, que el plazo de

ejecución pactado fue de 28 meses, que a la presentación de la demanda estaba vigente hasta el 30 de diciembre de 2019, que subsisten las causas objetivas, que el 12 de junio de 2018 solicitó permiso por cuestiones de salud de la madre, que ese mismo día le fue terminado el contrato mediante llamada telefónica, informándole que el 15 de junio le estarían consignando las prestaciones, que el 13 de junio fue invitada a conversar de la terminación por mutuo acuerdo, que el 18 de junio la demandante asistió a una reunión y no aceptó dar por terminado el contrato de mutuo acuerdo, que el 22 de junio y por tercera vez solicita carta de terminación del contrato, que en esa fecha le responden que se presente el 25 a laborar so pena de iniciar proceso disciplinario, que el 27 de junio le informan que no le han terminado el contrato y que se presente a laborar, que el 30 de junio la actora cita a la empresa al Ministerio del Trabajo, que el 30 de junio le consignan prima y el 12 salario, que el 10 de agosto le entregan liquidación. (fls 38 al 49).

La demanda fue contestada mediante apoderado oponiéndose a las pretensiones, afirmando que la demandante quien dejó de laborar desde el 12 de junio de 2018 y por tanto las pretensiones carecen de fundamento. En cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1, 2,5, 6,7,20,24 y 25 negó los demás. Propuso las excepciones de prescripción inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y las demás que aparezcan probadas y puedan declararse de oficio. (fls 84 a 90).

Tramitada la primera instancia, la Juez 14 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, el diez (10) de agosto de dos mil veintiuno, (2021), por la que resolvió **ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la parte actora.**

Para llegar a esa decisión señaló el Juez en síntesis que: “.... Señaló que no existió discusión de contrato extremo inicial y duración del mismo, hechos no solo aceptados en la contestación de la demanda, sino corroborados con documental aportada, tampoco fue discutido el salario devengado. Se refirió a la carga de la prueba señalando que el demandante debe probar el despido y al demandado las causales o hechos generadores del mismo. En este caso mientras la parte actora asegura que fue despedida, la demandada afirma que fue la demandante quien abandonó injustificadamente el sitio de trabajo. En ese orden se refirió a las pruebas. Dijo que a folio 19 aparece un correo en donde la actora informa la imposibilidad de asistir a la obra en tanto tenía que atender compromisos de orden personal, a folio 20 misiva electrónica enviada la coordinadora de recursos humanos con copia al gerente el 12 de junio de 2018, pasadas la seis de la tarde en donde indica que teniendo en cuenta una conversación telefónica con Mónica Mora requiere que le envíen la carta de despido y la certificación laboral, misiva que fue contestada por el gerente Ricardo Leguizamón el 13 de junio siguiente a la 1:07 en la que textualmente le manifiesta que es de su interés terminar las relaciones laborales de manera adecuada por lo que la invita a conversar. Pese a ello a las 3:10 la demandante radica comunicación física reiterando su solicitud de que se le haga

entrega de la carta de despido, donde se indiquen las razones por las cuales, la arquitecta mora telefónicamente le terminó el contrato. (fl 24). Simultáneamente en horas de la tarde de ese día la actora y el representante, sostienen conversación por wathsapp, para conversar sobre la terminación del contrato de mutuo acuerdo, agregando que recibieron muchas quejas de Mónica, por lo que querían conversar sobre la terminación del contrato, aclarándole que como gerente él era el único que tenía poder de decisión sobre cualquier tema contractual; frente a lo cual la demandante ratificó su deseo de saber las razones del despido, poniendo de presente que la arquitecta Mónica vía telefónica manifestó razones de orden personal y que se debió seguir el conducto regular. Obran también comunicaciones una de 21 de junio de 2018 (fl 25), en la cual la actora solicita carta de despido mientras que la demandada en esa misma fecha requiere a la actora para que se presente el 25 de junio a cumplir con sus labores y a su vez justifique las razones por las que no lo ha hecho desde el 12 de junio de ese año. La demandante contesta (fl 27), ese mismo día haciendo un recuento e insistiendo en que fue despedida por él y su jefe inmediata sin justa causa e insiste en solicitar la carta. La empresa insiste por su parte en que se presente a la empresa a fin de cumplir con sus funciones, poniéndole de presente que no se le ha dado por terminado el contrato, que el único que puede hacerlo es el gerente y que desde el 18 de junio se le informó que el contrato seguía vigente. Se refirió al interrogatorio de parte del representante legal quien insistió en que nunca se le terminó el contrato que por el contrario se le requirió para que asistiera a laborar lo que no atendió y que lo que hubo fue abandono del cargo. La actora señaló en interrogatorio de parte dijo que no atendió los requerimientos para presentarse a laborar dado que ya la habían despedido. También se refirió a la declaración de ANGELA PATRICIA CORREA, coordinadora de recursos humanos quien relató que en reunión sostenida con la demandante y el gerente y dada la inasistencia de la actora se le propuso reubicarla en otra obra y que continuara prestando los servicios señalándole que la única persona facultada para despedirla era el gerente y no la directora de obra señora Mónica. También obra el testimonio de DIANA CAROLINA YOMASA, que el juzgado consideró irrelevante porque su dicho fue resultado de la amistad con la demandante siendo ella la que le contó todo sobre lo que podía declarar, luego no aporta nada para esclarecer los hechos. Analizados todas esas pruebas en conjunto la Juez concluyó que el despido que se afirma provino de la directora de obra, siendo necesario remitirse al certificado de existencia y representación de donde se colige que la representación legal estaba en cabeza del gerente y ante sus faltas en cabeza de los subgerentes y dentro de las funciones que tenían estaban nombrar y remover todos los cargos sin que aparezca que la señora Mónica Mora hiciera parte de esa estructura orgánica desempeñándose en ninguna subgerencia y que por ende tuviera facultades para ejecutar actos o contratos o tomar decisiones para obligar, o ni siquiera que pudiera representar al empleador en los términos del art 32 del CST, por manera que las decisiones que tomaba por fuera de su cargo no podía tener efectos para la sociedad, luego la manifestación que dice la demandante le hizo esta vía telefónica, no tenía esa capacidad de terminar el contrato, lo que sabía la actora desde que suscribió el contrato, pues fue el señor Ricardo Leguizamo, quien lo suscribió luego las decisiones eran de él y no de un mando medio, Pero además porque desde que se le hizo esa manifestación la actora requirió a la coordinadora de recursos humanos y al gerente, luego si sabía que la decisión debía provenir de la gerencia y no de su jefe inmediato. Claro queda que el representante legal no terminó el contrato y por el contrario convocó a la actora a laborar, por tanto, la inasistencia no podía ser justificada por un presunto despido que no provino de quien podía hacerlo, sino que obedeció a una decisión de la trabajadora. Citó la sentencia de 5 de diciembre de 2001 Rad 17215, en la que se refiere al abandono del cargo que si bien

no es una figura propia del derecho laboral de particulares, da lugar a terminación con justa causa....”

Inconforme con esta decisión la parte demandante interpuso recurso: “ *si bien es cierto no se discutieron puntos centrales los argumentos de la sentencia se ciñen a demostrar que el término de la relación aboral fue por una supuesta inasistencia y aduciendo que fue la actora quien terminó la relación laboral, lo cual no es cierto y por el contrario está claramente probado que la empresa fue quien terminó el contrato sin justa causa, prueba de ello es lo declarado por el representante legal y las pruebas documentales que no fueron tachadas y desconocidas y además en las reuniones se trató la terminación y eso deja en claro la mala fe pues él era el motivo de la reunión. Además, en el interrogatorio de la demandante ella dijo claramente que le terminaron el contrato y que fue la ingeniera Mónica quien lo hizo quien era su empleadora directa. También la testigo que coordina recursos humanos dijo que las prestaciones se consignaron a partir del 12 de junio del 2018, fecha en que la empresa dio por terminada la empresa. No hay el supuesto abandono del cargo pues las pruebas así lo demuestran porque la demandante, no continuó con sus labores porque fue la jefe inmediata quien la despidió, por lo que había razones para no laborar y no hay norma legal que consagre como justa causa el abandono del cargo y si el trabajador no se presenta el empleador debe ubicarlo para indagar, La empresa nunca citó a la demandante a descargos por lo cual hay violación al debido proceso....”*

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S, esta Sala resolverá los motivos de apelación, advirtiendo desde ya que la sentencia será CONFIRMADA. Veamos las razones.

Afirma la recurrente que las pruebas tanto de confesión del representante legal, como documentales, básicamente mensajes de whatsapp, acreditan que fue la demandada quien despidió a la demandante; señalando que estas fueron desconocidas por la Juez de primera instancia.

Al respecto conviene señalar que contrario a lo afirmado por la recurrente la Juez si analizó y le dio valor probatorio adecuado y acertado tanto a lo declarado por el representante legal de la demandada, como a los mensajes los cuales consideró como documentos. De manera que no es cierto que fueron desconocidas y si bien la recurrente les da otra interpretación; lo cierto es que, revisadas por la Sala, no encuentra esta corporación yerro alguno, por parte de la Juez de primera instancia;

sin que sobre recordar que era a la demandante a quien le correspondía probar el despido, como ha sido bastante definido y de vieja data por la CSJ. Veamos.

El 12 de junio de 2018, la demandante envía un correo a Mónica Mora, que, según el contrato de trabajo, era la directora del proyecto y/o jefe inmediato, de la demandante como ella misma lo reconoce, **informándole o recordándole que ese día no podría asistir a la obra por asuntos de índole médico de la mamá.**

Claro resulta entonces, que el día 12 de junio de 2018, la demandante no asistió a laborar y así lo comunicó a su jefe inmediata, ese mismo día y señalando que días anteriores lo había informado, hecho que se ratifica en la demanda, en el numeral 10 en donde afirma que al inicio de la semana de junio pidió permiso de manera verbal a la arquitecta Mónica Mora, quien también la autorizó de manera verbal para no asistir.

Lo cierto es, que lo único acreditado al respecto es que ese día 12 de junio de 2018, la demandante no asistió a laborar, porque de que se hubiese solicitado permiso y este se concediera, lo que se asegura fue verbal; no existe prueba alguna, recuérdese que este hecho fue negado en la contestación de la demanda. En este punto conviene resaltar que ante esta forma verbal en que se dice sucedió, la prueba idónea era haber citado a la arquitecta, jefe inmediata tantas veces mencionada, a fin de verificar si la inasistencia en ese día si estaba o no autorizada; o en últimas también debió acreditar que existía justificación para ausentarse de su sitio de trabajo, pues no basta afirmar una situación médica de un familiar en este caso la madre, sino que necesario es acreditarlo; pues se trata de dejar de cumplir con una de las principales obligaciones del contrato de trabajo, cual es la prestación del servicio.

Se insistió desde la demanda que telefónicamente la arquitecta Mónica Mora terminó el contrato de trabajo a la demandante ese mismo día 12 de junio de 2018, resulta que de ello tampoco hay prueba, solo la afirmación de la demandante quien en las horas de la noche, esto es 18:55; se dirige a Ángela Correa, (Coordinadora de Recursos Humanos de la demandada), con copia al representante legal de la empresa, solicitándole la carta de despido y la certificación laboral, pidiendo también se informe si lo harán por ese medio; -correo-; o si debe ir a recogerla; esto es reconociendo que no existía comunicación escrita, e insistiendo en una comunicación verbal, vía telefónica que nunca demostró.

Ahora bien, afirma la recurrente que la documental correos y conversaciones vía Whatsapp con el representante legal acreditan que, si se le despidió, lo que para la Sala es un error de interpretación. Veamos.

A folio 21 aparece una respuesta del Representante legal de la empresa a la solicitud referida hecha por la demandante, de fecha 13 de junio, hora 13:07, en la que se indica que el interés el objetivo de la compañía, es que los contratos que se terminen, lo sean adecuadamente. De manera alguna del texto de ese correo se infiere que le estaban terminando el contrato, por el contrario la invitan a conversar sobre el tema, lo que corroboran mediante chat, el cual aparece impreso a folio 22, en el que el representante legal, la invita nuevamente a conversar para saber que pasó y en el que señala que ha recibido quejas, pero que desea terminar debidamente el contrato; saltando a la vista que aún no había sucedido; y que así existiera o incluso aceptando que existía esa intención aún no había decisión, e insistiendo en una reunión.

Nuevamente el 18 de junio de 2018, el representante legal de la empresa, invita a la demandante a una reunión y le aclara que él es el único que puede dar por terminado el contrato, es decir que, aun aceptando, que se dio la llamada de la arquitecta, ninguna decisión podía tomar al respecto ella. Incluso en la parte final del mensaje el representante legal de la empresa solicita una grabación.

Tal reunión efectivamente sucedió y aunque bien pudo ofrecerse en ella una terminación de mutuo acuerdo o reubicación en otro proyecto como declaró una de las testigos, y como se infiere de la comunicación visible a folio 27 del expediente; ello no fue aceptado por la demandante, sin que tal oferta constituya una terminación unilateral, siendo lo único claro que el facultado para terminar el contrato, esto es quien lo suscribió, - la arquitecta Mónica Mora solo lo firmó como testigo- (fls 2 al 8); insistía en que el contrato seguía vigente, siendo la actora la única que solicitaba se diera por terminado mediante un escrito, dado que reiteraba sucedió en una llamada, que se itera nunca se demostró.

Finalmente resulta claro para la Sala, que aun aceptando que telefónicamente se le despidió que en la reunión del 18 de junio se ratificó tal decisión: - lo que no puede inferirse de una oferta no aceptada;- quedó totalmente reversada con la comunicación que el 21 de junio de 2018 dos días después de la reunión hizo el gerente a la actora, en la que solicita presentarse a laborar el 25 de junio de 2018; luego no es cierto, como afirma la recurrente que el empleador; en sus términos no la hubiera “ubicado para indagar ” ante su ausencia; pues nada había que indagar ante una situación tan suficientemente conocida por las partes.

No obstante, la actora cinco días después, contesta la solicitud e insiste en que fue despedida y sigue sin presentarse a laborar (fls 27 y 28); **incumpliendo se itera la principal de sus obligaciones que es la prestación del servicio.**

Corrobora todo lo anterior la comunicación del 27 de junio de 2018, en la que la empresa le informa a través nada menos que de su representante legal que se presente a laborar, sin que hubiese sido atendido el requerimiento por la demandante; luego sin duda no podría la parte demandante haber probado un despido, cuando no sucedió, siendo evidente que el no asistir a trabajar fue su deseo; siendo importante aca señalar, que nada de lo afirmado por la actora, en interrogatorio de parte, puede ser tenido como prueba de sus propias afirmaciones, como equivocadamente sostiene la recurrente; luego insistir en que fue despedida por su jefe directa, resulta no solo un hecho no acreditado, sino carente de respaldo legal porque ignoró la recurrente lo analizado por la Juez sobre los representantes del empleador (art 32 del CST), o lo dispuesto en el certificado de existencia y representación legal en cuanto a decisiones contractuales.

De otra parte si bien es cierto que la expresión abandono del cargo; - y así lo ha señalado la CSJ de vieja data en sentencias como la citada por la Juez-; no corresponde a un modo de terminación del contrato en las relaciones laborales de carácter particular, ni es una justa causa, la falta de prestación de servicios es una grave violación, a una de las principales obligaciones en un contrato de trabajo, cual es justamente dicha prestación personal del servicio y que si esa circunstancia se concreta, no hay duda existe la causal, tal y como lo indicó la CSJ en sentencia SL 897-2021 de marzo 15 de 2021 Rad 76655, en la que reitera que a pesar de que el abandono del cargo no existe como causal si se enmarca dentro de la causal 6 del artículo 62 del CST al referir la violación grave de las obligaciones y prohibiciones que le incumben al trabajador. Expresó la Corte en esta providencia que, si la falta de prestación del servicio no se encuentra soportada en razones **atendibles, razonables y de peso**, existe la causal y puede ser utilizada por el empleador para tal efecto.

Finalmente, que las prestaciones solo fuesen pagadas hasta el 12 de junio solo es el resultado de un hecho que se encuentra acreditado, esto es que este fue el último día de prestación de servicios y que no era posible citar a descargos o garantizar un derecho de defensa, pues ello solo surge, independientemente que sea obligatorio o no hacerlo; cuando la decisión de terminar el contrato proviene del empleador, lo que quedó suficientemente claro no sucedió en este caso.

Por lo expuesto, la decisión de la Juez de primera instancia será CONFIRMADA, ya que llegó a idéntica conclusión en una acertado análisis legal y probatorio.

Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada

SEGUNDO; Sin Costas en esta instancia.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, según lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la SS.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

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

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**ACTA DE AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA DENTRO DEL
PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ EZEQUIEL HERNANDEZ AMAYA
VS AMERICAN PIPE AND CONSTRUCTION INTERNATIONAL RAD n° 15-2019-
104-02**

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron allegadas las de la parte demandante y entidad demandada quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El señor **JOSÉ EZEQUIEL HERNANDEZ AMAYA**, actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral contra **AMERICAN PIPE AND CONSTRUCTION INTERNATIONAL**, para que previo el trámite de un proceso ordinario laboral y previa declaración de contrato de trabajo se le condene a reintegrarlo al cargo que venía desempeñando al momento del despido, pago de salarios causados entre el despido y el reintegro, sanción moratoria, indexación, extra y ultra petita, costas. (fls 6 al 16)

Como fundamentos fácticos de las pretensiones, en síntesis, se manifiesta que el demandante laboró para la demandada desde el 7 de septiembre de 1992, en el cargo de soldador armador, con un salario básico de \$3.661.912, que el 6 de marzo de 2017, se le dio por terminado el contrato sin justa causa, que el 27 de marzo se le informó de la consignación de las prestaciones sociales, que en la empresa existe la organización sindical SINDICATO DE TRABAJADORES AMERICAN PIPE "SINTRAPI", que el 11 de junio de 2013 se suscribió la convención ente la empresa

y el sindicato, que en el artículo 3 se pactó una cláusula sobre despidos, que la empresa sobre los contratos a término y sobre los sindicalizados y no sindicalizados que de junio de 2016 a 2017 ha despedido si justa causa a más del porcentaje allí señalado, el despido así realizado es ineficaz).

Por su parte, la demandada contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, señalando que el contrato terminó en legal forma sin que exista sustento alguno para ello: En cuanto a los hechos negó en su mayoría aceptando solo los contenidos en los numerales 3,4 y 7. Propuso la excepciones inexistencia de las obligaciones reclamadas, enriquecimiento sin causa, cobro de lo no debido, prescripción y buena fe. (Fls 82 al 104).

Tramitada la primera instancia, el Juez 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia, el treinta (30) de septiembre de 2021, por la que resolvió **ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.** Condenó en costas a la parte actora. (Fls 130 y SS).

Para llegar a esta conclusión en síntesis señaló el Juez: *“...Vamos a analizar en primer lugar el problema relacionado con la existencia y declaratoria de la relación laboral del actor con la parte demandada, al respecto la parte actora indica que tuvo una relación laboral con la entidad demandada desde el 7 de septiembre del año 92 al 6 de marzo del año 2017 desempeñando el cargo de soldador armador y devengando un salario de \$3.669.912, al respecto la parte demandada en su contestación aceptó dichos extremos pero precisó que el contrato inicial era un contrato a término fijo y luego pasó a ser indefinido a partir del 31 de agosto del año de 1993 y se mantuvo efectivamente como lo dice la parte actora hasta el 6 de marzo, frente a los cargos hizo las siguientes aclaraciones; estuvo inicialmente como operador de máquinas y herramientas del 7 de septiembre del 92 al 30 de mayo del 2000 y luego si el cargo que dice el señor demandante de soldador armador que tenía al momento del retiro y lo había desempeñado del 1 de junio del 2000 y hasta el 6 de marzo de 2017 fecha en que terminó; de la misma manera frente al salario en el hecho 3 aceptó que ese era el salario del demandante y con la copia de los contratos de trabajo y demás documentales que obran allí a folio 20 del plenario, se evidencia que efectivamente entonces como para concluir el señor demandante prestó los servicios a la entidad demandada desde el día 7 de septiembre del año 92 desempeñando el cargo inicial de operador de máquinas y herramientas a través de un contrato a término fijo, modalidad contratación que luego cambio a término indefinido y el último cargo fue el mencionado por la parte actora el de soldador armador, al momento del retiro devengaba un salario \$3.669.912, de la misma manera no ofreció reparo y así lo aceptó la parte demandada y consta en la liquidación final de prestaciones sociales, que la forma de terminación del vínculo fue por una decisión unilateral y sin justa por parte del empleador, conforme la condición resolutoria facultad establecida en el artículo 64 del CST, reconociéndole incluido la indemnización por la terminación unilateral por un valor de \$121.115.430 al señor demandante. Ahora si entramos a estudiar propiamente lo correspondiente a la pretensión principal que aquí nos ocupa, esto es, si es procedente o no el reintegro del señor demandante. Al respecto también se debe precisar que no es motivo de discusión la condición de afiliado del señor demandante a la organización sindical y la vigencia de dicha convención colectiva al momento del retiro del señor demandante, de la misma manera frente al argumento planteado por la parte demandada en cuanto a que en dicha organización sindical conforme decisión del Juzgado 22 laboral del Circuito de Bogotá fue disuelta o liquidada por un número de afiliados decisión que dice fue*

confirmada por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá pero que nunca acreditó o allegó al plenario, debemos remitirnos y tener en cuenta también para dar respuesta a ese argumento de la parte demandada lo dispuesto en el artículo 474 del CST, que señala que extinta la organización sindical, la convención colectiva con ella suscrita, continuará vigente como lo ha considerado también la Corte Suprema de Justicia. Así las cosas, no obstante que no está acreditado esta disolución o liquidación de la organización sindical, vamos a estudiar lo correspondiente a la norma que consagra la estabilidad que hoy invoca la parte actora para así entonces entrar a determinar cuál es la interpretación o que se debe concluir de dicha disposición normativa. Entonces el artículo 3 de dicha convención colectiva consagra la estabilidad laboral, señalando que la sociedad sólo hará del artículo 8 del Decreto 2351 hasta de un 10% anual del número de trabajadores que estén vinculados a ella en la fecha de la firma de la convención por contrato a término indefinido, lista que indica se anexa a dicho cuerpo convencional. En ese orden, como el demandante viene vinculado con anterioridad a la firma de la convención se le aplica dicha cláusula (...). En primer lugar dicha prohibición hace referencia al artículo 8 del Decreto 2351 del 65, que regula la terminación unilateral del contrato sin justa causa, la consagrada en el artículo 64 condición resolutoria, la facultad que tiene de terminar el contrato de trabajo aplica frente a esto solamente no a terminaciones por mutuo acuerdo o por otra forma sino a decisiones unilaterales y sin justa causa del empleador; ahora bien revisando entonces dicho aspecto del 10%, dice hasta un 10 % anualmente del número de trabajadores que estén vinculados a la fecha de la firma de la presente convención, entonces pues de la lectura literal de la norma cuando habla anualmente conforme al código de régimen municipal cuando se dice en este caso por dicha norma convencional, pues se refiere a un periodo correspondiente al año, cada año va del 1 de enero al 31 de diciembre, **entonces al respecto apartándonos de lo que dice la interpretación que hace la parte actora consideramos que cuando la norma habla de anualmente, debemos tener en cuenta o considerar que se refiere a año calendario, de otra parte cuando habla del 10% anualmente del número de trabajadores que estén vinculados a ella en la fecha de la firma de la presente convención, debemos tener en cuenta que se refiere al 10% de los trabajadores estén vinculados mediante un contrato de trabajo a término indefinido al día 11 de junio del año 2013** que fue la fecha en que se firmó la convención, los trabajadores que estuvieran vinculados a ese momento se les daría el 10% y de ahí en adelante anualmente y por el tiempo de vigencia de la convención no podía despedir unilateralmente más del 10 % de estos trabajadores y como último aspecto a tener en cuenta según la segunda parte de la cláusula convencional que para la contabilización de este 10% se cuenta tanto trabajadores sindicalizados o no sindicalizados, es decir, todos los trabajadores vinculados al 11 de junio del año 2013, vinculados por un contrato a término indefinido independientemente de su condición de afiliados o no afiliados a la organización sindical, esta es la interpretación que hacemos a esta cláusula convencional. Al recibir el interrogatorio de parte de la representante legal de la entidad demandada en oportunidad anterior en donde indicó ser representante legal desde el 25 de junio del año 2021 que desde el año 2016, fueron despedidos sin justa causa 9 empleados con contrato de trabajo a término indefinido, en el año 2017 fueron despedidos sin justa causa 3, la planta total al 11 de junio eran 37 empleados, los que eran sindicalizados a término indefinido, al 11 de junio de 2013 los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados eran 37; por su parte el demandante en su interrogatorio de parte afirmó, desempeñaba el cargo de soldador armador, las funciones eran diseño de fabricación de piezas especiales y soldaduras, el contrato de trabajo terminó por cuanto un día estaba incapacitado y llegó el lunes a trabajar y estaba en una lista que decía que no podía entrar, esperó a la encargada de personal, la señora llegó a las 10 am más o menos y lo hizo seguir, allí le puso de presente un acta de la empresa, le indicaba que ya no iba continuar con sus funciones, que no aceptó ello entonces entró le pasaron una carta de despido sin justa causa, la convención dice que se podía hacer uso del despido con previo permiso del ministerio de trabajo, ese día no le hablaron propiamente de un plan de retiro voluntario, sólo le pusieron de presente un contrato de transacción, allí hablaba de un beneficio del reconocimiento de una suma que si no la aceptaba la perdía, no le explicaron la situación por la que

estaba pasando la compañía, sí le cancelaron la indemnización por despido por valor de 129 algo de millones, la empresa se los consignó en un juzgado laboral le llegó al mes la notificación de esa consignación y le tocó ir al juzgado y al Banco agrario a cobrar. Se recibió el testimonio del señor Edgar Gilberto Montenegro Hernández, quien señaló: tengo 54 años, soy soldador fui compañero de trabajo de José en American Pipe como unos 30 años, el día que cerraron la empresa él estaba incapacitado entonces fue el lunes siguiente cuando llegó y ya no lo dejaron entrar, la empresa la habían cerrado desde el 2 de marzo, nosotros íbamos en las rutas normales para el trabajo y cuando llegamos a la empresa no nos dejaron entrar, nos reunieron en unos salones diferentes y allí nos informaron que la empresa cerraba operaciones, que ya no había más trabajo, entonces por grupos nos fueron ofreciendo un plan de retiro, en ese momento nos hicieron una oferta recuerdo que tres compañeros no aceptaron la oferta y fueron despedidos, los demás quedamos en la situación del artículo 140, en el año 2016 ya habían sido despedidos 9 compañeros, el número total de trabajadores que había para el año 2013 al momento de la firma de la convención colectiva eran 105 trabajadores de esos eran sindicalizados más o menos unos 45, yo pertenecía al sindicato, estaba en la junta directiva para ese momento, pertenecía al comité de quejas y reclamos, los 9 contratos que sé que terminaron para el año 2016, no sé cómo terminaron pero esto fue unilateral, yo como no trabajaba en el área administrativa no sé cómo se terminaron". Igualmente obran en el plenario frente al aspecto principal, indica el testigo que fueron 105 totales para el 11 de junio de 2013 de los cuales 45 eran sindicalizados, de la misma manera vemos que frente a este tema dice la parte actora, allegó una comunicación de 15 de mayo del año 2017 dirigida al señor Emilio Cruz López al sindicato de American Pipe, en donde le indica que el número de trabajadores que estaban vinculados mediante contrato a término indefinido para el mes de julio del año 2013 y esto respecto a los afiliados a la organización sindical, correspondían a 34 trabajadores, en la certificación que allegaron el día de hoy, indica que para el mes de junio del año 2013 el número de empleados eran 108 y el número de personal sindicalizado era de 60 y no sindicalizados 45, entonces hay varias cifras que se manejan frente al número de trabajadores que para el mes de junio de 2013 para establecer en cuanto corresponde el 10%, al respecto pues tendríamos como cifras por un lado conforme dicha certificación de 108 trabajadores total tendríamos como el 10% si nos acogemos a lo que indicó el testigo de 105 más o menos sería 10.5, en otro documento se maneja una cifra de 135 que corresponde a 13.5; ahora bien no obstante que se significa que sindicalizados o no, teniendo en cuenta también la condición de sindicalizados conforme lo dice la parte actora sería 44 sindicalistas 4.4, acá según lo que dice la compañía 61 trabajadores 6.1, así también lo refirió el testigo que ya indicamos lo cierto es que conforme lo explica el testigo y esto para tenerlo en cuenta, vemos que en conclusión para el año 2016 se retiraron 9 trabajadores de forma unilateral y sin justa causa y para el año 2017, 3 trabajadores incluido el señor demandante y las otras 2 personas que nos refirió claramente el testigo como persona de conocimiento directo, como miembro de la organización sindical para ese momento, entonces al respecto frente a este ponderado a los cuales se terminó el contrato de trabajo sin justa causa para el año 2017 de 3 trabajadores vemos que ninguno acogiendo las diferentes cifras que obran en el plenario, sólo tomando en cuenta los miembros de la organización sindical que es lo que está más claro acreditado de 44 sería hasta 4 trabajadores podría haber retirado la cifra más baja porque de ahí en adelante podríamos pensar hasta 6 hasta 10, hasta 13 escogiendo la cifra más baja que sólo los sindicalizados para ese momento que conforme lo allega la parte actora serían 44 en esta lista podría retirar hasta 4 y retiró en el año 2017, 3, entonces en conclusión bajo ninguna de esta circunstancia independientemente de las diferentes cifras o número de trabajadores que se manejó y acogiendo incluso los que expone la misma parte actora de 44 y solo tomando los sindicalizados porque nunca se podría establecer los no sindicalizados que tenían contrato a término indefinido y acogiendo la cifra más baja entonces sería 44 podría retirar hasta 4.4 y solo retiro 3, por lo que conforme a la cláusula convencional debemos concluir que no se desconoció la provisión allí establecida pues para el año 2017, fecha en que fue retirado el señor demandante no se violó o desconoció los topes allí establecidos de

retirar máximo hasta el 10% pues podría retirar incluso tomando la cifra 4 trabajadores y solo retiro 3...

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte demandante interpone recurso o sí: *“....El juzgado declaró probada la inexistencia de la obligación, mi recurso se sustenta en el hecho de señalar que en este caso el operador judicial incurrió en la interpretación errónea de cláusula convencional del artículo 3 de la convención colectiva de trabajo que trata de la garantía de la estabilidad laboral, en el sentido que consideró ya en el tema del artículo 3, señalar un límite de temporalidad de la definición de anualidad, él lo tomó a partir del 1 de enero al 31 de diciembre de cada año, más sin embargo desconociendo el hecho de que para el caso en particular la convención colectiva se suscribió el 11 de junio de 2013, entonces en este caso los efectos jurídicos de la convención colectiva nacen a partir del 11 de junio de 2013, no podemos llegar a concluir que los efectos jurídicos de esa convención colectiva paran a ser a partir del 1 de junio del año 2014 y así sucesivamente por el simple hecho de la anualidad, el despachó para señalar el término anualidad, se trae el régimen municipal y si bien es cierto la anualidad se puede medir en un año, para el caso en particular no sobra recordar que estamos en derecho de los trabajadores, no pueden tomarse en cuenta términos de la administración pública y más en este caso vuelvo y reitero cuando es la convención y es a partir de la convención que inicia los efectos jurídicos de la misma, no puede supeditarse y dejar un periodo de tiempo al vacío, pues en este caso se dejaría siguiendo la tesis del despacho pues dejaríamos en el limbo un periodo de tiempo del 11 de junio al 31 de julio de 2013, se considera y manifiesto que la anualidad no se puede tomar del 1 de enero al 31 de diciembre de cada año, sino que esta nace a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo. En dado caso que el despacho hubiera considerado que existe una duda en la interpretación de anualidad de que trata el artículo 3, en este caso la duda se debería resolverse a favor del trabajador y no aplicar trayendo elementos de otros ordenamientos jurídicos como en este caso el régimen municipal, pues se trata de derechos especiales del trabajador siendo esta la parte débil de la relación laboral, en consecuencia de lo anterior considero que el despacho hizo una interpretación errónea de la cláusula de la convención razón por la cual solicito se tenga en cuenta que esa anualidad se debe tomar desde el 11 de junio de 2013 al 10 de junio de 2014 y así sucesivamente y atendiendo a esa interpretación, tenemos claro que en el periodo de 2016 a 2017, la entidad demandada superó ese porcentaje mínimo de despido sin justa causa que tenía la facultad de realizar el empleador....”*

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66A del C P del T y de la S S; advirtiendo desde ya que la sentencia será CONFIRMADA. Veamos las razones.

A folios 347 y siguientes se observa la convención suscrita entre la empresa y SINTRAIME, **cuya vigencia según el artículo 35 de la misma va del 11 de junio de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2025, es decir por 12 años y seis meses.** La cláusula dispone en su parte pertinente y para efectos de este recurso lo siguiente:

“La empresa solamente hará uso del Artículo 8 del Decreto 2351 hasta un diez por ciento (10%), anualmente, del número de trabajadores que estén

vinculados a ella en la fecha de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo por contratos a término indefinido...”

Entonces contrario a lo afirmado por el recurrente también en alegaciones, ninguna duda ofrece la cláusula sobre todo si se analiza armónicamente, con las demás normas en específico el artículo 35 antes señalado; luego no hay lugar a aplicar el principio in dubio pro operarium; pues de aceptar que el año se cuenta desde el 11 de junio de 2013, implicaría que de junio a diciembre de 2025 no existiría la norma quedará inoperante, lo que sin duda no quisieron las partes y no es lo que se deduce de su texto. Por el contrario, lo que si se desprende del acuerdo es que del 11 de junio de 2013 hasta diciembre de ese año debía respetarse la proporción, luego la interpretación del Juez para la que acudió al código de régimen municipal es acertada, lo que no significa que haya aplicado dicha normatividad, aunque se itera ello resulta del análisis integral de la convención.

Bastan las anteriores consideraciones para CONFIRMAR la sentencia apelada.

Sin costas en la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Sin costas en la alzada.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, según lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la SS.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO - R
LORENZO TORRES RUSSY

**REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 23 2021 050 01

ASUNTO: CONSULTA SENTENCIA

DEMANDANTE: RUTH ESPERANZA VEGA

DEMANDADO: COLPENSIONES

**MAGISTRADA PONENTE
DRA. MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá a los Treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido el 16 de noviembre de 2021, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora RUTH ESPERANZA VEGA, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin se DECLARE que cumple con los requisitos para que le sea reconocida pensión de vejez por haber cotizado más de 1300 semanas al RPM, las que fueron efectuadas por su labor realizada al servicio de institución de carácter privado y como quiera que cuenta con más de 57 años de edad, que dicha prestación es compatible con

la pensión que devenga, que le fue concedida en atención a su calidad de docente; como fundamento de tales declaraciones peticiona se condene a la demandada a efectuar reconocimiento y pago a su favor de pensión de vejez a partir del 1 de enero de 2020, con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años de servicios, junto con mesadas adicionales, indexación e intereses moratorios.

Fundamentó sus pedimentos señalando que nació el 6 de octubre de 1959 y cuenta con más de 61 años de edad, que durante su vida laboral trabajó simultáneamente en el sector privado y al servicio del Estado en calidad de docente, que con ocasión de su labor en la Cooperativa del Magisterio se afilió al RPM a través del entonces ISS hoy Colpensiones, por virtud de lo cual acumuló un total de 1348 semanas; por lo que al considerar que cumplía los requisitos para acceder a pensión de vejez, solicitó ante la demandada reconocimiento pensional en noviembre de 2019, entidad que negó dicho reconocimiento en resolución SUB 350148, contra la cual interpuso recurso de apelación y dicha decisión fue confirmada bajo el argumento de la incompatibilidad de la prestación.

Que goza de pensión otorgada por el Fondo de Prestaciones del Magisterio a través de resolución 3739 del 4 de agosto de 2015, por 20 años de servicios al estado en calidad de docente, que los tiempos tenidos en cuenta para el reconocimiento de dicha prestación corresponden a los laborados entre el 8 de septiembre de 1980 al 31 de diciembre de 2011, que fueron anteriores y simultáneos a los cotizados al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en numerales 1, 3, 5 y 11 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y la obligación, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a Colpensiones a reconocer y pagar a favor de la demandante pensión de vejez a partir del 1 de enero de 2020, en cuantía de \$4.115.201, sobre 13 mesadas anuales y con los reajustes anuales respectivos.

PARÁGRAFO: Se AUTORIZA a Colpensiones realizar del retroactivo causado, los descuentos correspondientes al sistema de seguridad social en salud.

SEGUNDO: Se **CONDENA** a Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 respecto de las mesadas causadas y adeudadas a partir del 19 de marzo de 2020 y hasta la fecha de su pago.
(...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que respecto de la incompatibilidad de las pensiones otorgadas a docentes del Magisterio, efectivamente ellos pertenecían a régimen exceptuado, lo que no les impedía laborar en el sector privado, debiendo elegir uno de los dos regímenes de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993, ya que conforme el artículo 279 de dicha norma indicaba que el sistema previsto creado por esa Ley, no se aplicaba a docentes del Magisterio, por lo que la pensión de los docentes del sector oficial, se concedía con fundamento en la Ley 6 de 1945, Ley 33 de 1985, destacándose que los aportes con que se conceden las mismas son públicos, como lo había indicado la Sala Laboral de la CSJ, en sentencia SL 018 de 2021, que al analizar un caso muy similar indicó que los docentes oficiales por estar excluidos de la Ley 100 de 1993, les era válido acceder a pensión por prestar sus servicios en centros educativos del sector oficial y también podía ejercer labores en instituciones privadas para acceder a una pensión de las previstas en el RPM como lo contemplaba el artículo 21 del Decreto 692 de 1994, no existiendo incompatibilidad entre las prestaciones otorgada por el Magisterio y la solicitada por aportes realizados al RPM, ya que tenían distintas fuentes de financiación.

Con fundamento en lo anterior indicó que los docentes que estaban vinculados al sector oficial al momento de entrar en vigencia la Ley 812 de 2003, el régimen pensional era el establecido por las normas que lo regían y a los docentes vinculados con posterioridad, los regían las previsiones de las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 con los mismos requisitos exigidos,

excepto la edad, siendo la pensión gracia y la de jubilación completamente distintas a la concedida por el RPM y el carácter de los dineros provenientes del extinto ISS, no eran asignaciones del tesoro público, pues eran realizados por trabajadores y empleadores, de allí que a la actora le era válido prestar sus servicios a establecimientos oficiales o privados y en virtud de ello, adquirir pensión de jubilación oficial, del mismo modo, financiar otra posible pensión a cargo del ISS hoy Colpensiones, resultando procedente estudiar la prestación deprecada.

Que conforme los preceptos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, la actora había acreditado haber arribado a los 62 años en octubre de 2021 y en cuanto a la densidad de semanas, había cotizado 1341 semanas al sector privado, cumpliendo con los requisitos de la norma citada, debiendo la demandada reconocer a su favor dicha prestación a partir del 1 de enero de 2020, día siguiente a la fecha de última cotización, que en cuanto al monto de la prestación, le era más favorable el cálculo de su prestación conforme lo cotizado en los últimos 10 años, cuyo IBL ascendía a \$6.669.588, con una tasa de reemplazo de 61,70%, resultando como primera mesada pensión la suma de \$4.115.201 a razón de 13 mesadas pensionales.

En cuanto a los intereses moratorios indicó que había lugar a condenar a la demandada a su reconocimiento a partir del 19 de marzo de 2020 por cuanto los argumentos expuestos por esta para sustraerse de dicho reconocimiento pensión, no eran atendibles por virtud de la Ley y la jurisprudencia y se tornaba caprichosa tal negativa. Señaló por último que no prosperaba la excepción de prescripción por causarse el derecho a la pensión en 2020 y la demanda había sido radicada en 2021.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada, se tiene que no fue objeto de reparo que la demandante goza de pensión de jubilación que le fuera concedida por la Secretaría de Educación de Bogotá mediante resolución 3739 de 2015, por haber prestado sus servicios como docente nacionalizado por espacio de 20 años. De igual manera no ofreció reparo y así lo señala la demandada

**Proceso Ordinario Laboral No. 1100131023 2021 0050 01 Dte: Ruth Esperanza
Vega Ddo.: Colpensiones**

en acto administrativo SUB 350148 del 2019, que goza de pensión de gracia, que le concediera la Caja de Previsión Nacional a partir del 6 de octubre de 2009.

En punto a la compatibilidad de la pensión reclamada en esta oportunidad por las cotizaciones realizadas al RPM a través de Colpensiones, que dicho sea de paso, tampoco fue objeto de discusión que ascienden a 1341 semanas cotizadas conforme documental contentiva de historia laboral expedida por esta última allegada al plenario digital; se tiene que como bien lo adujo el juzgador de instancia, la prestación pensional reclamada no resulta incompatible con las prestaciones de jubilación y de gracia de que disfruta la demandante como recientemente lo reiteró la Sala Laboral del CSJ en sentencia SL 1127 del 9 de marzo de 2022, oportunidad en que señaló:

Pues bien, en relación con el primer interrogante, de entrada debe destacarse que si bien el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 estableció el límite del régimen prestacional de los docentes oficiales hasta el 27 de junio de 2003 –fecha en que la ley fue publicada en el Diario Oficial–, pues quienes se vincularan a partir de ahí se regirían por las previsiones del sistema general de pensiones, tal disposición mantuvo el régimen exceptuado para quienes estaban vinculados con anterioridad a este cambio normativo, previsión que a su vez conservó el Parágrafo Transitorio 1.º del Acto Legislativo 01 de 2005, que es justamente el caso del demandante.

De ahí que si el docente ingresó a laborar al servicio del Estado y particulares simultáneamente y con anterioridad a aquella fecha, estaba habilitado para realizar aportes a cualquiera de los regímenes pensionales consagrados en la Ley 100 de 1993, con la posibilidad de financiar una pensión de vejez o, en su defecto, una indemnización sustitutiva o devolución de saldos, según el caso y el régimen pensional que elija, independientemente de la pensión de jubilación que disfrute en el sector oficial (CSJ SL2649-2020 y CSJ SL3775-2021). Sobre el particular, en esta última sentencia la Sala indicó:

*El argumento planteado carece de asidero, pues el recto entendimiento de la norma fue el que le dio el Colegiado de instancia, mismo que coincide con aquel que de antaño ha sostenido la Corte, **consistente en que el demandante podía prestar sus servicios a establecimientos educativos de naturaleza pública y obtener una pensión de jubilación oficial, y, simultáneamente, laborar para instituciones educativas particulares para adquirir una pensión de vejez en el ISS, hoy Colpensiones, resultando válido que dichos aportes se trasladaran al RAIS a través de un bono pensional.***

De modo que es perfectamente válido que una persona preste sus servicios a establecimientos educativos oficiales y adquiera una pensión de jubilación oficial, y simultáneamente preste sus servicios a instituciones privadas cuyos aportes obligatorios financien una posible pensión de vejez en el ISS, hoy Colpensiones, con la posibilidad de que dichos aportes sean trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de un bono pensional y sin que por ello se genere alguna incompatibilidad entre las prestaciones económicas que cada régimen reconoce (CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 40848 y CSJ SL451-2013), como sucede en el caso.

**Proceso Ordinario Laboral No. 1100131023 2021 0050 01 Dte: Ruth Esperanza
Vega Ddo.: Colpensiones**

*Por último, a pesar que no se discute en casación importa destacar que mediante Resolución n.º 16665 de 2002 la Caja Nacional de Previsión Social - Cajanal le reconoció al actor una pensión de jubilación, **prestación que si bien es de origen legal, lo cierto es que es compatible con las cotizaciones que se pretenden compensar y la pensión de jubilación oficial conforme el artículo 3.º de la Ley 114 de 1913, en concordancia con el artículo 19 literal g) de la Ley 4 de 1992, dado que corresponde a la «pensión gracia» que le fue concedida al actor por el tiempo que laboró como docente del Departamento de Antioquia - 25 de abril de 1980 hasta 30 de septiembre de 2002-. (Negrilla fuera del texto original)***

Conforme reciente criterio jurisprudencial en cita, se tiene que en nada es incompatible las prestaciones de que ya disfruta la demandante con la de vejez que reclama por los aportes que realizó ante el entonces ISS hoy Colpensiones, pues dicha compatibilidad encuentra justificación en la misma normatividad legal y así lo indica el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, al señalar que las prestaciones del Magisterio, son **compatibles** con las pensiones del sistema general, a su vez, dichas cotizaciones efectuadas al ISS, no se tuvieron en cuenta a efectos de reconocer ninguna de las prestaciones ya reconocidas a la demandante.

En virtud de lo anterior y al no configurarse incompatibilidad alguna en cuanto al reconocimiento pensional, se tiene que como se señaló en apartes anteriores, la demandante acredita una densidad de cotizaciones efectuadas al RPM de 1341 semanas cotizadas hasta el 31 de diciembre de 2019, aunado a ello no ofreció reparo que para dicha data contaba con 60 años de edad, determinándose como lo indicó la decisión consultada que la actora reúne los requisitos previstos para acceder al derecho pensional deprecado en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a partir del día siguiente a su última cotización, esto es, 1 de enero de 2020.

En cuanto a la liquidación de dicha prestación, en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, le resulta más favorable a la actora liquidar la misma con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años como se observa de liquidación elaborada por el grupo designado para el efecto por esta Corporación, IBL al que le corresponde una tasa de reemplazo del 61.78%, en los términos del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, resultando como primera mesada pensional para el año 2020, la suma de \$4.037.143, la que resulta ser levemente inferior a la señalada en decisión de primer grado, por lo que en grado de **consulta**, se modificará el numeral PRIMERO de la decisión consultada para señalar como primera mesada

pensional la suma señalada.

Intereses moratorios

Sobre el particular conviene precisar que la doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, proceden como lo indica dicha normatividad en el evento en que haya mora en el pago de las mesadas pensionales; en el caso bajo estudio, resulta clara la demora en que incurrió la demanda en efectuar reconocimiento pensional de la demandante ya que se demostró que para la data en que elevó la petición para el efecto, cumplía con los requisitos para ser beneficiaria de la prestación reclamada, habiendo lugar a condenar a la demandada a pagar dicho rubro a partir de la data en que señaló el juzgador de primer grado, esto es, 19 de marzo de 2020, 4 meses luego de elevada la solicitud para reconocimiento pensional que data del 19 de noviembre de 2019.

Prescripción

Sobre el particular es claro que no se configuró el fenómeno prescriptivo en esta oportunidad por cuanto se determinó que el reconocimiento pensional opera a partir del año 2020 y la acción judicial objeto de pronunciamiento, fue radicada en el año 2021.

Por todo lo anterior, habrá de **confirmarse** en su totalidad la sentencia proferida.

Sin costas en el grado jurisdiccional.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de sentencia consultada, en el sentido de señalar como primera mesada pensional la suma de \$4.037.143, conforme lo indicado en la parte pertinente de esta providencia.

SEGUNDO CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia consultada.

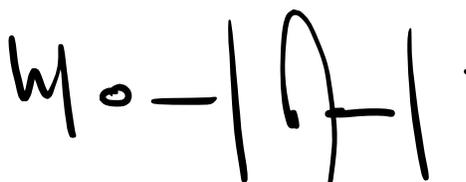
TERCERO: Sin costas en el grado jurisdiccional.

NOTIFÍQUESE EN ESTRADOS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 24-2014-553-01

ASUNTO: APELACION AUTO

DEMANDANTE: SANITAS SA

DEMANDADO: ADRES Y OTROS

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022) previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 Y ADRES, contra el auto proferido por la Juez 24 Laboral del Circuito de Bogotá, el dieciséis (16) de octubre de dos mil veintidós (2022), en cuya virtud se negó incidente de nulidad por falta de competencia. (Expediente Digitalizado).

ALEGACIONES

Durante el término para presentar alegaciones, fueron allegadas las de la demandada ADRES.

HECHOS

La EPS SANITAS, actuando a través de apoderado, instauró demanda ordinaria laboral en contra de ADRES Y OTROS para obtener el reconocimiento y pago de las sumas de dinero asumidas para efectos de cubrir la prestación de servicios de salud que no se encuentran en el POS. (Expediente Digital).

Mediante la providencia que hoy revisa la Sala la Juez de primera instancia negó incidente de nulidad por falta de jurisdicción y competencia, manifestando en síntesis que: *“... Se refirió a los artículos 133 y 135 del CGP señalando que el Juez debe rechazar de plano las solicitudes de nulidad que se funden en causal distinta a las que se contemplan el capítulo correspondiente del C G P y que en este caso los hechos no se adecuan a ninguna de las causales contempladas en el artículo*

133 del CGP, pues este ordenamiento modificó la causal. Agregó que la competencia fue asignado a ese juzgado...”

Inconforme con esta decisión los apoderados de las demandadas CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 Y ADRES interpusieron recurso señalando que “... la nulidad es insaneable y contradice normas de orden público y afecta el debido proceso el derecho de defensa consagrada en el art 29 de la C P. Que el conflicto que se resolvió fue respecto de la jurisdicción civil y la causal existe pues no se ha resuelto la falta de jurisdicción con respecto de la jurisdicción contenciosa y por más que no encaje dentro de la causal señalada, lo claro es que no se ha resuelto la competencia de la jurisdicción contenciosa y claramente la jurisdicción contenciosa es la competente y no la laboral...” la Corte Constitucional asignó la competencia es una regla de decisión, hay múltiples providencias que la acogen. Es una nulidad insaneable... además que es lo decidido por la Corte también en sentencias del Tribunal. Exp 2018.112-01 MP LUIS CARLOS GONZALEZ V...”

CONSIDERACIONES

Desde ya advierte la Sala el auto apelado será **CONFIRMADO**. Veamos las razones.

Sea lo primero advertir, que cuando el Consejo Superior de la Judicatura en virtud de lo ordenado en la Ley dirimía un conflicto de competencias y lo asignaba a una autoridad judicial, independientemente de cual fuera, esto es en la misma o diferente jurisdicción, ello antes y ahora constituye **cosa juzgada y por tanto no es posible desconocer lo allí ordenado**.

Ahora bien, no es cierto, como se afirmara, en uno de los recursos, que lo que se resolvió por el consejo en abril de 2015, fue entre la jurisdicción ordinaria especialidad civil y laboral, para lo cual basta remitirse al cuaderno que contiene el conflicto y a la decisión que allí aparece en donde se señala:

“OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO. Procede la Sala a dirimir el conflicto negativo de jurisdicción por competencia, suscitado entre **los Juzgados Treinta y Seis Administrativo de oralidad- Sección tercera-; Veinticuatro Laboral y Dieciocho Civil del Circuito,** todos de Bogotá, con ocasión de la **Acción de Reparación Directa,** promovido a través de apoderado por SANITAS EPS. Contra la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social.”

Es más, en esa oportunidad la demanda se presentó ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante acción de Reparación Directa solicitando el pago de perjuicios causados con ocasión de la falta de reconocimiento y pago de 62 recobros, por concepto de suministro de medicamentos, insumos, elementos y servicios médicos, quirúrgicos y asistenciales no incluidos en el POS, ni costeados por las UPC, a favor de afiliados y beneficiarios suyos, en cumplimiento de fallo de acciones de tutela o autorizados por el Comité Técnico Científico.

Mediante auto del 30 de abril de 2014 el Juzgado administrativo consideró que, al tratarse de un asunto del sistema integral de seguridad social, era la jurisdicción laboral la competente, esta última diciendo que tampoco lo era enviándole a los juzgados civiles, en donde tampoco se asumió el proceso, afirmando que era la jurisdicción contenciosa administrativa la competente. (Cuaderno Conflicto).

Bien, al dirimir el conflicto el CSJ asignó el proceso a esta jurisdicción ordinaria laboral, quien obedeciendo lo decidido admitió la demanda adelantando las actuaciones propias de este proceso ordinario, luego en virtud del principio de **perpetuatio jurisdictionis**, debe continuar y finalizar en ella, tal como ha señalado la CSJ. (Auto APL4036 DE 22 de junio de 2017, con ponencia de la Dra MARGARITA CABELLO BLANCO.)

No sobra agregar que la Corte Suprema en sentencia de tutela **STL6738-2018 Radicación n.º 51022** del veintiuno (21) de mayo de dos mil dieciocho (2018) MP FERNANDO CASTILLO CADENA, agrega que variar la competencia contraría además el principio de confianza legítima. Allí se explicó

“ (....) ”

Aunado a lo anterior, es claro que con la decisión censurada el colegiado también transgredió el principio de confianza legítima de las partes, el cual se fundamenta en que las actuaciones que surjan están precedidas de un sustento y de la garantía de su cumplimiento, tal como quedó consignado en la sentencia C-131 de 2004, oportunidad en la cual la Corte Constitucional, expresó:

[...] un corolario de la buena fe [que] consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un periodo de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la Administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas. De igual manera, como cualquier otro principio, la

confianza legítima debe ser ponderada, en el caso concreto, con los otros, en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático.

*Cabe precisar que el principio referido adquiere mayor relevancia en las actuaciones judiciales que desatan los citados conflictos de competencia, **pues el Estado, actuando a través de las autoridades judiciales, debe brindar la mayor claridad y seguridad a los asociados, quienes depositan su confianza bajo el supuesto de que la Administración procede con la seriedad y responsabilidad debida.***

Finalmente, tal y como señaló la Juez la causal prevista en el numeral 1 solo contempla como causal de nulidad cuando el Juez actué en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción y competencia, lo que no sucede en este caso, sin que en verdad exista ninguna de las contempladas en el artículo lo que impone su rechazo tal y como lo contempla el inciso final del artículo 135 del CGP, sin que sobre agregar que **UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014**, no propuso como excepción previa la falta de jurisdicción y competencia, exigencia de procedencia de la nulidad, pues si se funda en hechos que pudieron alegarse mediante este medio, debe ser rechazada de plano.

Por lo expuesto se confirma la decisión.

Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: COSTAS. No se causan en la alzada.

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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

ACLARO VOTO. Aunque conforme a lo dispuesto en el Auto A389 de 2021 de la Corte Constitucional en el proceso judicial de recobro no hay realmente una controversia sobre la prestación de los servicios de la seguridad social y por ello no sería competente la jurisdicción ordinaria sino de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el recuento de los hechos narrados en esta providencia permite concluir que el conflicto entre las citadas jurisdicciones ya fue solucionado por el CSJ, y no podría volver a suscitarse.



LORENZO TORRES RUSSY

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 28-2019-273-01

ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ELSA FARIETA ROCHA

DEMANDADO: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante, revisa la Corporación el fallo de fecha 10 de noviembre de 2021 proferido por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de la parte demandante, quien solicita se revoque la decisión.

ANTECEDENTES

La señora ELSA FARIETA ROCHA por intermedio de apoderado judicial, solicita se condene a la demandada a reajustar la indemnización por despido sin justa causa debidamente indexada, de conformidad con lo previsto en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre Caprecom y Sintracaprecom y la suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social. (fl. 3)

Fundamentó sus pretensiones afirmando que ingresó a laborar a Caprecom desde el 2 de septiembre de 1997 al 27 de enero de 2017, que el último cargo por ella desempeñado fue el de Técnico Auxiliar II, devengando como último salario la suma de \$2.351.806, que fue despedida sin justa causa en la última data en mención, siéndole cancelada una suma parcial por concepto de indemnización por despido injusto, que al momento de su despido era beneficiaria de las convenciones colectivas suscritas por Sintracaprecom, Sintraunicap, que en el artículo 2 de la misma se previó que en caso de la disolución de Caprecom, las indemnizaciones serían concedidas en los términos más favorables previstos en la legislación laboral, por lo que el liquidador de la extinta Caprecom, debió aplicar al momento de liquidar la indemnización la Convención Colectiva de Trabajo del ISS, al ser más favorable para la liquidación de dicha indemnización.

Indica que por dicha omisión, se le desconocieron 215 días de salario, que el 21 de febrero de 2019, agotó la vía gubernativa ante la demandada. (fl. 3 a 5)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El PAR CAPRECOM administrado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., de igual forma se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en numerales 1 a 5, 8 a 10, 16, 17 y 19 a 21, negó los No. 14 y 18 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de fondo de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido y pago y buena fe. (fl. 134)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió ABSOLVER a la Fiduciaria la Previsora como vocera y administradora del PAR CAPRECOM de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, declarando probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido y la condenó en costas.

Como fundamento de su decisión, señaló la Juez en síntesis que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la CSJ, había señalado de manera reiterada que las convenciones colectivas de trabajo, constituían fuente de

derechos, no obstante, carecían de alcance nacional ya que su ámbito de aplicación tenía límites en los sujetos de la relación de trabajo, siendo estas celebradas por uno o más empleadores o por uno o más sindicatos, de ahí su definición dada por el artículo 467 del CST, que para el caso bajo estudio, la demandante solicitaba aplicación de una cláusula convencional estipulada por el ISS y su sindicato, y de la lectura de la disposición de favorabilidad indicada por la demandante y prevista en la convención colectiva de Caprecom, se determinó que esta se refería a la favorabilidad establecidos en la legislación laboral, haciendo remisión a las leyes que en materia laboral expidiera el Congreso de la República, sin que hiciera remisión a convención colectiva distinta suscritas por entidades del sector oficial, pues tales convenciones no tenían la categoría de ley nacional al no ser expedidas por el Congreso ni por el Ejecutivo en ejercicio de facultades extraordinarias, ya que la aplicación de las mismas está restringida a los sujetos que la celebraron en los términos de los artículos 471 y 472 del CST.

Indicó que bajo los anteriores presupuestos no era posible aplicar las disposiciones convencionales deprecadas, pues la actora había sido trabajadora de la extinta Caprecom y no del ISS y al revisar el instrumento convencional del ISS, se extraía con claridad que esta le era aplicable a los trabajadores de esa entidad afiliados a su organización sindical, sin que se indique que sea extensiva a los trabajadores de Caprecom, sin estar probado que la actora haya prestado sus servicios al ISS.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante, se tiene que no ofreció reparo que laboró para la extinta Caprecom entre el 2 de septiembre de 1997 al 27 de enero de 2007, como se determina con documental contentiva de liquidación definitiva del contrato de trabajo de esta expedida por el PAR CAPRECOM y visible a folio 14 del plenario.

En lo referente a la aplicación de la cláusula convencional contenida en el artículo 22 de la convención Colectiva de Trabajo suscrita entre Caprecom y Sintracaprecom, para la vigencia 2012 – 2013 y que fuera aportada a folio 106 del plenario, se tiene que como bien lo adujo la juzgadora de primer grado, tal disposición prevé que para la liquidación de indemnizaciones están serán tramitadas en los términos más favorables que establezca la

legislación laboral (...), de lo que claramente se concluye que no es posible la aplicación de disposición convencional de un instrumento de dicha naturaleza distinto al de la extinta Caprecom, siendo esta la entidad para la que laboró la actora ya que la cláusula que invoca como aplicable remite a condiciones más favorables previstas en la legislación de orden laboral y no a convenciones suscritas por entidades distintas para la cual laboró la actora.

De igual forma, los artículos 470 y 471 del CST señalan claramente el campo de aplicación de las convenciones colectivas de trabajo, el que encuentra límites en los **miembros del sindicato y trabajadores de la entidad que las suscribe**, caso que no es el de la demandante, pues no alega ni menos probó haber laborado a favor del ISS, para predicar como aplicable a su caso disposiciones de tal instrumento convencional, resultando lo pretendido totalmente improcedente, razones que resultan suficientes para **confirmar** la sentencia consultada, contrario a lo señalado a lo solicitado por la parte actora en sus alegaciones.

Sin costas en el grado jurisdiccional.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional.

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


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES HUSSY
Magistrado

ACLARACION DE VOTO

La Fiduciaria no es la obligada pues ejerce simplemente una Administracion dwl PAR

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

PROCESO ORDINARIO No. 31-2021-231-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: CARLOS ORLANDO CASTILLO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 24 de noviembre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante y Porvenir S.A., entidad que solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El señor CARLOS ORLANDO CASTILLO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad e ineficacia de la afiliación que hiciera al RAIS a través de Porvenir S.A., declarándose válida la que efectuara al RPM, que Porvenir S.A., está obligada a devolver los aportes realizados por él a esa AFP, sin ningún tipo de deducción; como consecuencia de tales declaraciones peticona se condene a la AFP en mención a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202100231-01 Dte: CARLOS ORLANDO CASTILLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

motivo de su afiliación, sin realizar ningún tipo de descuento, que se condene a esta última a reactivar su afiliación al RPM y a reconocer y pagar a su favor pensión de vejez, por acreditar los requisitos para el efecto, junto con retroactivo en intereses moratorios y de manera subsidiaria indexación.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 12 de abril de 1959, que empezó a cotizar al ISS el 27 de febrero de 1980, Instituto hasta el 31 de mayo del 2000 para un total de 1056 semanas, que para la última data, suscribió formulario de afiliación con Horizonte AFP hoy Porvenir, trasladándose al RPM, que dicho traslado tuvo lugar en las instalaciones de su entonces empleador, banco BBVA, accionista para la época de la AFP Horizonte, que las directivas del banco emitieron la orden de que los funcionarios se debían trasladar a Horizonte, condicionando inclusive su estabilidad laboral.

Señala que la AFP Horizonte, en dicha oportunidad no le suministró información alguna referente a las condiciones para adquirir derecho pensional en el RAIS, que no se le indicó respecto de las consecuencias legales que tendría el cambio de régimen pensional, ya que no se le señaló que en el ISS, se pensionaría con 1000 semanas de cotización y una tasa de reemplazo que podía ser del 90%, no se realizó un estudio previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas económicas que le traería el cambio de régimen.

Afirma que ha cotizado 1079 semanas en el RAIS para un total de 2131 al sistema pensional, que su IBC asciende a \$5.859.498 y por ello en el RPM la tasa de reemplazo a aplicar sería de 76.25%, que el 19 de marzo de 2021, solicitó ante Colpensiones la declaratoria de ineficacia de su traslado, solicitud que le fue negada, lo propio ocurrió con Porvenir S.A.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en No. 1 y 15, negó



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202100231-01 Dte: CARLOS ORLANDO CASTILLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

los No. 4, 6, 8 a 14 y 19, 3, 7, 8, 11 y 12 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 a 4 y 18 a 22 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió ABSOLVER a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, indicando que su traslado había sido válido y no se encontraba inmerso en causal de nulidad, condenándolo en costas.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que en cuanto a la intervención de la Procuraduría General de la Nación, en sentencia del 23 de septiembre del año 2009 radicación 36132 señaló que era claro que los Ministerios Públicos por intermedio de sus procuradores judiciales están plenamente facultados para intervenir en los procesos que se adelanten ante la jurisdicción del trabajo como expresamente lo indica el artículo 16 del CPTSS, por lo que podrán sin restricción de ninguna naturaleza ejercer sus actividades para la promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia y la conducta oficial por así autorizarlo la CP artículo 118 y para la defensa del orden jurídico el patrimonio público o de los derechos y garantías conforme el numeral 7 artículo 177 de la Constitución; siendo claro que la Doctora Laura Manotas estaba plenamente facultada para intervenir como a bien lo hizo solicitando la práctica de pruebas y participando en interrogatorio, como rindiendo el concepto final.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202100231-01 Dte: CARLOS ORLANDO CASTILLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

En cuanto al requisito de reclamación administrativa indicó que se encontraba agotado con solicitud elevada por este ante Colpensiones. Indicó que el 48 de la CP consagra el derecho a la seguridad social, derecho que se le ha otorgado la connotación de fundamental, que en la sentencia C 986 del año 2009, señaló la Corte que la seguridad social era un servicio público de carácter obligatorio, el artículo 13 de la ley 100 consagra las características del sistema integral de seguridad social y en el literal B que la selección de uno de los regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, por su parte, el artículo 11 del Decreto reglamentario 692 de 1994 indica la selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de este y se encontraba probado que el actor se trasladó a Horizonte en el año 2000, siendo claro que se encontraba afiliado al RAIS, que en el formulario se apreciaba claramente que se estaba realizando un traslado de régimen y que el actor no realizaría aportes voluntarios, se consignaba el ingreso del actor y que para la data en mención, era asesor jurídico; por lo que aparentemente se determinaba que había sido precedido de la información requerida al efecto.

No obstante ello, había que revisarse los presupuestos al respecto señalados por la Sala Laboral de la CSJ, Corporación que indicó que desde su fundación las administradoras ya se encontraban obligadas a dar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, más adelante señala la Corte en esta misma sentencia sobre el deber de información a fin de que puedan tomar una decisión consciente, de esta manera el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador, usuario como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales como de los riesgos y consecuencias del traslado, de la carga de la prueba inversión a favor del afiliado según lo expuesto precedentemente es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen el que la virtud de generar en el juzgador la convicción que este contrato de aseguramiento goza de plena validez, estando la parte demandante exenta de probar negaciones indefinidas, correspondiéndole tal carga a Porvenir S.A.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202100231-01 Dte: CARLOS ORLANDO CASTILLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Que para el caso bajo estudio, el proceso laboral admitía libertad, lo que indica que los hechos que constituyen el fundamento de las pretensiones y de las excepciones pueden acreditarse por cualquier medio probatorio siendo entonces pruebas válidas, los documentos, testimonios o lo confesado en el interrogatorio, que en este último, el actor había indicado que al momento del traslado, lo hizo por presiones del Banco y que él había hecho unas pruebas que arrojaron que su salario se iba a triplicar, que no quería tener controversia con su empleador, aseveración que era completamente falsa ya que del análisis de las pruebas allegadas en lo que tenía que ver con esa afirmación y que por ello accedió a trasladarse de régimen, se allegaba el resumen de semanas cotizadas allegada por Colpensiones, se trasladó en el año 2000, el salario consignado en el formulario de \$1.378.500, y conforme el resumen de semanas allegado por Colpensiones, su remuneración en los años 99 al 2000, era la misma, la variación solo había correspondido al incremento del IBC, no alcanzaba a ser del 10% siendo falso que el salario se triplicó y al revisar la historia laboral aportada por BVVA, el salario sobre el que cotizó el actor no se había triplicado, no habiendo ningún incremento salarial que justificara su dicho según el cual, fue engañado.

Que señaló el demandante que nunca se le había indicado respecto de aportes voluntarios, lo que se desvirtúa con el contenido del formulario de afiliación, del que se desprendía con claridad que él optó por no hacer dichos aportes, que igualmente había indicado que nunca había tenido información sobre los beneficios de su traslado, que le explicaron de qué se trataba el bono pensional y que había un fondo de ahorros, manifestó conocer los requisitos para acceder a pensión en el RPM, que los testigos no ofrecían motivos de credibilidad porque no podían dar cuenta de las circunstancias que rodearon el traslado del demandante y la versión de este último, se encontraba desvirtuada.

Que el BBVA en oficio requerido por el despacho, había señalado que no había establecido política alguna en materia de traslados de regímenes pensionales ya que era una decisión propia del trabajador y no había tenido injerencia



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202100231-01 Dte: CARLOS ORLANDO CASTILLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

alguna a este respecto; siendo claro que no había existido ningún tipo de direccionamiento de ese banco con el fin de que sus trabajadores se afiliaran a uno u otro régimen pensional, demostrándose que el actor había recibido la información requerida y necesaria para el año 2000, sabía sobre la existencia de aportes voluntarios, conocía las diferencias entre los 2 regímenes pensionales, sabía que podía pensionarse anticipadamente y que sus aportes constituían un ahorro en el RAIS.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** recurrió señalando que el despacho no había analizado profundamente en que consistió el abuso del derecho por parte del fondo privado, que el Decreto 720 de 1994 y la jurisprudencia desarrollada sobre los pactos financieros indica que cuando la entidad financiera ofrece un producto y más uno de seguridad social, tenía que informar hasta la minucia e inclusive llegar a indicar al no conveniencia del traslado, que no había prueba que determinara que Porvenir había suministrado la información real, completa y suficiente al actor en el acto de traslado, lo que le había significado un detrimento patrimonial si se compara el monto de la mesada pensional que recibiría en ambos regímenes, aunado a ello, la profesión del actor, no implicaba que él tuviera conocimiento específico sobre el traslado de régimen y sino protestó en los más de 20 años que permaneció en el RAIS, fue por su condición de empleado, caso en el cual son constreñidos a respetar a su empleador.

Que el formulario de afiliación había sido diligenciado en su totalidad por el asesor, incluida la anotación del ahorro voluntario y era ilógico que con su sola firma se concluyera que conocía toda la información referente a su traslado; que los testigos sí servían de apoyo para demostrar la falta de información, que la carga de la prueba estaba en cabeza de Porvenir S.A. y poco o nada había demostrado respecto a la información brindada al actor, debiéndose tener en cuenta los principios constitucionales y la jurisprudencia para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.



CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora CARLOS CASTILLO, se circunscribe a la declaratoria de nulidad o ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Porvenir S.A., el 8 de mayo de 2000, como se verifica de copia del mismo, allegado por la demandada en mención al expediente digital.

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

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

Es así como en casos, y como bien lo indica el recurrente también en sus alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202100231-01 Dte: CARLOS ORLANDO CASTILLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por la Juez de primer grado y Porvenir en sus alegaciones, ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Carlos Castillo, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado inicial al RAIS en el año 2000; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., AFP a la que se trasladó el demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable; no pudiéndose afirmar que dicha decisión fue libre y voluntaria como erróneamente lo indica la providencia recurrida, como quiera que el actor no conocía respecto de las reales implicaciones de dicho traslado, pues tal cuestión, se itera, no se probó.

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

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

En ese orden, concluyó que:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202100231-01 Dte: CARLOS ORLANDO CASTILLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, que resulta vinculante por ser proferido por el organismo de cierre de esta jurisdicción, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la decisión de primer grado, el formulario de afiliación, no resulta válido para dar por cumplido el deber de información, máxime cuando de él sólo se desprenden los datos personales del afiliado y ningún dato relevante a su situación pensional, sin que se logre evidenciar en el asunto bajo estudio que se hubiera tenido en cuenta al momento del traslado que el actor contaba con más de **1000 semanas de cotización** y ninguna prueba se allegó a efectos de determinar que se le puso de presente que la densidad de cotizaciones con que contaba era la exigida para dicha data en el RPM, para acceder a derecho pensional.

Y es que contrario a lo señalado por la falladora de primera instancia, el demandante en ningún momento confesó haber recibido la información en



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202100231-01 Dte: CARLOS ORLANDO CASTILLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

los términos señalados por la CSJ, pues al escuchar el interrogatorio de parte que absolvió, se evidencia que únicamente manifestó que el asesor de la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR le informó **sobre las ventajas y características del RAIS**, como la posibilidad de pensionarse a cualquier edad, efectuar aportes voluntarios y de heredar los mismos en caso de muerte, y en cuanto al RPM, señaló el actor conocer los requisitos para pensionarse en el mismo, lo que no lleva a afirmar que conociera las características propias de ese régimen y las diferencias entre este y el RAIS.

Las anteriores afirmaciones esbozadas por el actor en diligencia de interrogatorio de parte, no resultan suficientes para entender que se le brindara la información necesaria al momento del traslado, pues nótese que nada se le dijo sobre las características y diferencias de cada régimen, ni tampoco si existía alguna desventaja al trasladarse de régimen, ni siquiera se observa que se le haya estudiado su situación pensional particular, no se probó que le hubieran indicado que ya contaba con una densidad de semanas de cotización supremamente significativa en el RPM, no pudiéndose entender que la AFP HORIZONTE cumplió con su obligación de brindar una debida asesoría al demandante al momento del traslado al RAIS.

No pudiendo de ninguna manera entenderse ratificada la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2000**, resulta forzoso concluir que al promotor del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **REVOCAR** la decisión proferida por la Juez de conocimiento, para en su lugar **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado al RAIS efectuado por el señor Carlos Castillo a la AFP HORIZONTE hoy AFP Porvenir S.A., ordenándole a esta, efectuar el traslado de los dineros depositados en la cuenta individual del demandante a órdenes de Colpensiones, junto con rendimientos y dineros



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202100231-01 Dte: CARLOS ORLANDO CASTILLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

descontados de su cuenta de ahorro individual por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Señalando además respecto de los gastos de administración, que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

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

En cuanto a al reconocimiento pensional deprecado, este procederá una vez se haga efectivo el traslado de aportes antes ordenado.

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

Sin costas en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202100231-01 Dte: CARLOS ORLANDO CASTILLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes la sentencia apelada, para en su lugar DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación que el demandante CARLOS ORLANDO CASTILLO, efectuó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el 8 de mayo de 2000, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

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

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

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

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202100231-01 Dte: CARLOS ORLANDO CASTILLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 36-2017-775-01
ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JAZMÍN DUARTE HERNÁNDEZ
DEMANDADO: PORVENIR S.A.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido el 31 de agosto de 2021 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron allegadas las de la entidad demandada quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora JAZMÍN DUARTE HERNÁNDEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que el señor Juan Pablo Roza, cotizó las semanas necesarias para obtener pensión, que ella en calidad de cónyuge del causante tiene derecho a que se le reconozca y pague pensión de sobreviviente por haber dependido económicamente de él y haber convivido bajo el mismo techo; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a la demandada

al reconocimiento y pago a su favor de pensión de sobreviviente, desde el 22 de abril de 2001, fecha en que falleció el cotizante, junto con intereses moratorios; de manera subsidiaria peticona que de presentarse persona con igual o mejor derecho se le reconozca la prestación reclamada en la proporción que determine el Juez a partir del 22 de abril de 2001.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que el señor Juan Pablo Rozo, cotizó a Porvenir para los riesgos de IVM, que ella y el causante contrajeron matrimonio el 21 de noviembre de 1992, de dicha relación procrearon a un hijo, que el señor Rozo, falleció el 22 de abril de 2001 por causas naturales, que convivió con él por un lapso de 3 años posteriores al 21 de noviembre de 1992, data en la cual contrajeron matrimonio; señala que a pesar de haber dejado de compartir el mismo techo, ella y el causante continuaron frecuentándose y sosteniendo relación de pareja, que el señor Juan Pablo siempre la auxilió económicamente ya que no contaba con ingreso alguno.

Afirma que conoce que su esposo procreó una hija extramatrimonial quien recibe un porcentaje de la pensión que por derecho le corresponde, que luego se enteró que el otro porcentaje de la pensión le había sido reconocida a Martha Luz Valencia, madre de la hija extramatrimonial del causante, que el 28 de febrero de 2017 petitionó ante la demandada retención del pago de la pensión que se venía reconociendo a Martha Valencia, a lo que la pasiva le indicó que el conflicto debía ser resuelto por la jurisdicción ordinaria.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La convocada como listisconsorte necesario por pasiva, señora MARTHA LUZ VALENCIA, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en numerales 1, 3, 9 y 14 y negó los demás. No propuso excepciones.

Al contestar la demanda PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 12 a 14 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones las que denominó cumplimiento de las obligaciones que se pretenden deducir

en juicio a cargo de la demandada e inexistencia de las obligaciones que se pretenden a cargo de Porvenir S.A., cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por activa, imposibilidad legal para reconocer un derecho pensional, responsabilidad solidaria de terceros, buena fe y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió ABSOLVER a la demandada y litisconsorte de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante y condenó en costas a esta última.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que no había ofrecido discusión que el causante había cumplido los requisitos para que sus beneficiarios accedieran a reconocimiento pensional, al punto que la prestación había sido reconocida a los menores hijos de este y a la señora Martha Valencia, que conforme a la fecha de fallecimiento de este, 22 de abril de 2001, la norma aplicable para determinar los beneficiarios de la prestación, era la Ley 100 de 1993, descartándose la aplicación de la Ley 797 de 2003, ya que no había sido promulgada a la fecha del deceso.

Que conforme el artículo 47 original de la Ley 100 de 1993, la Sala de Casación Laboral de la CSJ, había señalado que la procreación de hijos suplía el requisito de convivencia, era equivocada, ya que esto no eximía demostrar que se hizo vida marital con el causante hasta el momento de fallecimiento de este, ya que la convivencia efectiva al momento era el requisito central para determinar el derecho a la pensión sobreviviente en el caso de los cónyuges o compañeros permanentes, acentuando que el requisito de convivencia era de mínimo 2 años con anterioridad a la fecha de fallecimiento de igual forma, se pronunció esa Corporación en sentencia SL 13186 de 2015.

Que conforme las pruebas allegadas, no se lograba acreditar la convivencia de la demandante y el actor dentro de los 2 años anteriores a su deceso ya que ni su hijo nació en dicho interregno temporal y la misma actora había señalado en declaración aportada con escrito de demanda que había convivido con el causante aproximadamente 3 años desde 21 de noviembre

de 1992, lo que situaría la convivencia alegada a finales de 1995 y la fecha del deceso había tenido lugar en 2001; en cuanto a la convocada como litisconsorte indicó que se habían allegado declaraciones extrajuicio, que señalaban la convivencia de esta con el causante hasta la fecha de su deceso y tal documental tenía valor de declaración de terceros, no requiriendo ratificación conforme lo había indicado la CSJ, que igualmente Porvenir S.A., había aportado formulario de afiliación que daba cuenta de que figuraba como cónyuge la señora Martha e hija la que el causante procreó con esta y certificación que según la cual el pago de la prestación se había efectuado a favor de estas.

Que igualmente la demandante en interrogatorio, manifestó no conocer con exactitud la fecha de fallecimiento del causante, aspecto que para el despacho llevaba a dudar de la convivencia alegada, que en tal oportunidad señaló que había convivido con él 5 o 6 años, lo que era contrario a lo indicado en declaración allegada con demanda, luego que había seguido con él y que su relación había sido intermitente, como de novios, que procreó 2 hijos que no eran del causante con anterioridad al fallecimiento de este, que el causante vivía en la casa de la mamá en el barrio Meisen, que el hijo procreado por ella y el causante vivió inicialmente con sus abuelos, y él declaró la que la mayor parte del tiempo no había vivido con sus papás.

La testigo Alexandra Rozo, había manifestado que su primo era el esposo de la demandante y después de casarse vivieron aproximadamente por 1 año en Soacha – Compartir y después de tener al hijo se separaron, que luego volvieron a tener una relación sentimental pero no volvieron a volver juntos, dio cuenta de la existencia de otros 2 hijos de la demandante después del fallecimiento del causante, lo que no era cierto pues la misma causante había indicado que fueron procreados antes de la fecha de fallecimiento de este, luego indicó la testigo que desde 1996 a 1999, no tuvo contacto constante con la demandante y la señora Luz Marina Correa Rozo, indicó que la pareja conformada por el señor Juan Pablo y la demandante habían vivido en Soacha y luego en Villa del Río, que después él se había conseguido otra persona y que para 1994 y el 2000, la actora vivía con los papás en Villa del Río y el causante en candelaria, que estaban separados pero se veían casi todos los días, afirmación que iba en contravía con lo dicho por el testigo

e hijo de la actora quien indicó que su mamá no había vivido con él en Villa del Río.

Que la señora Diana Moreno afirmó conocer a la señora Luz Marina, que conocía al causante porque vivía con Luz Marina, que todos vivían en la casa de esta con su hija y el señor Juan Carlos indicó que la señora Luz era su cuñada, que él fue amigo del señor Juan Pablo y le indicó tener otro hijo pero que la mamá no se lo dejaba ver todo el tiempo.

Con el anterior recuento indicó que la actora no había demostrado haber convivido con causante por lo menos 2 años previos al fallecimiento de este, no quedó probada la ayuda económica que indicó esta le proporcionaba el causante y por el contrario ella misma señaló que había procreado otros 2 hijos con otra pareja distinta al causante previo al fallecimiento de este y por ello quien debía continuar recibiendo la pensión era la convocada como litisconsorte.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el grado jurisdiccional de consulta, la sala determinará si la demandante, acreditó los requisitos para acceder a la prestación pensional reclamada.

No fue objeto de reparo la fecha de defunción del señor Juan Pablo Roza Parra, que como quedó determinado en instancia, corresponde al 22 de abril de 2001, como se observa de certificado de defunción allegado al plenario digital.

Como es bien sabido, la normatividad aplicable a efectos de reconocimiento pensional de sobreviviente, es la vigente a la fecha de fallecimiento del causante, en esta oportunidad, la Ley 100 de 1993 en su redacción original, normatividad que exige en su artículo 47, que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia el cónyuge o compañero permanente o supérstite del pensionado que acredite que estuvo haciendo vida marital con este no menos de 2 años anteriores a su deceso, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido.

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

En el presente y como bien lo adujo la juzgadora de instancia, ninguno de los medios probatorios llevan a concluir a la Sala que la actora convivió con el causante, señor Juan Pablo Rozo por el lapso de por los menos 2 años previos a su fallecimiento, ya que las testimoniales vertidas a favor de esta parte muestran claras contradicciones al respecto, aunado a ello en declaración que aporta la misma demandante junto con escrito demandatorio y que fuera rendida por esta el 17 de enero de 2002, indica que convivió con el causante desde el 21 de noviembre de 1992 y por espacio de **3 años**, que como se adujo en la decisión de primer grado, dicha convivencia se habría extendido hasta finales del año 1995; siendo claro a partir de ello, que dicha convivencia no fue previa al deceso del causante que tuvo lugar en el año 2001 y si bien señaló lo contrario al rendir interrogatorio de parte, se itera, no demostró convivencia alguna con el causante previo a su deceso.

De otra parte y si bien la norma aplicable contempla una salvedad al requisito de convivencia en el caso de que se hayan procreado hijos, como fue el caso de la demandante, quien demostró haber tenido un hijo del causante, nacido en el año de 1993, este aspecto ha sido analizado por la CSJ entre otras en sentencia SL4099 del 2017, en la que indicó que tal cuestión excusaba el término de convivencia de 2 años anteriores al fallecimiento del causante, siempre y cuando el nacimiento del hijo hubiera ocurrido dentro de dicho interregno temporal, así se pronunció en dicha oportunidad:

Ahora bien, al censor tampoco le asiste razón en el segundo de sus planteamientos, pues esta sala de la Corte, también de manera reiterada y pacífica, **ha sostenido que la procreación de hijos no supe el requisito de la convivencia efectiva en el momento de la muerte, sino que excusa el término mínimo de dos años continuos con anterioridad a ese suceso, si se da dentro del mismo lapso y no en cualquier tiempo.** En la sentencia CSJ SL, 8 feb. 2002, rad. 16600, reiterada en CSJ SL, 27 de octubre de 2010, rad. 35362, la Corte expresó al respecto:

Ahora bien, ya sin ninguna incidencia en la decisión y sólo con miras a hacer las correcciones doctrinarias pertinentes, es bueno señalar lo siguiente: El recurrente enrostra al Tribunal haber interpretado erróneamente el artículo 9º del Decreto 1889 al considerar que en tal precepto se dispuso que el hecho de procrear hijos puede suplir el término de convivencia señalado en las disposiciones legales para acceder a la pensión de sobrevivientes; reparo en el que le asiste plena razón porque dicho precepto legal en modo alguno hace ese tipo de regulación.

Sobre ese tema la Sala se pronunció en el fallo atrás transcrito, a propósito de fijar el alcance del artículo 47 de la Ley 100, y allí asentó que uno de los requisitos para acceder la esposa o la compañera permanente a la pensión de sobrevivientes es “haber convivido con el pensionado no menos de dos años continuos con anterioridad a su muerte, requisito éste que puede suplirse con el de haber procreado uno a más hijos con él”.

En ese orden de ideas, es claro que ya frente al citado artículo 47 erró el sentenciador de segunda instancia, por cuanto el requisito de procrear hijos no supe la falta convivencia al momento de la muerte sino el de la convivencia continua durante los dos años anteriores a la muerte. (Negrilla fuera del texto original)

Conforme criterio jurisprudencial en cita, es claro que por haber procreado un hijo con el causante a la demandante tampoco le asiste derecho al reconocimiento pensional reclamado, pues su hijo no nació en los 2 años anteriores al deceso del causante, sino como se dijo, para el año 1993 y al no haberse demostrado la convivencia por el término antes señalado, se **confirmará** la sentencia de primer grado.

Sin costas en el grado jurisdiccional.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, conforme lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 39-2020-046-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: NUBIA CECILIA CELIS

DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Diana Milena Romero Vela, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos indicados en el memorial de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de esta Ciudad, el 23 de septiembre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado concedido en auto anterior para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la entidad demandada.

ANTECEDENTES

La señora NUBIA CELIS ARAGÓN, por intermedio de apoderado, interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se CONDENE a la demandada

a efectuar el pago a su favor de pensión de vejez a partir del 1 de abril de 2018 con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, junto con mesadas adicionales e intereses moratorios. (fl. 3).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 10 de febrero de 1961 y solicitó ante la demandada reconocimiento pensional de vejez el 14 de agosto de 2019, el que le fue negado en resolución SUB 270828 del 1 de octubre de 2019, argumentando que no acreditaba las semanas mínimas de cotización requeridas ya que contaba con 1194, que en su historia laboral se registran inconsistencias ya que los aportes realizados en enero de 2012, enero de 2013, junio y julio de 2014, febrero de 2015 y marzo de 2018 que ascienden a 179.98 semanas, de igual forma no se registran la totalidad de aportes por ella efectuados ya que en algunos periodos se pagaron 30 días y aparecen menos cotizados, que efectuó dichos aportes hasta el 31 de marzo de 2018 y el 10 de febrero de ese año, alcanzó los 57 años, habiendo cotizado más de 1300 semanas. (fl. 2).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1 a 3 y 7 y negó los demás; propuso como excepciones las que denominó imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derecho por fuera del ordenamiento legal, buena fe, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios o indexación, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación y no procedencia de pago de costas en instituciones de seguridad social del orden público. (fl.34).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento DECLARÓ PROBADAS las excepciones de *inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos y no configuración del derecho al*

pago de intereses moratorios propuestas por la demandada y negó las pretensiones incoadas por la demandante, condenando en costas a esta última. (fl.32).

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que se encontraba probado que la señora demandante había alcanzado los 57 años el, 10 de febrero de 2018, que estuvo afiliada al Fondo de Solidaridad Pensional con el programa de subsidio desde el 1 de julio de 2002 al 26 de enero de 2016 en calidad de trabajador de independiente urbano, que, a la fecha de presentación de demanda, acredita un total de 1194.57 semanas de cotización y que la demandada había negado derecho pensional.

Indicó que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición por cuanto a 1 de abril de 1993, contaba con 33 años de edad y el equivalente a 8 años de servicios, por lo que solicitaba se le reconociera pensión al amparo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que contemplaba para el efecto, 57 años de edad y 1300 semanas de cotización; que había arribado a dicha edad el 10 de febrero de 2018 e indicaba que se presentaban inconsistencias en su historia laboral, frente a lo cual Colpensiones había señalado que la actora había efectuado aportes por medio del Consorcio Colombia Mayor entre el 1 de julio de 2002 al 26 de enero de 2006, siendo su estado actual, retirada por mora superior a 6 meses, por lo que había procedido a la devolución de aportes de junio de 2014 a junio de 2018 al no ser válida la afiliación para aquella época.

Que el Decreto 1833 de 2016 preveía que el afiliado perderá la condición de beneficiario del subsidio a pensión cuando deje de cotizar 6 meses continuos el aporte que le corresponde y la pérdida del derecho al subsidio por dicha causal, sería por un término de 6 meses contados a partir del momento de la suspensión de la afiliación al programa, vencido el cual, se podría solicitar nuevamente ingreso al fondo de solidaridad pensional hasta completar 750 semanas subsidiadas siempre y cuando cumpliera la edad y semanas de cotización o tiempo de servicios señalados en la norma aplicable.

Que revisada la historia laboral actualizada a 2021 allegada por la demandada se verificaba que había registro de aportes devueltos junio,

julio de 2014 y febrero de 2015 a enero de 2017, no afiliado al régimen subsidiado: febrero a noviembre de 2017 y marzo de 2018, pagos en proceso de verificación: enero de 2012 y enero y junio de 2013, por su parte, Fiduagraria S.A., había allegado certificación de afiliación de la actora en la que constaba que el 24 de mayo de 2002, se inscribió al fondo de solidaridad pensional, informándosele a ella que la última novedad registrada era la cancelación del subsidio desde el 24 de agosto de 2016, por cuanto se encontraba en mora de los pagos, ya que los ciclos de junio y julio de 2014 y todo el año de 2015, había efectuado el pago de la proporción que le correspondía de forma incorrecta ya que esta ascendía al 30% del aporte, por ello la invitaron a efectuar el pago de las diferencias causadas para proceder a la corrección de su historia y a la reactivación de su afiliación, que de igual manera, dicha entidad aclaró que el 26 de enero de 2016, la afiliación fue suspendida por tercera vez por mora mayor a 6 meses y a respecto de las 2 primeras suspensiones, estas habían sido subsanadas pues los reportes no correspondían a la realidad.

Aclaró tal entidad que los aportes realizados a Colpensiones entre junio de 2002 y enero de 2015, ascendían a 625.71 semanas procediéndose a hacer una comparación de historia laboral expedida por la entidad en mención, relación de subsidios girados por el Consorcio Colombia mayor y recibos de pago así como los incluidos dentro del expediente administrativo, verificándose que para enero de 2012, se registraba en la HL, consignación de \$85.696, sin embargo, el comprobante de pago, estaba por una suma de \$90.600, debiéndose computar este aporte como debidamente cotizado, que para enero de 2013, se registraba en la historia laboral aporte por valor de \$90.672 y se pagó la suma de \$94.100, es decir el pago del aporte completo, siendo lo consecuente computar dicho aporte, que entre julio de 2013 a mayo de 2014, se reportaban pagos por 23 días de cada mes, no obstante sobre ellos no se había allegado prueba de pago de mensualidad completa, teniéndose en cuenta el pago de aporte parcial, respecto de junio y julio de 2014, se detallaba pago incompleto, periodos que habían sido devueltos a la demandante como los de febrero de 2015 a marzo de 2018 y los periodos de mayo y noviembre de 2016, diciembre de 2017 y enero y febrero de 2018, no se había registrado pago, como los de septiembre a diciembre de 2014, debían validarse para el cómputo de semanas.

Indicó que en consideración a dicho detalle de pagos, no había lugar a que Colpensiones reportara pagos incompletos al Consorcio Colombia Mayor, pese a ello la demandante realizó pagos adicionales el 24 de febrero de 2017 por valor de \$109.568 a fin de reintegrar las diferencias causadas y solicitó la corrección de historia laboral, frente a la cual la demandada le indicó que no había lugar a tener en cuenta dichos pagos por extemporáneos; que ante tal incongruencia de la demandada debería validar dichos pagos así como los efectuados desde febrero de 2016 a enero de 2017, tiempo en el cual se pagó el porcentaje de cotización que le correspondía a la afiliada y los generados a partir de febrero de 2017 a marzo de 2018, no podían ser calculados para el monto de semanas como quiera que la demandante había realizado un pago para el 2017 de \$5.129, cuando para dicha anualidad le correspondía haber pagado \$35.410 y para el 2018, de \$37.500, que a este respecto la Sala Laboral de la CSJ, había indicado que los afiliados al régimen subsidiado se asimilaban a los trabajadores independientes en lo que respecta al pago de aportes a su cargo, por lo que sus aportes se debían efectuar de manera anticipada y para estos, no operaba el cobro coactivo de aportes y las cotizaciones realizadas de manera extemporánea, no surtían efecto retroactivo.

Que conforme lo anterior se evidenciaba que la demandante había cumplido con su obligación de realizar las cotizaciones integrales en el porcentaje que le correspondía hasta enero de 2017 y desde febrero de dicha anualidad, había incurrido en mora en los términos del Decreto 1833 de 2016, lo que conforme los postulados de la CSJ, generaba como consecuencia necesaria el hecho de que tales aportes no se podían tener como semanas cotizadas, en la medida en que dicha obligación estaba en cabeza exclusiva del cotizante al no estar subordinado a ningún empleador, que validando la totalidad de cotizaciones que fueron erróneamente objetadas por Colpensiones, al realizar las operaciones aritméticas correspondiente se advertía que la demandante había cotizado un total de 1285.14 semanas, no alcanzado a completar las 1300 semanas exigidas en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, no siendo posible acceder a su pretensión.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** recurrió señalando que conforme la documental allegada al plenario, se tenía que existían periodos de mora, que lo registrado en la HL de Colpensiones, no obedecía a la realidad de los pagos realizados por la señora Nubia como bien lo adujo la decisión de primer grado, que la interpretación frente al trabajador, no era una que iba en contravía de este afiliado que había decidido optar por esta opción para obtener derecho pensional y la realizada respecto de los aportes comprendidos entre julio de 2013 a mayo de 2014, el que realizaba el reporte de cotización era Fiduagraria y era de saber que al ser independiente se registraba como días el periodo de 30 y no de 23 y se realizó el pago por el reporte de 30 días.

Que en cuanto a los periodos de febrero de 2017 a enero de 2018, si bien no se contemplaba una facultad de cobro sí existían deberes y obligaciones planteados por el régimen de seguridad social como es el acompañamiento del afiliado y si observaban que dichas novedades no eran congruentes con los aportes realizados por la actora, debieron haberla requerido para que aportara los rubros de dichos pagos, igualmente se debía tener en cuenta el principio de confianza legítima sobre las entidades, quienes conocieron que se realizaba un aporte incompleto y por ello debieron haber acudido a la demandante para subsanar dicha irregularidad.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto, se tiene que como bien lo adujo la juzgadora de primer grado, no ofreció reparo que para marzo de 2018, data en que se registra la última cotización efectuada por la actora al sistema pensional, la entidad demandada en historia laboral actualizada a 11 de agosto de 2021, certificaba que esta había cotizado 1194,57 semanas, siendo 1300 las requeridas para acceder al derecho pensional que reclama, de igual forma, no ofreció reproche que la actora alcanzó los 57 años de edad en febrero del año 2018.

Respecto al primer punto de apelación, se tiene que como en efecto lo señaló la decisión recurrida y lo pone de presente el apoderado actor, en historia laboral a que se alude, los periodos comprendidos entre julio de 2013 a mayo de 2014 aparecen pagados por 23 días y no por el periodo

completo, siendo por ello contabilizado parcialmente en dicha documental; frente a lo cual, al plenario no se allegó prueba alguna que permita concluir que los mismos fueron pagados por la demandante en forma completa y conforme a la proporción que le correspondía conforme al beneficio de subsidio que ostentaba, pues junto con escrito de demanda allegó comprobantes de pago de periodos distintos a los indicados y contrario a lo indicado por el recurrente, no es posible dar por hecho que efectuó el pago por los periodos completos de 30 días, ya que se demostró que la actora en muchos periodos, incurrió en el pago deficitario de la proporción que le correspondía y por ello su derecho a subsidio fue cancelado, de tal manera, no hay lugar a variar la decisión en este punto.

En cuanto a los ciclos de febrero de 2017 a enero de 2018, se determina de la certificación aportada con expediente administrativo por la demandada, expedida por el Consorcio Colombia Mayor el 7 de febrero de 2017, da cuenta que para el 26 de enero de 2016, la demandante fue retirada de dicho programa subsidiado en tanto registraba mora superior a 6 meses, razón por la cual Copensiones como lo reitera en sus alegaciones, procedió a la devolución de lo pagado por esta de manera deficitaria entre junio de 2014 a marzo de 2018, circunstancia que resulta más que suficiente para concluir la improcedencia de tener en cuenta los periodos bajo estudio como debidamente cotizados, pues atendiendo a la devolución efectuada, ya ni se cuenta con el pago de aportes, siendo pertinente indicar al recurrente que como acertadamente lo indicó la Juez de primer grado, no era de resorte de ninguna de las entidades que participan en el recaudo de aportes subsidiado, efectuar requerimientos a los afiliados para el pago completo y oportuno de la proporción que les corresponde, ya que las obligaciones de estos se asimilan a las de los trabajadores independiente como lo ha puesto de presente la Sala Laboral de la CSJ entre otras en sentencia SL2707 de 2016, siendo improcedente en este escenario los requerimientos para el pago de aportes como también el cobro coactivo de los mismos.

Así las cosas, al determinarse la improcedencia de tener en cuenta los periodos alegados como semanas efectivamente cotizadas, es claro que la demandante no acredita alcanzar la densidad de 1300 semanas para

acceder al derecho pensional reclamado, razones suficientes para **confirmar** la decisión de primer grado.

Sin costas en la alzada.

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

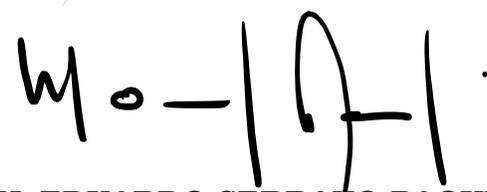
R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, por las razones señaladas en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en en la alzada.

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


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado