

Código Único de Identificación: 11001310502420190074501

Demandante: ELSA CRISTINA GÓMEZ SOTO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a estudiar en grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, el 11 de noviembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **ELSA CRISTINA GÓMEZ SOTO** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen

Código Único de Identificación: 11001310502420190074501

Demandante: ELSA CRISTINA GÓMEZ SOTO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

realizado por la demandante del régimen de prima media (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuado a través de Porvenir S.A. el 1° de septiembre de 1999.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual de la actora; y a esta última recibirla como afiliada y proceda a corregir y actualizar su historia laboral.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES (Fls. 65 a 89), contestó la demanda, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la acción, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

Código Único de Identificación: 11001310502420190074501

Demandante: ELSA CRISTINA GÓMEZ SOTO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (Fls. 91 a 143), contestó la demanda, se opuso a las pretensiones incoadas, luego de declarar que no le constaban o no eran ciertos la mayoría de los hechos; en su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, declarando la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante a Porvenir S.A., mediante suscripción de formulario de afiliación el día 22 de julio de 1999 y declaró que para todos los efectos legales nunca se vinculó al RAIS y siempre estuvo afiliada al RPM.

Como consecuencia de lo anterior, ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos causados y los gastos de administración; así mismo, ordenó a Colpensiones a recibir a la demandante como su afiliada y a actualizar y corregir su historia laboral.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., presentó recurso de apelación en contra de los numerales 1 a 4 de la sentencia, especialmente en lo relativo a la ineficacia y al traslado de los aportes, como quiera que en el proceso se acreditó que la demandante se afilió y realizó su traslado al RAIS el 22 de julio de 1999 y frente a las normas vigentes para esa fecha, Porvenir S.A., cumplió con el deber de información de manera verbal como lo indica el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y la actora realizó su afiliación con Porvenir

Código Único de Identificación: 11001310502420190074501

Demandante: ELSA CRISTINA GÓMEZ SOTO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

S.A. de manera libre y voluntaria de conformidad con el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993.

Precisó que sobre el formulario de afiliación no pesa ningún juicio de nulidad o ineficacia que lo invalide que el traslado fue voluntario e informado, de conformidad con las normas vigentes para el año en el que ocurrió, no se evidencia causal que invalide su eficacia, que el único interés de la demandante es la diferencia pensional, más no la falta u omisión del deber de información, que no se le puede imponer a esa AFP cargas que no estaban vigentes para 1999 como son las del buen consejo o doble asesoría o incluso que se desincentivara la afiliación de la potencial afiliada, toda vez que esas normas no se aplican de manera retroactiva, por lo que solicita serevoque la decisión.

De manera subsidiaria pretende se revoquen los numerales 3 y 4 de la sentencia en lo que se refiere a los gastos de administración y bonos pensionales, toda vez que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 expresa claramente los descuentos que se hacen a los aportes a pensión y en ambos regímenes pensionales se hacen descuentos por gastos de administración y al mantenerse la ficción jurídica que la actora nunca se trasladó de régimen, en casi de haber permanecido afiliada al ISS, en este también se hubiesen hecho esos descuentos y no se hubieran generado unos rendimientos financieros frente a los que hoy ordenan su traslado.

Señaló que, en ese orden de ideas, los dineros que se encuentran depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante hacen referencia a los aportes y rendimientos financieros y como los bonos pensionales no se han redimido no hacen parte de dicha cuenta, por lo que su traslado no se puede ordenar, los gastos de administración fueron descuentos legales que se realizaron durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a Porvenir S.A. y generaron los rendimientos que hoy se ordena trasladar, por lo que estaríamos frente a un

Código Único de Identificación: 11001310502420190074501

Demandante: ELSA CRISTINA GÓMEZ SOTO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

enriquecimiento sin justa causa al devolver dineros que legalmente se descontaron para rendir los aportes de la actora con la obligación que tienen los fondos privados de la rentabilidad mínima de sus afiliados.

COLPENSIONES, indicó que la Juez de primera instancia invirtió la carga de la prueba, declarando que Porvenir S.A. no demostró que la asesoría brindada frente a las características del RAIS fuera completa, clara y transparente, sin embargo, tal decisión no fue tomada al momento de proferir sentencia, desconociendo la jurisprudencia que se ha proferido frente a la procedencia de la inversión de la carga de la prueba, en especial la sentencia T-422 de 2011, lo anterior, como quiera que la Corte Suprema de Justicia dispuso en qué casos han de tomarse las actitudes de los afiliados como verdadero entendimiento y es en ese punto donde deberá revocarse en su integridad la sentencia, en razón a que dentro del trámite probatorio no se demostró que se hubiese presentado algún vicio en el consentimiento al momento en que la demandante, “de afán y sin leer el formulario” decidió libre y voluntariamente hacer su traslado de régimen, sino que, por el contrario, quedó acreditado que su afiliación fue de manera espontánea, libre, voluntaria y sin presiones.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 25 de enero de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las partes, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las

Código Único de Identificación: 11001310502420190074501

Demandante: ELSA CRISTINA GÓMEZ SOTO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

materias objeto del recurso, así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Código Único de Identificación: 11001310502420190074501

Demandante: ELSA CRISTINA GÓMEZ SOTO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado".

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

Código Único de Identificación: 11001310502420190074501

Demandante: ELSA CRISTINA GÓMEZ SOTO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia que se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información(...).”

(...).”

Código Único de Identificación: 11001310502420190074501

Demandante: ELSA CRISTINA GÓMEZ SOTO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

e) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.
(...)

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

(...)

En posterior decisión, al referirse a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión

Código Único de Identificación: 11001310502420190074501

Demandante: ELSA CRISTINA GÓMEZ SOTO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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

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

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO.

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado por COLPENSIONES el día 04/11/1986 (Fl. 89); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 22/07/1999 a través de la A.F.P Porvenir S.A. (fl. 140); y **iii)** el día

Código Único de Identificación: 11001310502420190074501

Demandante: ELSA CRISTINA GÓMEZ SOTO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

06/11/2019 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D., no obstante el mismo fue negado (fl. 49 a 60).

Pues bien, a folio 140 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 22/07/1999 con la A.F.P Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, por cuanto de lo narrado allí en realidad no resulta viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que se le brindó la información suficiente en los términos expuestos por la Sala Laboral de la H. C.S.J., pues de dicha prueba no logra esclarecerse que la demandante conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales.

Ahora bien, frente a lo argumentado por Porvenir S.A. en su recurso, relativo a que la información brindada a los afiliados para el año 1999 se daba de manera verbal y que el formulario de afiliación de la demandante no fue señalado como nulo o inválido, debe decirse que, si bien en parte ello es cierto, dado que precisamente por la libertad probatoria para acreditar el cumplimiento del deber de información el mismo puede

¹Según los cuales “la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.” SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11001310502420190074501

Demandante: ELSA CRISTINA GÓMEZ SOTO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

acreditarse con medios probatorios distintos a “los documentos” - lo cierto es que, no por el hecho de no existir para dicha fecha obligación de suscribir documentos adicionales al formulario de afiliación, dicho documento se torne suficiente para acreditar el deber de información al usuario. Evidente resulta que el formulario de traslado es solo el documento a través del cual se formaliza el acto de traslado, más con la simple suscripción del mismo no se suple el cumplimiento del deber de información consagrado desde la misma fundación de las AFP con la expedición de la Ley 100 de 1993². Adicionalmente obsérvese que el formulario arrimado no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información, por el contrario, contiene datos que la afiliada le suministró a la demandada. En el formato de afiliación aparece información general del afiliado, de su vinculación laboral y beneficiarios.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado de la accionante, esto es 22 de julio del año 1999, lo que da al traste los argumentos expuestos por Porvenir S.A. al sustentar su recurso frente al particular, pues, tal y como se indicó en las consideraciones citadas en el presente proveído y, contrario a lo expuesto por la mentada entidad, no se está exigiendo el cumplimiento de normas inexistentes para dicha data, pues, en efecto sí existían normas que regulaban el deber de información para la fecha en mención, tales como la Ley 100 de 1993 en sus artículo 13 literal b), 271 y 272, así como el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, entre otras.

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, expuesto por

² (Arts. 97; Art. 13 literal b), 271 y 272) así como en el Decreto 663 de 1993 numeral 1.0, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, y las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal

Código Único de Identificación: 11001310502420190074501

Demandante: ELSA CRISTINA GÓMEZ SOTO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Porvenir S.A. en su recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

En cuanto al tema de la carga de la prueba, argumento presentado por Colpensiones en su recurso, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que la afiliada no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Porvenir S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindó la información, ya que es dicha entidad quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso, máxime cuando ha de recordarse que el deber de información se evalúa al momento del traslado inicial el cual, en este caso, se presentó con la AFP Porvenir S.A.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PORVENIR S.A., al no haber arrojado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora Gómez Soto en el traslado que esta realizó en el mes de julio de 1999, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima

Código Único de Identificación: 11001310502420190074501

Demandante: ELSA CRISTINA GÓMEZ SOTO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones, sin que sea necesario que la accionante demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio de casos como el que hoy nos ocupa no se hace en base a los vicios del consentimiento, resultando inane que la actora demuestre su existencia tal como lo pretende Colpensiones conforme los argumentos presentados en su recurso.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo anterior en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES se **ADICIONARÁ** la sentencia de la *A Quo*, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados;** (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Código Único de Identificación: 11001310502420190074501

Demandante: ELSA CRISTINA GÓMEZ SOTO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

“ [...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Código Único de Identificación: 11001310502420190074501

Demandante: ELSA CRISTINA GÓMEZ SOTO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

En cuanto a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado y que la misma lógica debe aplicarse a la *prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional*, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles. (Al respecto véanse las sentencias SL 1688-2019 Rad. 68838; SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Conforme lo antes expuesto y, en todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a la AFP accionada Porvenir S.A., la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros

Código Único de Identificación: 11001310502420190074501

Demandante: ELSA CRISTINA GÓMEZ SOTO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO.- **CONFIRMAR** en todo lo demás la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO.- **COSTAS** de la instancia a cargo de Porvenir S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una de las demandadas, COLPENSIONES y PORVENIR S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Elsa Cristina Gómez Soto
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**024-2019-00745-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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

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

Código de verificación: **b0051584517e4d6695a94c81c10a3ba385f4ea27885bc339722aac1222527699**

Documento generado en 11/10/2022 06:33:39 PM

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

Código Único de Identificación: 11001310502420200008701

Demandante: OLGA LUCIA SUÁREZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, y a estudiar en Grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, el 09 de noviembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **OLGA LUCÍA SUÁREZ** promoviese contra **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado de régimen pensional realizado por la demandante del ISS a Colfondos S.A.

Código Único de Identificación: 11001310502420200008701

Demandante: OLGA LUCIA SUÁREZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Colfondos S.A. efectúe los trámites correspondientes para trasladar a Colpensiones el bono pensional que le corresponde; y a esta última aceptarla como afiliada.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLFONDOS S.A. (Fls. 60 a 110), contestó la demanda, se opuso a las pretensiones incoadas, luego de declarar que no le constaban o no eran ciertos la mayoría de los hechos; en su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, validez de la afiliación al RAIS, falta de legitimación en la causa por pasiva, compensación y pago, petición antes de tiempo, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y la genérica.

Por su parte **COLPENSIONES** (Fls. 112 a 126), contestó la demanda, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la acción, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento,

Código Único de Identificación: 11001310502420200008701

Demandante: OLGA LUCIA SUÁREZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicación de la sentencia y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, declarando la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante a Colfondos S.A. el día 13 de diciembre de 1995 y declaró que para todos los efectos legales nunca se vinculó al RAIS y siempre estuvo afiliada al RPM.

Como consecuencia de lo anterior, ordenó a COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos causados y los gastos de administración; así mismo, ordenó a Colpensiones a recibir a la demandante como su afiliada y a actualizar y corregir su historia laboral.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, indicó que en este caso, se dio especial relevancia a lo manifestado por la parte demandante, esto es al engaño al que supuestamente fue sometida por parte de Colfondos S.A., no obstante, como se comprueba con las documentales aportadas y con el interrogatorio de parte por ella absuelto, se demuestra que sí recibió una asesoría dentro de su traslado y que tuvo la oportunidad de leer y firmar el formulario.

Señaló que las respuestas dadas en el interrogatorio de parte rendido por la demandante fueron evasivas, ya que

Código Único de Identificación: 11001310502420200008701

Demandante: OLGA LUCIA SUÁREZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

manifiesta no recordar, no obstante, asegura haber recibido una asesoría por parte del fondo privado.

Precisó que, resulta importante señalar que la demandante, al momento de presentar la demanda ya contaba con 53 años de edad, por lo que no tenía la posibilidad legal de trasladarse y tampoco es beneficiaria del régimen de transición y por ello, no le es aplicable la sentencia SU 062 ni la SU 130, que dan la oportunidad de trasladarse en cualquier momento entre regímenes. Adicionalmente expuso que la declaración de ineficacia afecta el principio de *sostenibilidad financiera* del sistema que gobierna el actuar de Colpensiones ya que se le están imponiendo cargas adicionales a las que ya trae con sus afiliados.

Finalizó indicando que de encontrarse procedente confirmar el fallo apelado, se confirme la decisión en cuanto a la orden de devolución a Colpensiones de todos los aportes sin ningún tipo de mermas, como quiera que esta administradora es un tercero de buena fe que no puede resultar mayormente perjudicado por un negocio jurídico del cual no hizo parte.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 25 de enero de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual venció en silencio.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso, así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban

Código Único de Identificación: 11001310502420200008701

Demandante: OLGA LUCIA SUÁREZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado

Código Único de Identificación: 11001310502420200008701

Demandante: OLGA LUCIA SUÁREZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado (...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado".

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

"... Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta

Código Único de Identificación: 11001310502420200008701

Demandante: OLGA LUCIA SUÁREZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia que se viene citando in-extenso que:

“Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información(...)”.

e) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la es la ineficacia y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

Código Único de Identificación: 11001310502420200008701

Demandante: OLGA LUCIA SUÁREZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada. (...)

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos. (...)

En posterior decisión, al referirse a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

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

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de

Código Único de Identificación: 11001310502420200008701

Demandante: OLGA LUCIA SUÁREZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO.

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado por COLPENSIONES el día 12/06/1986 (Fl. 184); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 13/12/1995 a través de la A.F.P Colfondos S.A. (fl. 38 y 128); y **iii)** el día 30/07/2019 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D., no obstante el mismo fue negado (fl. 32 a 37 y 163 a 166).

Pues bien, a folios 38 y 128 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 13/12/1995 con la A.F.P Colfondos S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información

Código Único de Identificación: 11001310502420200008701

Demandante: OLGA LUCIA SUÁREZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, por cuanto de lo narrado allí en realidad no resulta viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que se le brindó la información suficiente en los términos expuestos por la Sala Laboral de la H. C.S.J., pues de dicha prueba no logra esclarecerse que la demandante conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, lo que da al traste con los argumentos expuestos por Colpensiones frente al particular.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado de la accionante, esto es 13 de diciembre del año 1995, sin que se esté exigiendo el cumplimiento de normas inexistentes para dicha data, pues, en efecto sí existían normas que regulaban el deber de información para la fecha en mención, tales como la Ley 100 de 1993 en sus artículo 13 literal b), 271 y 272, así como el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, entre otras.

¹Según los cuales “la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.” SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11001310502420200008701

Demandante: OLGA LUCIA SUÁREZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es *insaneable*, al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

En cuanto a la carga de la prueba, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que la afiliada no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Colfondos S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindó la información, ya que es dicha entidad quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso, máxime cuando ha de recordarse que el deber de información se evalúa al momento del traslado inicial.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso COLFONDOS S.A., al no haber arrojado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora Suárez en el traslado que esta realizó en el mes de diciembre de 1995, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen

Código Único de Identificación: 11001310502420200008701

Demandante: OLGA LUCIA SUÁREZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, COLFONDOS S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo anterior en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES se **ADICIONARÁ** la sentencia de la *A Quo*, en el sentido de ORDENAR a COLFONDOS S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados**; (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

“ [...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Código Único de Identificación: 11001310502420200008701

Demandante: OLGA LUCIA SUÁREZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, como lo argumenta Colpensiones en su recurso, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la

Código Único de Identificación: 11001310502420200008701

Demandante: OLGA LUCIA SUÁREZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado y que la misma lógica debe aplicarse a la *prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional*, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles. (Al respecto véanse las sentencias SL 1688-2019 Rad. 68838; SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Conforme lo antes expuesto y, en todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

No se causaron costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO.- **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a la AFP accionada Colfondos S.A., la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

Código Único de Identificación: 11001310502420200008701

Demandante: OLGA LUCIA SUÁREZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

SEGUNDO.- **CONFIRMAR** en todo lo demás la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO.- No se causaron costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de la demandada COLPENSIONES.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Olga Lucía Suárez
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**024-2020-00087-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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

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

Código de verificación: **cce56620fcb6b304bb789eb2a85f5df5dcc57f534b2809fb869f594492dff8d2**

Documento generado en 11/10/2022 06:33:39 PM

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

Código Único de Identificación: 11001310503820190077001
Demandante: NICOLAS GUILLERMO GUTIERREZ GUTIERREZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 009

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandada COLPENSIONES, y a estudiar en Grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, el 26 de octubre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **NICOLÁS GUILLERMO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ** promoviese contra **COLPENSIONES, SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen

Código Único de Identificación: 11001310503820190077001
Demandante: NICOLAS GUILLERMO GUTIERREZ GUTIERREZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

realizado por EL demandante del régimen de prima media (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuado a través de Horizonte hoy Porvenir S.A. en el mes de mayo de 1994 y que en consecuencia se ordene a Skandia S.A. trasladar a Colpensiones los aportes realizados por el actor; y a esta última contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas por el demandante al RAIS.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

SKANDIA S.A. (Fls. 105 a 175 Archivo 01), contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones contra esta incoadas, luego de declarar que no le constaban la mayoría de los hechos. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó: Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, convalidación del acto jurídico, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y la genérica.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (Fls. 194 a 227 Archivo 01), contestó la demanda, se opuso a las pretensiones incoadas, luego de declarar que no le constaban o no eran ciertos la

Código Único de Identificación: 11001310503820190077001
Demandante: NICOLAS GUILLERMO GUTIERREZ GUTIERREZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

mayoría de los hechos; en su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Finalmente, **COLPENSIONES** (Fls. 228 a 251 Archivo 01), contestó la demanda, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la acción, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: inexistencia de derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, declarando la ineficacia del acto de traslado del demandante del RPM al RAIS a través de la AFP Colpatria – hoy Porvenir S.A., realizado el 9 de mayo de 1994.

Como consecuencia de lo anterior, ordenó a SKANDIA S.A. devolver a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual del demandante, sin descontar valor alguno por concepto de cuotas de administración, comisiones y/o aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima durante el tiempo que estuvo afiliado al RAIS; así mismo, ordenó a Colpensiones a reactivar la afiliación de la demandante y reconstruir su historia laboral.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, indicó que, si bien es cierto el deber de información existe desde la expedición de la Ley 100 de 1993 y

Código Único de Identificación: 11001310503820190077001
Demandante: NICOLAS GUILLERMO GUTIERREZ GUTIERREZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

el Decreto 663 del mismo año, este solamente fue intensificado en el año 2009, ya que a partir de esa fecha se convirtió en un deber de asesoría y buen consejo y en ese sentido no resulta viable imponer una condena a esta entidad por formalidades u obligaciones que no se exigían para la época en la que el demandante se trasladó de régimen pensional, pues con ello se vulneran derechos tanto de Colpensiones como de las AFP, máxime si se tiene en cuenta que Colpensiones es una entidad que no participó en ninguno de los actos de traslado de régimen del demandante y resulta vulnerada al tener que afrontar la carga del reconocimiento prestacional, lo que también afecta los aportes de sus afiliados que están destinados al fondo común, ya que el actor no contribuyó con el sistema y no guardó fidelidad con el mismo, lo que pone en evidencia un detrimento patrimonial para Colpensiones y por ello debe darse aplicación al principio de la sostenibilidad financiera del sistema consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política.

Indicó que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, las personas que se trasladen no podrán ser rechazadas por las AFP del RAIS, pues a estas no les es viable desincentivar las afiliaciones de los trabajadores que así manifiesten su voluntad, pues ello se encuentra proscrito en nuestro ordenamiento jurídico, por ello, al haberse suscrito los formularios de afiliación por parte del demandante, no le era viable a las AFP rechazarlo, por ello, la afiliación al RAIS es válida y no se le debe restar valor.

Precisó que Colpensiones ha actuado conforme a derecho en todas sus actuaciones, por lo que aceptar el traslado de régimen del demandante afectaría el sistema financiero del RPM debido a la falta de contribución del demandante al fondo común, generando una carga a los demás afiliados, al soportar el eventual reconocimiento pensional en favor del actor, quien no construyó su derecho pensional en el RPM y por ello se deberá dar aplicación al principio de sostenibilidad financiera.

Código Único de Identificación: 11001310503820190077001
Demandante: NICOLAS GUILLERMO GUTIERREZ GUTIERREZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

De manera subsidiaria, y de no atenderse los anteriores argumentos, solicitó se ordene a las AFP tanto la devolución de las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, ello debidamente indexado, sin realizar descuento alguno a fin de evitar un detrimento patrimonial para Colpensiones.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 25 de enero de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las partes, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso, así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

Código Único de Identificación: 11001310503820190077001
Demandante: NICOLAS GUILLERMO GUTIERREZ GUTIERREZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

Código Único de Identificación: 11001310503820190077001

Demandante: NICOLAS GUILLERMO GUTIERREZ GUTIERREZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría y buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regimenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado (...)

Código Único de Identificación: 11001310503820190077001

Demandante: NICOLAS GUILLERMO GUTIERREZ GUTIERREZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos efectos que pueden generar las

Código Único de Identificación: 11001310503820190077001

Demandante: NICOLAS GUILLERMO GUTIERREZ GUTIERREZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia que se viene citando in-extenso que:

“Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información(...)”.

e) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada. (...)

Código Único de Identificación: 11001310503820190077001

Demandante: NICOLAS GUILLERMO GUTIERREZ GUTIERREZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos. (...)"

En posterior decisión, al referirse a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

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

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

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que

Código Único de Identificación: 11001310503820190077001
Demandante: NICOLAS GUILLERMO GUTIERREZ GUTIERREZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional

VI. DEL CASO CONCRETO.

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado por COLPENSIONES el día 03/02/1970 (Archivo 02); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 09/05/1994 a través de la A.F.P Colpatria - Porvenir S.A. (fl. 213, 219, 220 Archivo 01); **iii)** realizó traslados horizontales entre AFP del RAIS, a Skandia S.A. el 28/12/1999 (fl. 59 y 134 Archivo 01), y **iv)** el día 12/09/2019 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D., no obstante el mismo fue negado (fl. 38 a 42 y 51 a 53 Archivo 01).

Pues bien, sea lo primero por evocar que, conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez puede valorar libremente la prueba y dado que para probar el cumplimiento del deber de información, no existe tarifa legal de prueba, la pasiva podía valerse de cualquier medio de prueba de aquellos consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, no obstante, ello no aconteció en el caso bajo estudio, pues, de un lado de lo narrado en su interrogatorio de parte no resulta viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que se le brindó la información suficiente en los términos expuestos por la Sala Laboral de la H. C.S.J., pues de dicha prueba no logra esclarecerse que el actor conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales. .

Frente a los argumentos de la apelación, relativos a la acreditación de la información suficiente con lo consignado en el formulario de afiliación, ha de memorarse que en los términos

Código Único de Identificación: 11001310503820190077001
Demandante: NICOLAS GUILLERMO GUTIERREZ GUTIERREZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*¹, por ello no basta con aportar dicha documental, que además sea dicho de paso, ni siquiera fue arrimada por Porvenir S.A.

Ahora bien, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado del accionante, esto es 9 de mayo del año 1994, lo que da al traste los argumentos expuestos por Colpensiones al sustentar su recurso frente al particular, pues, tal y como se indicó en las consideraciones citadas en el presente proveído y, contrario a lo expuesto por la mentada entidad, no se está exigiendo el cumplimiento de normas inexistentes para dicha data, pues, en efecto sí existían normas que regulaban el deber de información para la fecha en mención, tales como la Ley 100 de 1993 en sus artículo 13 literal b), 271 y 272, así como el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, entre otras.

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, expuesto por la parte apelante, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Código Único de Identificación: 11001310503820190077001
Demandante: NICOLAS GUILLERMO GUTIERREZ GUTIERREZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

En cuanto a la carga de la prueba, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que el afiliado no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Porvenir S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindó la información, ya que es dicha entidad quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso, máxime cuando ha de recordarse que el deber de información se evalúa al momento del traslado inicial el cual, en este caso, se presentó con la AFP Colpatria – hoy Porvenir S.A.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PORVENIR S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar al señor Gutiérrez Gutiérrez en el traslado que esta realizó en el mes de mayo de 1994, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, SKANDIA S.A., deberá

Código Único de Identificación: 11001310503820190077001
Demandante: NICOLAS GUILLERMO GUTIERREZ GUTIERREZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo anterior en atendiendo los argumentos expuestos por Colpensiones en su recurso, se **ADICIONARÁ** la sentencia de la *A Quo*, en el sentido de ORDENAR a SKANDIA S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados**; (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Ahora bien, dicha **orden será extensiva a Porvenir S.A.**, en lo que respecta a los gastos de administración y seguros provisionales, pues esta AFP en algún momento tuvo a su cargo la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

“ [...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de

Código Único de Identificación: 11001310503820190077001

Demandante: NICOLAS GUILLERMO GUTIERREZ GUTIERREZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera** como lo arguye Colpensiones al sustentar su recurso, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Ahora bien, Colpensiones argumenta en su apelación, que esta entidad no participó en los actos de traslado de régimen efectuados por el demandante. Por ello, para resolver este punto, pertinente resulta traer a colación el **principio de la relatividad jurídica**, figura propia del derecho civil, que establece básicamente, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H.

Código Único de Identificación: 11001310503820190077001
Demandante: NICOLAS GUILLERMO GUTIERREZ GUTIERREZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto.

Al respecto, en sentencia SC 1182-2016² (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), expuso:

“Ha existido un mal entendimiento del aludido principio - explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho, necesariamente tenía que reclamarle al girador, pues al banco no podía demandar ya que ninguna relación contractual lo unía a él; y tampoco podía hacerlo extracontractualmente porque si aun así resultaba menester establecer el eventual incumplimiento por el banco del contrato de cuenta corriente, de todos modos sería permitir que la acción de un extraño terminara definiendo la suerte del contrato, y sin la comparecencia de todos sus celebrantes. A lo cual hubo de responder la Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter alios acta]. “Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».³

3.3. En la periferia del contrato, entonces, existen terceros a los cuales el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los alcanza y afecta patrimonialmente.”

² Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

³ *Ibídem*.

Código Único de Identificación: 11001310503820190077001
Demandante: NICOLAS GUILLERMO GUTIERREZ GUTIERREZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

Así las cosas, dicho principio no es absoluto, por lo que, si bien Colpensiones es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre el demandante y en su momento la AFP Colpatria (hoy Porvenir S.A.), el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, como sucede en este asunto.

En cuanto a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado y que la misma lógica debe aplicarse a la *prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional*, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles. (Al respecto véanse las sentencias SL 1688-2019 Rad. 68838; SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Conforme lo antes expuesto y, en todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 11001310503820190077001
Demandante: NICOLAS GUILLERMO GUTIERREZ GUTIERREZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

R E S U E L V E:

PRIMERO.- **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a las AFP accionadas Skandia S.A. y Porvenir S.A., la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO.- **CONFIRMAR** en todo lo demás la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO.- Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Código Único de Identificación: 11001310503820190077001
Demandante: NICOLAS GUILLERMO GUTIERREZ GUTIERREZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000
a cargo de la demandada, COLPENSIONES.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Nicolás Guillermo Gutiérrez G.
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**038-2019-00770-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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

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

Código de verificación: **d217833dd31b11fdb10deda9d8b84a8f6ea97343e6321a90c61f6b0396a51389**

Documento generado en 11/10/2022 06:33:39 PM

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2017-00357 -01
Demandante: **SINDI JOHANA MONTENEGRO SOLORZANO.**
Demandado: **MARIO BALLÉN DÍAZ E IGNACIO SÁENZ DE SANTAMARÍA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

Procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y MARIO BALLÉN DÍAZ contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 05 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **SINDI JOHANA MONTENEGRO SOLORZANO** promovió contra **MARIO BALLÉN DÍAZ e IGNACIO SÁENZ DE SANTAMARÍA.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte actora pretende la declaratoria de un contrato de trabajo del 19 de octubre de 2008 al 14 de junio de 2014, con los demandados como dueños del establecimiento de comercio “Restaurante Bistró de la Candelaria Comida Creativa”. Como consecuencia de lo anterior, deprecia el reconocimiento y pago de cesantías, prima de servicios, vacaciones, intereses a las cesantías, sanción por

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2017-00357 -01
Demandante: **SINDI JOHANA MONTENEGRO SOLORZANO.**
Demandado: **MARIO BALLÉN DÍAZ E IGNACIO SÁENZ DE SANTAMARÍA.**

no pago de intereses a las cesantías, sanción por no consignación de las cesantías, aportes al sistema de seguridad social integral, sanción moratoria, e indemnización por despido sin justa causa.

Como fundamento de sus pretensiones la demandante argumentó que: **1)** El 19 de octubre de 2008, entre las partes se inició un contrato de trabajo, para desempeñar las funciones de Mesera; **2)** Devengó las siguientes sumas: 2008, \$752.000; 2009, 836.988; 2010, \$921.345; 2011, \$1'005.700; 2012, \$1'026.700; 2013, \$1'090.057; y 2014, \$1'132.235; **3)** Realizaba sus labores de manera personal, y cumpliendo el horario laboral señalado por los demandados; **4)** El 14 de junio de 2014 se dio por terminado el contrato de trabajo, sin que mediara justa causa; **5)** Le adeudan las acreencias laborales que pretende; y **6)** Citó a su empleador para el 22 de julio de 2014 ante el Ministerio del Trabajo, no obstante, éste no compareció

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

MARIO BALLÉN DÍAZ (fls. 79 a 91), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, inexistencia de la relación laboral pretendida, existencia de un contrato de prestación de servicios, e inexistencia de relación societaria de ninguna clase entre los codemandados.

No aceptó ningún hecho, precisando que lo que existió con la demandante fue un contrato de prestación de servicios para que realizara oficios varios; y que del anterior contrato, en ningún momento participó el señor IGNACIO SÁENZ DE SANTAMARÍA; que la accionante nunca estuvo sujeta a un horario, ni a subordinación de ninguna naturaleza.

Por su parte, **IGNACIO SÁENZ DE SANTAMARÍA** (fls.92 a 103), también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó falta

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2017-00357 -01

Demandante: **SINDI JOHANA MONTENEGRO SOLORZANO.**

Demandado: **MARIO BALLÉN DÍAZ E IGNACIO SÁENZ DE SANTAMARÍA.**

de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, inexistencia de la relación laboral pretendida, inexistencia de relación societaria de ninguna clase entre los codemandados, cobro de lo no debido, y mala fe.

No aceptó ningún hecho. Adujo que, si bien asistía esporádicamente al restaurante, era por cuestiones de amistad con el señor MARIO BALLÉN DÍAZ, enseñándole aspectos contables y administrativos; y que no tuvo ningún tipo de relación contractual con la demandante.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 05 de noviembre de 2021, en la que declaró que entre Mario Ballén Díaz y la actora existió una relación laboral entre el 19 de octubre del 2008 y el 14 de abril del 2014, por lo que en consecuencia lo condenó al pago de cesantía, intereses a la cesantía, sanción por no pago de los intereses de la cesantía, primas de servicio y vacaciones en las sumas indicadas en la parte resolutive de la sentencia.

Así mismo condenó al señor Mario Ballén Díaz a pagar a la administradora de pensiones a la cual se encuentre afiliada la demandante el monto determinado por ésta, correspondiente al cálculo actuarial por los aportes pensionales la actora por los periodos comprendidos entre el 19 de octubre del 2008 al 14 de abril del 2014 conforme a los salarios que indicó en la parte motiva de la providencia. Por último efectuó condena al demandado en favor de la actora, por concepto de indemnización del Art. 65 del C.S.T., esto es los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superfinanciera, sobre las prestaciones adeudadas, desde el 13 de junio del 2014 y hasta la fecha en que se verifique el pago efectivo. Absolvió de las demás pretensiones, condenó en costas

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2017-00357 -01

Demandante: **SINDI JOHANA MONTENEGRO SOLORZANO.**

Demandado: **MARIO BALLÉN DÍAZ E IGNACIO SÁENZ DE SANTAMARÍA.**

a Mario Ballén Díaz y absolvió a Ignacio Sáenz de Santamaria Jaramillo de todas las pretensiones invocadas en su contra.

En síntesis, refirió el A Quo, que en interrogatorio de parte MARIO BALLÉN DÍAZ aceptó la contratación de la accionante para que realizara oficios varios; que no se demostró que la actora hubiese prestado algún tipo de servicio a favor del señor IGNACIO SÁENZ DE SANTAMARÍA JARAMILLO; que en la contestación de la demanda, MARIO BALLÉN DÍAZ aceptó que los extremos temporales fueron del 19 de octubre del 2008 al 14 de abril del 2014; que en interrogatorio de parte el demandado aceptó que el salario era el mínimo más un 35% adicional, por lo que, sobre tal valor se calcularían las correspondientes prestaciones sociales y vacaciones; que operó la excepción de prescripción de las prestaciones sociales causadas con anterioridad al 15 de agosto de 2011, pues se reclamó el mismo día y mes de 2014 y se demandó el 13 de junio de 2017, con excepción de las cesantías, las que se hacen exigibles desde la terminación del contrato de trabajo; que las vacaciones y sanción por no pago de intereses a las cesantías y cesantías se interrumpieron con la demanda, pues no se pidieron con la petición elevada al Ministerio de Trabajo, de manera que están prescritas las causadas con anterioridad al 13 de junio de 2014; que no está acreditado el hecho del despido para que haya lugar a indemnización por despido sin justa causa; que no existe justificación para que el demandado se haya abstenido de pagar de los intereses a las cesantías e indemnización moratoria, por lo que procede la sanción moratoria por su falta de pago, no siendo así en lo atinente a la sanción por no consignación de las cesantías, pues la única exigible es la de 2014, y esta se paga a la terminación del contrato de trabajo, por lo que está incluida en la sanción moratoria; que al no pagarse aportes a pensión, hay lugar a su pago, no siendo así sobre salud, riesgos laborales y compensación familiar, pues estos tienen su razón de ser durante la relación laboral, por demás que no se demostraron perjuicios por su falta de pago; y que la indemnización moratoria

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2017-00357 -01

Demandante: **SINDI JOHANA MONTENEGRO SOLORZANO.**

Demandado: **MARIO BALLÉN DÍAZ E IGNACIO SÁENZ DE SANTAMARÍA.**

corresponde únicamente a intereses moratorios, pues se demandó después del mes 24, estando afectado por dicho fenómeno los intereses causados con anterioridad al 13 de junio de 2014.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

Previa advertencia por parte del A Quo relativa a que la sustentación del recurso debía hacerse en la segunda instancia dio traslado a las partes para que anunciaran sus puntos de apelación.

La **PARTE ACTORA** señaló, que se debe reconocer la indemnización por despido sin justa causa; la sanción por no consignación de las cesantías; se debe verificar la forma como se contabilizó la interrupción de la prescripción para efectos de establecer si hay lugar a la sanción por no consignación de las cesantías; y si se debe imponer condena al señor IGNACIO SÁENZ DE SANTAMARÍA.

MARIO BALLÉN DÍAZ, indicó que la citación ante el Ministerio de Trabajo no se puede entender como interrupción de la prescripción para condenarlo.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 28 de febrero de 2022, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la apoderada de la parte actora, quien siguiendo lo ordenado por el juez de la causa procedió a sustentar la apelación.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2017-00357 -01
Demandante: **SINDI JOHANA MONTENEGRO SOLORZANO.**
Demandado: **MARIO BALLÉN DÍAZ E IGNACIO SÁENZ DE SANTAMARÍA.**

competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos a resolver** se circunscriben a determinar, si hay lugar declarar que el señor IGNACIO SÁENZ DE SANTAMARÍA fungió como empleador de la demandante; si la citación ante el Ministerio de Trabajo se puede entender como interrupción de la prescripción, y si esta se encuentra debidamente contabilizada para efectos de verificar si hay lugar a la sanción por no consignación de las cesantías; y si hay lugar a pagar indemnización por despido sin justa causa, y sanción por no consignación de las cesantías.

DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS Y EXTREMOS TEMPORALES.

En materia laboral, el principio de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar la denominación que se le hubiera dado.

En ese orden, para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2017-00357 -01
Demandante: **SINDI JOHANA MONTENEGRO SOLORZANO.**
Demandado: **MARIO BALLÉN DÍAZ E IGNACIO SÁENZ DE SANTAMARÍA.**

continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo¹.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado, con inmodificable persistencia, que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción (ver al respecto sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017)

Así, al margen del contrato que se hubiera podido celebrar entre las partes, si en virtud del principio de la primacía de la realidad aparece acreditado el elemento de la prestación del servicio, y no se logra desvirtuar el de la subordinación, se tiene por acreditada la existencia de un contrato de trabajo como acertadamente lo expuso el juez de primera instancia.

En igual sentido, Igualmente, y en relación con la acreditación de los **extremos temporales** la misma corporación en sentencia del 24 de abril de 2012, Rad. 41890, reiterada en la SL16110-2015, ha establecido que dicha carga le corresponde a la parte actora: Así adoctrinó:

“Conviene decir, que de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren

¹ **ARTICULO 24. PRESUNCIÓN.** <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado.

En el sub lite los demandados en ningún momento admitieron las fechas de ingreso y retiro que señaló el actor en el escrito de demanda inaugural, pues no se cuenta con confesión en este sentido, máxime cuando el Curador Ad litem que los representó al contestar el libelo demandatorio, manifestó no constarle y que se atenía a lo que se demostrara (folio 90 del cuaderno del Juzgado); y por consiguiente la carga de la prueba en el específico punto de los extremos temporales se mantuvo en cabeza del trabajador demandante, la cual no se desplazó a la parte accionada ni se invirtió, como lo quiere hacer ver la censura”.

En igual sentido, ha establecido la misma Corporación, que es deber del juez desentrañar los extremos temporales de la relación laboral; en tal sentido, para ello puede efectuar un fallo *infra petita*. Así, lo dijo en sentencia SL4816-2015 memorada en las sentencias SL5595-2019, SL3616-2020 y SL955-2021:

(...) una revisión de las providencias dictadas en los últimos años sobre este punto, dan cuenta que el criterio que ha prevalecido en esta Corporación es aquel conforme al cual, el juez tiene el **deber**, no solo en los casos en los que se prueba un tiempo de servicios inferior al pretendido (CSJ SL, 5 dic. 2001, rad. 17215; CSJ SL, 14 jul. 2009, rad. 35033; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 35666; CSJ SL, 17 jun. 2011, rad. 38182; CSJ SL, 21 jun. 2011, rad. 42768; CSJ SL806-2013; CSJ SL9112-2014; CSJ SL1012-2015), sino en otros (CSJ SL16715-2014), de dictar una condena minus petita que acepte parcialmente las pretensiones de la demanda, esto es, que si el demandante pide más, pero tan solo alcanzó a acreditar parte de lo pedido, debe reconocerse lo probado (art. 305 C.P.C.).

(...) El fundamento esencial de la demanda no cambia cuando los hechos del juicio indiquen que el tiempo de servicios fue inferior al que se alegó en la demanda, que en últimas es lo que ocurrió en este proceso frente a algunas de las pretensiones, por lo que debe concluirse que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 305 del CPC, al negarse a estudiar las pretensiones por encontrar que entre las partes se habían estructurado dos contratos de trabajo independientes y que el último no correspondía a los límites o extremos temporales señalados en la demanda inicial.

En similar sentido, esta Corte en sentencia CSJ SL, 22 ago. 2008, rad. 38182, expresó:

No está demás advertir por la Sala que nada obsta para que el juez declare la existencia de dos contratos de trabajo, pese a que el demandante invocó la existencia de uno solo, pues es bien

sabido que el principio de consonancia contenido en el artículo 305 del CPC que informa las sentencias de instancia respecto de las pretensiones solicitadas, no excluye la posibilidad de que se profiera un fallo infra petita.

Y en la CSJ SL, 21 jun. 2011, rad. 42768, dijo:

No obstante, lo anterior no implica que los jueces estén impedidos para decidir por debajo de lo pedido, ni ello tampoco desconoce el imperioso mandato del artículo 305 del C. P. C., de modo que cuando las partes logran probar menos de lo pretendido, es obligación del juez proferir decisión que acoja lo demostrado, pero sin salirse dentro de los extremos inicialmente fijados, debiendo en consecuencia denegar lo demás, caso en el cual decisión es minus petita.

Los extremos de la litis no cambian cuando se demuestre un tiempo de servicios inferior al que se alegó en la demanda” (Subrayado y Negrillas por la Sala).

DEL CASO EN CONCRETO.

En el proceso está acreditado y no son objeto de controversia en la instancia, los siguientes hechos: **i)** La existencia del contrato de trabajo que existió entre la demandante y el señor MARIO BALLÉN DÍAZ entre el 19 de octubre del 2008 y el 14 de abril del 2014 por así haberlo sentenciado el A Quo, sin encontrar oposición del demandado frente a dicha declaración; **ii)** el salario devengado por la demandante, del mínimo más un 35% adicional; **iii)** la citación que la demandante hizo al señor MARIO BALLÉN DÍAZ para el 22 de julio de 2014 ante el Ministerio del Trabajo, con el fin de que le fuera reconocido calzado y vestido de labor, liquidación de prestaciones sociales, retención ilegal del salario, y aportes a seguridad social, según acta levantada ante el Ministerio de Trabajo del 15 de agosto de 2014 (fl. 9); y **iii)** La propiedad del establecimiento de comercio Restaurante Bistró de la Candelaria Comida Creativa en cabeza del señor MARIO BALLÉN DÍAZ (fl.10).

Adicional a la documental obrante a folios 8 a 10, los demandados rindieron **interrogatorio de parte**, de lo cual debe advertirse que respecto de lo declarado por IGNACIO SÁENZ DE SANTAMARÍA no se logra establecer que la demandante prestara

servicios a su favor, pues éste en ningún momento confesó tal situación; por el contrario, en su interrogatorio manifestó que nunca fue propietario del restaurante Bistró de la Candelaria Comida Creativa, que MARIO BALLÉN DÍAZ lo había contratado para que prestara asesoría en algunas cosas del restaurante y que además éste era su amigo de muchos años, y que únicamente ayudaba a su codemandado a revisar cuentas y contabilidad.

Afirmaciones en las que coincidió el co demandado MARIO BALLÉN DÍAZ al afirmar en su interrogatorio de parte que IGNACIO SÁENZ DE SANTAMARÍA, no era asesor del restaurante, iba dos o tres veces por semana a almorzar, y le ayudaba con las cuentas; y que él es el dueño del Restaurante Bistró de la Candelaria Comida Creativa.

En este punto, se advierte que el interrogatorio de la demandante, es insuficiente para determinar que el señor IGNACIO SÁENZ DE SANTAMARÍA también fue empleador de la accionante, recuérdese que la finalidad de este medio probatorio es lograr la confesión de la parte. Además, nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL2390-2020 y SL5109-2020:

“Por otra parte, la alusión de la censura a la supuesta existencia de una confesión de la parte demandante resulta, cuando menos, desafortunada, pues, de acuerdo con lo previsto en el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil hoy 191 del CGP, la confesión debe versar «...sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria...» además de que a nadie le es dado construir sus propias pruebas, ni podría la Corte, en manera alguna, admitir que las simples afirmaciones de la demandante, constituyen plena prueba de la dependencia”.

Así las cosas, considera la Sala que no se logró acreditar que la demandante prestó sus servicios personales a favor del señor IGNACIO SÁENZ DE SANTAMARÍA, por lo que, tal y como lo dispuso el A Quo, no es posible imponer condena en su contra,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2017-00357 -01
Demandante: **SINDI JOHANA MONTENEGRO SOLORZANO.**
Demandado: **MARIO BALLÉN DÍAZ E IGNACIO SÁENZ DE SANTAMARÍA.**

más aún si se tiene por acreditado que el único dueño del Restaurante Bistró de la Candelaria Comida Creativa, es el señor MARIO BALLÉN DÍAZ.

En consecuencia, procede la Sala a examinar los puntos concretos de apelación tendientes a verificar el fenómeno de la prescripción, y si hay lugar a indemnización por despido sin justa causa y sanción por no consignación de las cesantías.

Respecto de la **prescripción**, tratándose de los derechos emanados de las normas sociales, el artículo 488 del C.S.T., brinda a los trabajadores la oportunidad de presentar sus reclamos dentro de los tres años siguientes a su exigibilidad, y el 489 ejusdem, prevé que dicho lapso se puede interrumpir por una sola vez, con el simple reclamo escrito del trabajador, dirigido y recibido por el empleador, sobre derechos debidamente determinados, para, a partir de ese momento, iniciar un nuevo conteo del referido término; reglas igualmente consignadas en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S.

Ahora, y en relación, con la posibilidad de interrumpir la prescripción con la presentación de acción ante el Ministerio de Trabajo, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4554-2020, señaló lo siguiente:

“Al respecto, esta Sala ha adoctrinado que con ese «reclamo escrito» lo que el legislador pretendió fue que el empleador ante el eventual inicio de un proceso judicial hubiese conocido previamente sobre las acreencias que el trabajador pretendía que le fueran canceladas. De modo que ese «simple reclamo por escrito» puede entenderse como cualquier requerimiento o solicitud que el trabajador hubiese realizado del derecho debidamente determinado y del que el empleador tuviese conocimiento, incluso, en peticiones realizadas ante autoridades judiciales o administrativas que hubiesen quedado plasmadas de forma escritural, como por ejemplo en actas de conciliación. Precisamente, en la sentencia CSJ SL, 18 jun. 2008, rad. 33273 la Corte expresó:

Ahora, la Corte Suprema de Justicia ha admitido la validez de las reclamaciones efectuadas ante los Inspectores del Trabajo o ante cualquier autoridad que pueda dar solución a conflictos laborales,

cuando en la correspondiente diligencia está el empleador remiso en cuyo desarrollo se entera de cuáles son los derechos que su ex-trabajador le está solicitando su satisfacción, siempre y cuando tales derechos también aparezcan debidamente individualizados, pues en realidad si el simple reclamo escrito del asalariado recibido por su empleador tiene la fuerza para interrumpir la prescripción, no se ve la razón para que una reclamación ante funcionario público y en presencia del empleador no la tenga también para los propósitos de anular el término prescriptivo que venía corriendo para que empiece la contabilización de otro igual por el lapso inicialmente señalado.
Negrillas por la Sala.

Conforme lo brevemente expuesto, , resulta claro que para que se pueda entender que el acta levantada por el Ministerio de Trabajo tuvo el alcance de interrumpir el fenómeno de la prescripción, resulta necesario, además de la individualización de las acreencias laborales pretendidas, que se tuviese certeza que el empleador conoció dicha citación, bien sea porque asistió a la diligencia, bien sea porque le fue remitida la correspondiente citación a la diligencia, señalándose el objeto y las acreencias laborales que pretende su trabajador.

En el caso, se tiene que en el acta expedida por el Ministerio de Trabajo se dejó constancia que el empleador MARIO BALLÉN DÍAZ como dueño del Restaurante Bistró de la Candelaria Comida Creativa fue citado a través de correo electrónico, y que el objeto de dicha citación fue el reconocimiento de calzado y vestido de labor, liquidación de prestaciones sociales, retención ilegal del salario, y aportes a seguridad social (fl. 9), así como que en interrogatorio de parte el señor MARIO BALLÉN DÍAZ, señaló que después de que la accionante dejó de laborar, “*se la encontró*” en el Ministerio de Trabajo, pero que no llegaron a ningún acuerdo en cuanto a la liquidación y prestaciones sociales. Por tanto, considera la Sala que la reclamación elevada ante autoridad administrativa sí logró interrumpir el fenómeno prescriptivo, tal y como lo dispuso el A Quo, por lo que en el punto concreto de apelación de la pasiva se confirmará la decisión de primera instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2017-00357 -01
Demandante: **SINDI JOHANA MONTENEGRO SOLORZANO.**
Demandado: **MARIO BALLÉN DÍAZ E IGNACIO SÁENZ DE SANTAMARÍA.**

Ahora bien, y para efectos de determinar si operó la prescripción de la **sanción por no consignación de las cesantías**, punto de apelación de la activa, debe advertirse que ciertamente dentro de la constancia del Ministerio de Trabajo, en ningún momento se hizo alusión al reconocimiento y pago de sanción por no consignación de las cesantías o de sanciones moratorias en general, para entender que se estaba elevando la correspondiente reclamación, por lo que le asiste razón al A Quo en contabilizar su prescripción desde la presentación de la demanda; recuérdese que conforme criterio expuesto en la sentencia SL4554-2020, se ha admitido la validez de las reclamaciones efectuadas ante los Inspectores del Trabajo o ante cualquier autoridad que pueda dar solución a conflictos laborales, siempre y cuando los derechos pretendidos también aparezcan debidamente individualizados.

Así las cosas, y dado que se demandó el 13 de junio de 2017 (fl.11), operó la prescripción de la sanción por no consignación de las cesantías, causadas con anterioridad al 13 de junio de 2014. Por tanto, y dado que, para la consignación de las cesantías de 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, y 2013, se tenía hasta el 14 de febrero de 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, y 2014, respectivamente, para exigir su pago, es claro que operó el fenómeno extintivo y por le asiste razón al A Quo fulminar la condena en los términos que lo hizo frente al punto concreto.

En cuanto a la sanción por no consignación de las cesantías del año 2014, debe señalarse que la misma no se causó, pues conforme el numeral 3 del artículo 99 de la ley 50 de 1990, la obligación de consignación surge para el empleador que tiene vigente la relación laboral al 31 de diciembre de cada año, lo que no acontece en el caso bajo estudio, pues la relación finiquitó el 14 de abril de 2014; por demás que dichas cesantías, se entendería incluidas en el cálculo de la indemnización moratoria, tal y como lo advirtió el A Quo, por lo que habría lugar a su pago.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2017-00357 -01
Demandante: **SINDI JOHANA MONTENEGRO SOLORZANO.**
Demandado: **MARIO BALLÉN DÍAZ E IGNACIO SÁENZ DE SANTAMARÍA.**

Indemnización por despido sin justa causa.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, y la condena consecencial de pagar la indemnización por dicha circunstancia, establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, a cada una de las partes entradas en la litis le asiste una carga probatoria diferente, de un lado, el trabajador debe probar el hecho del despido y por su parte el empleador tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en las **SL592 de 2014, Rad. 431105 y SL2386-2020.**

En *sub examine*, no se encuentra que se hubiere acreditado el hecho del despido por parte del trabajador, pues el señor MARIO BALLÉN DÍAZ señaló en interrogatorio de parte que la demandante no regresó a trabajar y no existe prueba alguna en el expediente que pruebe que la razón del fenecimiento del vínculo laboral lo haya sido la decisión del empleador, luego bastan las consideraciones precedentes para confirmar en el punto la decisión del A Quo.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2017-00357 -01
Demandante: **SINDI JOHANA MONTENEGRO SOLORZANO.**
Demandado: **MARIO BALLÉN DÍAZ E IGNACIO SÁENZ DE SANTAMARÍA.**

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. - **CONFIRMAR** por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia de origen y fecha conocidos.

SEGUNDO - Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00226-01
Demandante: **GLORIA CECILIA JIMÉNEZ ARDILA.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

Procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a estudiar en grado jurisdiccional de consulta, la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **GLORIA CECILIA JIMÉNEZ ARDILA en representación de MANUEL ROBERTO CAMARGO ARDILA** promovió contra **COLPENSIONES.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante, en representación de MANUEL ROBERTO CAMARGO ARDILA, solicita el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, en atención a su condición de hijo en situación de discapacidad, a partir del 01 de diciembre de 2017. Igualmente, solicita intereses moratorios e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones la demandante argumentó que: **1)** El 21 de marzo de 2017 se declaró la interdicción definitiva por incapacidad mental de MANUEL ROBERTO CAMARGO ARDILA, siendo nombrada como Consejera Legítima Principal; **2)** El 07 de octubre de 2011, la Junta Regional de Calificación de Invalidez y Cundinamarca determinó que MANUEL ROBERTO CAMARGO ARDILA presentaba una pérdida de capacidad laboral del 50.25%, con fecha de estructuración 02 de junio de 2010; **3)** El 01 de diciembre de 2017 falleció Ana Cecilia Ardila, quien era pensionada de COLPENSIONES, y la madre de MANUEL ROBERTO CAMARGO ARDILA, quien dependía económicamente de ésta; **4)** El 06 de febrero de 2018 se solicitó pensión de sobrevivientes, la cual fue negada mediante Resolución SUB 120103 de mayo de 2018; confirmada mediante las Resoluciones SUB 148258 de junio de 2018 y DIR 11315 de junio de 2018; y **5)** Si bien el señor MANUEL ROBERTO CAMARGO ARDILA percibe dos pensiones, esta suma no es suficiente para sufragar sus gastos, pues estos ascienden a \$2'415.200, y por concepto de pensiones se paga un neto de \$1'557.750.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

COLPENSIONES (fls. 90 a 92), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó buena fe, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Aceptó los hechos relativos a la declaración de interdicción definitiva por incapacidad mental de MANUEL ROBERTO CAMARGO ARDILA, siendo nombrada GLORIA CECILIA JIMÉNEZ ARDILA como Consejera Legítima Principal; que el 07 de octubre de 2011, la Junta Regional de Calificación de Invalidez y Cundinamarca determinó que MANUEL ROBERTO CAMARGO ARDILA presentaba un P.C.L. del 50.25%, con fecha de

estructuración 02 de junio de 2010; y que negó la mediante Resolución SUB 120103 de mayo de 2018, la que fue confirmada mediante las Resoluciones SUB 148258 de junio de 2018 y DIR 11315 de junio de 2018. Negó los demás.

En su defensa manifestó que de acuerdo a la investigación realizada por la entidad, se encontró la imposibilidad de reconocer a la demandante la pensión de sobrevivientes deprecada.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 30 de noviembre de 2021, en la que declaró que MANUEL ROBERTO CAMARGO ARDILA es beneficiario de la pensión de sobrevivientes en calidad de hijo en situación de discapacidad de Ana Cecilia de Camargo, por lo que condenó a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle la sustitución pensional respecto de la Ana Cecilia de Camargo en cuantía del 100% de la mesada que esta percibía, prestación que se debe reconocer **a partir del 1° de diciembre de 2017**, junto con el retroactivo causado hasta la fecha en que sea incluido en nómina de pensionados en debida forma. Condenó además a la pasiva al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre todas y cada una de las mesadas adeudadas causadas **desde el 06 de abril de 2018** hasta cuando se realice el pago efectivo de la prestación. Autorizó a COLPENSIONES para que descuente del retroactivo el porcentaje que en derecho corresponde a los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud y condenó en costas al demandado.

En síntesis, luego de señalar el problema jurídico refirió la A Quo, que se encuentra acreditado que MANUEL ROBERTO CAMARGO ARDILA ostenta la calidad de hijo de Ana Cecilia de Camargo quien falleció el 1 de diciembre de 2017 y que, si bien

este goza de dos pensiones, lo cierto es que para el momento del fallecimiento de la causante, no disfrutaba de tales prestaciones, pese a que presentaba una pérdida de capacidad laboral del 50,25% como consecuencia de una patología mental; que durante el lapso comprendido entre los años 2009 y 2017 quien le suministró conforme prueba testimonial, alimentos, vivienda, vestido, y medicación, fue su madre; que la prestación tiene un origen distinto al de las dos prestaciones ya reconocidas, pues estas nacieron de las cotizaciones de su esposa y de su propia invalidez; advirtió que no operó la prescripción de ninguna mesada en atención a la fecha del fallecimiento de la madre pensionada- 01 de diciembre de 2017- y la presentación de la demanda - 18 de marzo de 2019-. En cuanto a los intereses moratorios, los encontró causados al concluir que el fundamento para negar la pensión lo fue que el actor gozaba de dos pensiones, lo que no es impedimento para reconocer la pensión pretendida, aunado a que la dependencia del actor de su madre data desde el año 2009, y dichas prestaciones se reconocieron en 2017 y 2018; y finalmente negó la indexación, al resultar incompatible con la condena de intereses moratorios.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 28 de febrero de 2022, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la Consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en consulta, la Sala encuentra que los **problemas jurídicos a resolver**, se circunscriben a determinar si están acreditados los requisitos de invalidez de MANUEL ROBERTO CAMARGO ARDILA y de dependencia económica de su madre al momento del fallecimiento de esta. Igualmente, si es dable el reconocimiento de las demás condenas impuestas.

DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.

Lo primero por precisar es que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias del 02 de marzo de 2007, 29 de noviembre de 2011, 21 de marzo de 2012 y 30 de enero de 2013, Rads. 27593, 40.055, 43.572 y 41024, respectivamente, así como más recientemente en la SL4261-2020.

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento de la señora Ana Cecilia de Camargo - **01 de diciembre de 2017**- (fl. 62) las normas que gobiernan el asunto bajo estudio son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, quien lo pertinente indican:

“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca,
(...)”

“ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Expresiones "compañera o compañero

permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles>

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

(...) (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."

En tal sentido, para que hay lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por existir un hijo en condición de invalidez, deberá demostrarse el parentesco, así como la concurrencia de los requisitos de invalidez y dependencia económica a la fecha del fallecimiento, no antes, ni con posterioridad (sentencia del 24 de julio de 2006, rad. 26823, 22 de julio de 2009, rad. 32992, 18 de febrero de 2009, rad. 34708, entre otras).

En lo referente a la posibilidad de determinar la **condición de invalidez del hijo**, se hace necesario recordar que el artículo 3 del Decreto 917 de 1999, establece que la fecha de estructuración de la invalidez es la que genera en el individuo una pérdida de capacidad en forma permanente y definitiva superior al 50%, la cual debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación; y que la determinación de la fecha de estructuración de la invalidez es un aspecto técnico científico que en principio debe ser definido por el órgano especializado que lo son las EPS, AFP, ARL y las Juntas de Calificación de Invalidez en caso de generarse controversia frente al mismo. (ver entre otras sentencias, SL2082-2022 que reiteró la SL494-2021)

En cuanto a la **dependencia económica**, es necesario precisar que el criterio mayoritario de la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral ha estado en armonía con lo expuesto en las sentencias del 05 de febrero de 2008, Rad. 30992, 03 de diciembre de 2014, Rad. 46892, y SL5292-2018, en la que se señaló que antes y después de la expedición del literal d) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, e incluso mientras estuvo en vigor el enunciado que ella traía sobre el requisito de dependencia económica “*de forma total y absoluta*”, dicha dependencia está concebida bajo el presupuesto de la subordinación del padre o del hijo con la ayuda pecuniaria de su familiar para poder subsistir, lo que no descarta “que aquellos puedan recibir un ingreso adicional fruto de su propio trabajo o actividad, siempre y cuando éste no los convierta en autosuficientes económicamente, desapareciendo así la subordinación que predica la norma legal”.

Igualmente, en sentencias SL4811-2014 y SL14923-2014, respectivamente, la misma Corporación expuso que, el hecho de que la dependencia no deba ser total y absoluta, tampoco significa que cualquier estipendio que se le otorgue a los familiares pueda ser tenido como prueba determinante para ser beneficiario de la pensión, pues esa no es la finalidad prevista desde el inicio, ni menos con el establecimiento en el sistema de seguridad social, cuyo propósito, se insiste, es servir de amparo para quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas.

En tales términos, aunque la dependencia económica no debe ser total y absoluta, en todo caso, debe existir un grado de ella, para lo cual dicha Corporación ha identificado dos condiciones: una falta de autosuficiencia económica, lograda a partir de otros recursos propios o de diferentes fuentes; y dos, una relación de subordinación económica, respecto de los recursos provenientes de la persona fallecida, de manera que,

ante su supresión, el que sobrevive no puede valerse por sí mismo y se ve afectado en su mínimo vital en un grado significativo.

De lo dicho se sigue que la dependencia económica requerida por la ley, para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, debe contar cuando menos con los siguientes elementos: **i) debe ser cierta y no presunta**, esto es, que se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres; **ii) la participación económica debe ser regular y periódica**, de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacia el presunto beneficiario; y **iii) las contribuciones que configuran la dependencia deben ser significativas**, respecto al total de ingresos de beneficiarios de manera que se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente. (ver al respecto SL14923-2014, SL5605-2019, SL1704-2021; SL4483-2021)

DEL CASO EN CONCRETO.

No son objeto de controversia en el presente proceso los hechos relativos a: **i)** El parentesco entre el demandante MANUEL ROBERTO CAMARGO ARDILA y ANA CECILIA DE CAMARGO (fls. 56 y 60); **ii)** El estatus de pensionada por vejez de la señora Ana Cecilia Ardila De Camargo, a partir del 01 de marzo de 1977 Mediante Resolución 9286 de 1977(medio óptico de folio 114); **iii)** La demanda de interdicción judicial por discapacidad mental del señor MANUEL ROBERTO CAMARGO ARDILA admitida el 13 de noviembre de 2009 siendo nombrada como curadora provisional la señora GLORIA CECILIA JIMÉNEZ ARDILA; demanda que

surtido su curso tuvo sentencia definitiva el 21 de marzo de 2017, en la que se declaró a CAMARGO ARDILA en interdicción por discapacidad mental relativa y a la señora JIMÉNEZ ARDILA como su consejera principal (fls.17 a 24); **iv)** El dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido el 07 de octubre de 2011, por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca en el que se determinó que el señor CAMARGO ARDILA, tiene una pérdida de capacidad laboral del 50,25%, con fecha de estructuración del **02 de junio de 2010**, y con un diagnóstico de “*trastorno depresivo de la conducta*” y “*trastorno de la personalidad- no especificado*”, patologías de origen común (fls. 25 a 29); **v)** El fallecimiento de la señora Ana Cecilia Ardila De Camargo el 01 de diciembre de 2017, (fl.82); **vi)** La solicitud de pensión de sobreviviente elevada a nombre del señor CAMARGO ARDILA el 06 de febrero de 2018, la cual fue negada por la pasiva mediante Resolución SUB 120103 del 07 de mayo de 2018, confirmada a través de las Resoluciones SUB 148252 del 05 de junio de 2018, DIR 11315 del 18 de junio de 2018, y SUB 199155 del 26 de julio de 2018 (fls. 30 a 54);; y finalmente que **vii)** el señor MANUEL ROBERTO CAMARGO ARDILA percibe dos pensiones: *pensión de sobrevivientes* con ocasión del deceso de Claudia Patricia López Blanco – cónyuge-, la que fue reconocida mediante Resolución 162810 del 16 de agosto de 2017, a partir del 23 de junio de 2014, con una mesada pensional de \$616.000; y *pensión de invalidez*, reconocida a través de la Resolución SUB 47573 del 26 de febrero de 2018, a partir del 01 de marzo de 2018, con una mesada pensional de \$935.098 (fls. 83, 84 y medio óptico de folio 114)

Adicional a la prueba obrante a folios 17 a 84 y el medio óptico de folio 114, comparecieron a rendir testimonio **Myriam Consuelo Reyes y Ana Mercedes Beltrán Ravelo**, quienes manifestaron lo siguiente:

Myriam Consuelo Reyes dijo que conoció a MANUEL ROBERTO CAMARGO ARDILA desde 1990 porque él era docente

y ella también en el Instituto Pedagógico Nacional; que el señor CAMARGO era profesor de dibujo, prestó sus servicios hasta el año 2009, y se retiró porque estaba enfermo, venía presentando problemas de salud, especialmente después de la muerte de su esposa, entraba periódicamente en crisis de depresión y, por ello, en algunas ocasiones se ausentaba del colegio, hasta que en el año 2009 la situación se agravó, y tuvo comportamientos como abandonar las clases, y salirse del colegio, afectando a los estudiantes; que una vez falleció su esposa el señor CAMARGO regresó a vivir con su madre y allí se hicieron cargo de él; que la esposa del señor CAMARGO falleció en el año 2003; que la madre del señor CAMARGO le ayudó en salud, techo, alimentación, medicamentos, todo lo que tuviese que asumir por la depresión, especialmente, la medicina alternativa que era muy costosa; que el demandante era el hijo menor y necesitaba de toda su atención; que lo dicho, lo sabe porque almorzaba a diario con la hermana del señor CAMARGO, Gloria, además porque vivían en el mismo conjunto del señor CAMARGO, y si algo se presentaba, se daban cuenta por la cercanía; que para 2009, el señor CAMARGO no volvió a trabajar, se retiró porque sufre de depresión; que en el 2009 se inició la interdicción del señor CAMARGO, época en la que sus gastos eran solventados por su madre; que el señor CAMARGO en este momento paga arriendo en un apartamento; que iba a reuniones especiales con el señor CAMARGO, así como compartía con él cuando venía con la hermana de él, lo que hacía con frecuencia; que el señor CAMARGO no recibía ningún dinero porque no podía trabajar, y la pensión mucho tiempo después; y que la pensión de sobrevivientes por el deceso de la esposa del señor CAMARGO tampoco salió de forma rápida.

Por su parte, **Ana Mercedes Beltrán Ravelo** explicó, que trabajó con el señor CAMARGO en el Instituto Pedagógico Nacional, fueron compañeros de labores desde 1989, cuando ingresó a trabajar allí; que el señor CAMARGO laboró hasta 2009, se retiró porque hubo un problema con unas alcancías; que en

2009 el señor CAMARGO vivía con su madre y hermanas; que con quien más hablaba era con Gloria, la hermana del señor CAMARGO; que el señor CAMARGO fue diagnosticado con trastorno depresivo de la personalidad como al año que salió del colegio; que dada su condición el señor CAMARGO no podía trabajar, tiene pensión de invalidez, la que adquirió hace muy poco; que las necesidades económicas del señor CAMARGO las asumía la madre porque era pensionada; que entre los años 2009 a 2017, la madre estuvo a cargo del señor CAMARGO, era quien estaba pendiente de sus gastos de alimentación, vestido, vivienda, medicamentos, pero ahora él debe pagar todo eso, pues vive solo en un apartamento; que el señor CAMARGO tiene la pensión de la esposa, no sabe desde cuándo la percibe, pero la recibió hace poco, al igual que una pensión de invalidez; y que la esposa del señor CAMARGO falleció en el 2003.

Pues bien. Como se sabe no es objeto de controversia que MANUEL ROBERTO CAMARGO ARDILA tiene calificada una pérdida de capacidad laboral del 50,25%, con una fecha de estructuración del 02 de junio de 2010, según dictamen proferido el 07 de octubre de 2011 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca (fls. 25 a 29).

Quedando claro que al momento del fallecimiento de su madre ostentaba la condición de inválido, lo que resta por establecerse es si a dicho momento el demandante dependía económicamente de su madre en los términos de las normas y el precedente jurisprudencial que irradia el análisis de dicha dependencia.

n suma, la totalidad de los testigos Myriam Consuelo Reyes y Ana Mercedes Beltrán Ravelo dan cuenta que desde el año 2003, cuando el señor CAMARGO afrontó el deceso de su esposa, comenzó a presentar una fuerte depresión, lo que conllevó a que se reiterara de su trabajo en el Instituto Pedagógico Nacional en el año 2009, momento a partir del cual empezó a depender

económicamente de su señora madre, lo que se extendió hasta su fallecimiento, pues era quien le brindaba manutención, alimentación, vestuario, vivienda, e inclusive quien asumía sus medicamentos.

Ahora bien, la Sala no desconoce que el señor CAMARGO actualmente percibe ingresos con ocasión al reconocimiento de dos pensiones: pensión de sobrevivientes con ocasión del deceso de Claudia Patricia López Blanco - cónyuge-, la que fue reconocida mediante Resolución 162810 del 16 de agosto de 2017, y pensión de invalidez, reconocida a través de la Resolución SUB 47573 del 26 de febrero de 2018, a partir del 01 de marzo de 2018, con una mesada pensional de \$935.098 (fls. 83, 84 y medio óptico de folio 114); no obstante, ello no es óbice para negar la pensión de sobrevivientes pretendida, pues el reconocimiento de las mismas no desdice de la dependencia que tuvo el señor CAMARGO cuando su madre se encontraba con vida, pues ciertamente ésta falleció el 01 de diciembre de 2017 (fl.82), momento en el que no gozaba de la pensión de invalidez, y la de sobrevivientes apenas estaba apenas empezándola a gozar, pues el ingreso a nómina de tal prestación acaeció en septiembre de 2017, por lo que empezó a ser pagado tal valor en el mes de octubre de la misma anualidad.

Aunado a ello, se avizora que la dependencia es cierta, pues está demostrado el suministro de recursos al señor CAMARGO conforme a los testigos aludidos; periódico, pues la subsistencia del señor CAMARGO dependía de lo que proveyese su madre mes a mes, quien le brindaba todo lo necesario para su supervivencia, a través de alimentación, vivienda, vestuario, y medicamentos; y eran significativos, pues de conformidad con la Resolución SUB 120103 del 07 de mayo de 2018, se hace alusión a que en investigación administrativa se determinó que su madre fallecida aportaba alrededor de \$1'400.000 para su subsistencia (fls. 31 a 34), y de tenerse en cuenta que para la fecha del fallecimiento de la madre (1° de diciembre de 2017) el demandante ya devengaba

una prestación por valor mensual de \$616.000 desde septiembre de ese mismo año, lo que habría que concluir es que la ayuda de la madre era significativa; si se tiene en cuenta el valor de los gastos mensuales que se registraron en dicha investigación administrativa.

En consecuencia, la Sala considera que le asiste razón a la A Quo al reconocer la sustitución pensional de la pensión de vejez que en vida gozó su madre fallecida, Ana Cecilia Ardila De Camargo, de modo que, se confirmará su condena, y en consecuencia se verificará la fecha de reconocimiento de la prestación, si operó el fenómeno prescriptivo, y si hay lugar a indexación.

En cuanto a la **fecha de reconocimiento**, en consideración a que el fallecimiento de la causante acaeció el 01 de diciembre de 2017, se estima que es a partir de dicha data que se debió pagar la prestación, tal y como lo estableció la A Quo, por lo que se confirmará.

Igualmente, y en cuanto a la **prescripción**, se considera que entre la causación del derecho pensional, 01 de diciembre de 2017, y la fecha de la demanda, 18 de marzo de 2019, no han transcurrido los tres años de que tratan los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., por lo que, no operó el fenómeno en estudio.

INTERESES MORATORIOS.

Conforme las voces del artículo 1° de la Ley 717 de 2003, los intereses moratorios se reconocen cuando se incurre en mora en el pago de mesadas pensionales, lo que puede ocurrir cuando no se pagan en tiempo, o se demora el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

En el sub examine, se observa que las razones esgrimidas por COLPENSIONES en la Resolución SUB 120103 del 07 de mayo de 2018, consistieron en que no se acreditó la dependencia económica total hacia su madre, pues desde el año 2009, el señor CAMARGO se encontraba gozando de una pensión (fls. 31 a 34); argumentos que, a juicio de la Sala, carecen de veracidad, pues como quedó visto, si bien al accionante se le reconocieron dos pensiones, estas datan del 16 de agosto de 2017 y 26 de febrero de 2018, y el fallecimiento de su madre acaeció el 01 de diciembre de 2017.

Así las cosas, y dado que la reclamación que elevó la demandante se radicó el 06 de febrero de 2018, la entidad de pensiones contaba con plazo para resolver la prestación hasta el 06 de abril de 2018; y como así no lo hizo se ha configurado la obligación a cargo de la pasiva de pagar intereses moratorios, evidenciando en el punto acertada la condena efectuada por el A Quo, quien los condenó a partir del 06 de abril de 2018, hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de las mesadas; razones por las que la condena será confirmada.

Por lo brevemente expuesto se confirmará la sentencia.

VI. COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00226-01

Demandante: **GLORIA CECILIA JIMÉNEZ ARDILA.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO - Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Salvo voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

SALVAMENTO DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Manuel Roberto Camargo Ardila
Curadora Gloria Cecilia Jiménez Ardila
Demandado: Colpensiones
Radicación: 11001-31-05-**028-2019-00226**-01
Asunto: Apelación sentencia.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, me permito manifestar que me aparto de la adoptada, al resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, toda vez que considero que no había lugar a acceder a lo pretendido ni confirmar las condenas impuestas en primera instancia a la entidad.

Lo anterior, por cuanto considero que el demandante no acreditó la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, como hijo inválido, con ocasión de la muerte de su madre, pues en criterio de la suscrita, del material probatorio allegado, no es posible derivar la dependencia económica necesaria para tener esa calidad, requisito específico previsto en el lit. c) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, pues aunque el mismo no excluye la existencia de otros ingresos o fuentes de recursos, conforme a lo resuelto en la sentencia CC C-066-2016, tal dependencia tampoco puede ser entendida como cualquier estipendio que se le otorgue a los familiares, en este caso al hijo inválido, o aquella simple colaboración o contribución, por cuanto esa no es la finalidad prevista en el sistema de seguridad social, cuyo propósito es, básicamente, servir de amparo a quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas, razón por la cual, es necesario establecer si se verifica una verdadera subordinación económica del hijo inválido respecto a su madre pensionada que fallece, es decir, la necesidad irrefutable del aporte otorgado para sufragar los gastos propios del demandante.

En este asunto, conforme al material probatorio se estableció que el hijo de la causante fue trabajador activo hasta el año 2009; que vivía con su madre quien se encontraba pensionada desde el año 1977; que fue declarado interdicto y cuenta con pérdida de capacidad laboral del 50.25% estructurada el 2 de junio de 2010; que mediante Resolución n.º 162810 del 16 de agosto de 2017 le fue reconocida pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte de su cónyuge, a partir del 23 de junio de 2014, en cuantía de \$616.000, prestación que fue incluida en nómina de septiembre de 2017; que el 1º de diciembre siguiente falleció la madre del demandante; y que, a partir del 1º de marzo de 2018, a éste le fue reconocida también una pensión de invalidez, en cuantía de \$935.098.

Por su parte, acorde con el recuento efectuado en las consideraciones de la decisión de la cual me aparto, respecto a la dependencia económica las declarantes en el proceso realizaron afirmaciones genéricas; así, dijo la señora Myriam Consuelo que la madre del demandante le ayudaba en salud, techo, alimentación, medicamentos, y en especial la medicina alternativa que era costosa, que en 2009 cuando se inició la interdicción del señor Camargo sus gastos eran solventados por su madre, que no recibía dinero porque no podía trabajar y la pensión la recibió mucho tiempo después; y, la señora Ana Mercedes afirmó que por su condición, el hijo de la causante no podía trabajar, que sus necesidades económicas las asumía su madre porque era pensionada, que entre los años 2009 y 2017 ella estuvo pendiente de sus gastos de alimentación, vestido, vivienda, medicamentos, y no sabe desde cuando percibe la pensión de la esposa, pero fue hace poco como la de invalidez.

De las declaraciones recibidas y de las pruebas en las que se sustenta la decisión, en criterio de la suscrita no es posible derivar la dependencia económica necesaria para que, en condición de hijo inválido de la causante, el demandante sea considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes deprecada, por cuanto quedó fehacientemente demostrado que para la fecha de la muerte de la madre, recibía una mesada pensional equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, y desde por lo menos dos meses antes, si se tiene en cuenta que fue reconocida en agosto de 2017, incluida en nómina de septiembre y pagada a partir de octubre de ese año, y ello sin contar con que le fue cancelado en esa oportunidad también el retroactivo causado desde junio de 2014, es decir, para el momento en que falleció su madre realmente contaba con recursos económicos propios, para solventar sus gastos de subsistencia.

Además, se advierte que, con un ingreso equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, se presume legalmente que una persona puede solventar sus gastos de subsistencia, presunción que claramente admite prueba en contrario, sin que aquí se hubiera desvirtuado, ni acreditado en el plenario que en el caso específico del demandante esa suma era insuficiente porque sus gastos ascendían a una suma superior, y como consecuencia de ello, la necesidad imperiosa y subordinante, para la fecha de la muerte de su madre, de la contribución económica que aquella le proporcionaba, pues que en mi sentir, para llegar a esa conclusión no son suficientes las afirmaciones genéricas referidas, en tanto que, no dan cuenta por ejemplo de la cuantía de los ingresos y gastos del núcleo familiar, del costo mensual de la referida medicina alternativa, asuntos que no podrían suponerse en el proceso para establecer la existencia de una dependencia económica cierta, e inclusive las declarantes desconocían el momento

a partir del cual el señor Camargo empezó a devengar la mesada pensional por la muerte de su cónyuge.

Entonces, en criterio de la suscrita, la dependencia económica necesaria para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte de su madre, en calidad de hijo inválido, no fue acreditada, correspondiendo a la parte actora la carga de la prueba en ese sentido, y es por ello que respetuosamente considero que no había lugar a condenar al reconocimiento de la prestación.

Hasta aquí el planteamiento de mi salvamento de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **29b54aea202bf73c218f016c51b685e7f88f3b2504b0dcbeb82492f87cf374e7**

Documento generado en 11/10/2022 06:33:40 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

Procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **HERNANDO VANEGAS SERNA** promovió contra **GABRIEL PORRAS E HIJOS LTDA., GABRIEL PORRAS SÁNCHEZ y GABRIEL PORRAS CASTAÑEDA**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte actora solicita la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido con GABRIEL PORRAS E HIJOS LTDA. desde el 15 de marzo de 2014 hasta el 28 de abril de 2018; y que GABRIEL PORRAS SÁNCHEZ y GABRIEL PORRAS CASTAÑEDA son solidariamente responsables de las condenas que se impartan. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de cesantías; intereses a las cesantías; primas de servicios;

vacaciones; recargos de horas nocturnas, y festivos diurnos y nocturnos; indemnización por despido sin justa causa; sanción por la no consignación de las cesantías; indemnización por no pago de intereses a las cesantías; indemnización moratoria o indexación; y reembolso de los aportes que pagó al sistema de seguridad social en riesgos laborales, salud, y pensiones.

Como fundamento de sus pretensiones el actor argumentó que: **1)** Fue contratado por GABRIEL PORRAS E HIJOS LTDA., para que desempeñara el cargo de Técnico En Aire Acondicionado- Refrigeración Industrial, a partir del 15 de marzo de 2014; **2)** Realizaba sus funciones en Bogotá, y donde el cliente comercial de GABRIEL PORRAS E HIJOS LTDA., Halliburton Latin América S R L Sucursal Colombia lo necesitara, como en Cota (Cundinamarca), el Meta y Casanare; **3)** Recibía órdenes de GABRIEL PORRAS E HIJOS LTDA. y de Halliburton Latin América S R L Sucursal Colombia, debiendo tener disponibilidad a cualquier hora del día; **4)** Devenga en promedio \$2'500.000; **5)** No podía enviar un relevo o reemplazo para que desempeñara sus funciones, y debía cumplir sus funciones el día y hora que las demandadas lo requirieran, sin tener la oportunidad de negarse; **6)** La forma de abordar su trabajo le era determinada por las demandadas; **7)** Todos los insumos le eran entregados por las demandadas, al igual que los viajes, alimentación y hospedaje para desempeñar sus funciones; **8)** Cuando desempeñaba sus funciones en pozo petrolero, las realizaba en horario nocturno; incluso, prestaba sus servicios en días festivos; **9)** Recibía capacitaciones, le fue impuesto un curso de Rescate de Plataforma en Helicóptero, así como un asistente; **10)** El empleador toleró que cotizara a seguridad social sobre el salario mínimo, y debía suscribir facturas o cuentas de cobro para lograr el pago de sus servicios; **11)** En repetidas ocasiones solicitó que se logaran concertar sus condiciones para el desempeño de su trabajo, para conocer con antelación la labor a realizar; **12)** El 28 de abril de 2018 lo llamaron a trabajar pese a que había advertido que tenía una reunión familiar; día en el que le

manifestaron que prescindirían de sus servicios; y **13)** Le adeudan las acreencias laborales que pretende.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

GABRIEL PORRAS E HIJOS LTDA., GABRIEL PORRAS SÁNCHEZ y GABRIEL PORRAS CASTAÑEDA (fls. 90 a 120), se opusieron a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominaron inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia del objeto motivo de la demanda, buena fe de los demandados, mala fe del demandante, y prescripción.

No aceptaron ningún hecho de la demanda. Indicaron que con el demandante existió un contrato de prestación de servicios con el establecimiento de comercio Accesorios Electrodomésticos H y F de propiedad de María Floralba Arenas Franco, quien a su cuenta y riesgo designó al actor para el desarrollo de los servicios contratados en el convenio en mención; y que existe documental que da cuenta de la anterior afirmación.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 18 de noviembre de 2021, mediante la cual dictó **sentencia absolutoria.**

En síntesis, refirió la A Quo, que si bien está acreditada la prestación del servicio, de conformidad con el testimonio y los interrogatorios de los demandados, también lo es que se logró desvirtuar el elemento de la subordinación, ya que no se contrató al demandante sino a Eléctricos y Accesorios -que es propiedad de su esposa-, la que por demás no tenía como único cliente a la empresa demandada; que aunado a lo anterior, del testimonio se deduce que entre el actor y su esposa tenían una empresa de

carácter familiar, el servicio se prestaba a través de esta empresa, que se pagaba por los servicios efectuados por dicha empresa, que el servicio se ejecutaba de forma autónoma e independiente, y éste llevaba como ayudante a su sobrino; y que la existencia de determinadas directrices por sí mismas no implica subordinación, más aún cuando el demandante era libre en el manejo de su tiempo.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora** fincó el recurso en que GABRIEL PORRAS E HIJOS LTDA., señalaron que se necesitaba una persona que prestara el servicio de una persona que previamente había fallecido; que la empresa precarizó las condiciones del trabajador, lo puso a trabajar 24 horas, lo llamaba a las 3:00 A.M., por demás que la esposa de éste lo que tenía era un establecimiento de comercio, y no una empresa; que fue el demandante quien se encargó de prestar el servicio, sin delegar el mismo; que la forma cómo se pagaban los servicios no desdice de que se estuviera frente a un contrato de trabajo; que nada impide que el demandante tuviera otros clientes, no tenía cláusula de exclusividad, por demás que la empresa demandada nunca aceptó otro trabajador que no fuera el accionante; que era continua la labor del demandante, pese a que no existía el cumplimiento de un horario de trabajo, pues si necesitaba al actor a las 3:00 A.M., a esa hora el servicio se prestaba; que el hecho de que el demandante sea una persona calificada y no necesite que su empleador tenga que decirle lo que debe hacer, no implica que su labor se desarrolle con autónoma o independencia, por demás que las órdenes se las daban para que cumpliera determinadas funciones, tales como arreglos o reparaciones; que viajar de Bogotá, implicaba trayectos largos de viaje para llegar al lugar donde se debían realizar sus funciones; y que los extremos temporales son determinables conforme a lo que quedó acreditado en juicio, siendo dable que el empleador distribuya la jornada laboral, como acaeció en el caso.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 25 de enero de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico a resolver** se circunscribe a determinar si la relación que existió entre el actor y GABRIEL PORRAS E HIJOS LTDA., devino en un contrato de trabajo.

DEL PRINCIPIO DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS Y EL CONTRATO DE TRABAJO.

En materia laboral, el principio de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar la denominación que se le hubiera dado.

En ese orden, para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo¹.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción, sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017:

“[...] En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le

¹ **ARTICULO 24. PRESUNCIÓN.** <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.

Aquí desde un comienzo, tal y como lo halló establecido el Tribunal, quedó acreditada la prestación personal del servicio o la actividad desplegada por el accionante, presumiéndose por tanto la subordinación laboral, que en el sub lite, acorde a las reglas de la prueba, no fue desvirtuada por la sociedad demandada, conforme se establecerá en sede de instancia”.

De esta manera, al margen del contrato que se hubiera podido celebrar entre las partes, si en virtud del principio de la primacía de la realidad aparece acreditado el elemento de la prestación del servicio, y no se logra desvirtuar el de la subordinación, se tiene por acreditada la existencia de un contrato de trabajo como acertadamente lo expuso la juez de primera instancia.

DEL CASO EN CONCRETO.

Se encuentra probado en el proceso o no existe controversia en cuanto a los siguientes hechos: **i)** Accesorios y Electrodomésticos H y F es un establecimiento de comercio registrado a nombre de María Floralba Arenas Franco (fls. 123 a 125); y **ii)** GABRIEL PORRAS E HIJOS LTDA. celebró un contrato de prestación de servicios con María Floralba Arenas Franco, para que ésta última, en representación de Accesorios y Electrodomésticos H y F., prestara los servicios de mantenimiento, montaje y reparación de aires acondicionados (fls. 121 y 122).

Adicional a la prueba documental obrante a folios 2 a 34, y 121 a 177, compareció a rendir testimonio **María Floralba Arenas Franco**, quien manifestó que es la esposa del demandante desde hace 25 años; que con éste tienen un taller desde hace 12 o 15 años; que GABRIEL PORRAS E HIJOS LTDA., los llamaron para una contratación, a la que acudió con su esposo; que en dicho momento se acordaron precios por los servicios, el pago que se iba a realizar de acuerdo con los servicios que salieran

con ellos, y que quien se iba a encargar prácticamente de eso era su esposo; que su esposo necesitaba ayudante, el que inicialmente fue un señor que había trabajado con quien anteriormente desarrollaba esa labor, y posteriormente, fue Cristian, su sobrino; que en el taller tiene las herramientas para arreglar los aires acondicionados; que la empresa llamaba a su esposo cuando necesitaban un servicio; que de acuerdo al trabajo que salía, se pasaba un cobro, y la empresa pagaba; que su esposo era quien llevaba el registro de lo anterior; que casi no le ayudaba a su esposo a sacar facturas, él era quien hacía las cuentas; que el actor tenía que estar disponible todo el tiempo; que en ningún momento se estableció un horario de trabajo, pero su esposo sí tenía que estar pendiente del llamado de la empresa; que el actor iba cada vez que lo requerían; que tenían más clientes en su negocio; y que cuando llamaban a su esposo a veces continuaba con su hijo en el local.

Pues bien. Del análisis integral de las probanzas referidas se tiene por probado el elemento de la prestación personal del servicio, puesto que se encuentra acreditado que el actor prestaba sus servicios a GABRIEL PORRAS E HIJOS LTDA., ya que en virtud del contrato de prestación de servicios celebrado con María Flor Alba Arenas Franco como dueña del establecimiento de comercio Accesorios y Electrodomésticos H y F, debía desarrollar funciones relacionadas con el mantenimiento, montaje y reparación de aires acondicionados.

Aunado a ello, a folios 24 a 34, obran diferentes servicios que el demandante prestó a empresas como Helmerich & Payne International Drilling Co, Wilson Workover Corp, Pacific Rubiales Energy, Tuscany, Top Drilling Company, Petroworks, de las cuales si bien aparece que la empresa solicitante era Halliburton, conforme a lo expuesto por los **demandados al rendir interrogatorio de parte**, dicho servicios se hacían a nombre de GABRIEL PORRAS E HIJOS LTDA, lo que cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que a folios 22 y 23 obra documental de

servicios prestados a favor de Halliburton, teniendo como empresa solicitante a GABRIEL PORRAS E HIJOS LTDA., por manera que es dable establecer que el demandante prestaba servicios a favor de la empresa demandada.

De esta manera, le correspondía a la pasiva desvirtuar el elemento de la subordinación, respecto de lo cual se tiene conforme a la testigo aludida, que al momento de la celebración del contrato de prestación de servicios, tuvieron la oportunidad de arribar a acuerdos sobre el precio de los servicios que se prestarían, que fue el demandante el que prácticamente dijo que se encargaría de tal servicio, que el pago se realizaría de acuerdo con los servicios que llevarían a cabo, que el demandante tenía la posibilidad de llevar su propio ayudante -su sobrino-, que para ejecutar su labor usaban herramientas propias, que por cada servicio se facturaba, que en ningún momento se estableció un horario de trabajo, y que el actor iba cada vez que lo requerían.

Aunado a ello, en la documental visible a folios 128 a 177, se encuentran facturas que eran suscritas a nombre Accesorios y Electrodomésticos H y F, y que era pagadas a María Floralba Arenas Franco, según comprobantes del Banco Davivienda.

Igualmente, en **interrogatorio de parte, el accionante** fue claro en informar que con su esposa tienen una cámara de comercio para las diferentes actividades que realizan con sus clientes; que con su esposa tienen un negocio de mantenimiento de refrigeración, lavadoras y aires acondicionados; que los clientes son de acuerdo con los trabajos que salen diariamente, son prácticamente servicios domiciliarios, y tienen varias empresas a las que le prestan tales servicios; que con la empresa demandada cuando no había trabajo o ésta no lo llamaba, no se prestaba el servicio, de modo que, muchas veces le tocaba ajustar el salario con lo que saliera en el establecimiento de comercio Accesorios y Electrodomésticos H y F, prestando servicios a diversas empresas; que para ejecutar sus servicios llevaba su

propia herramienta; y que recibía los pagos a nombre de Accesorios y Electrodomésticos H y F.

Por tanto, en consideración a la prueba arrimada, la Sala coincide con las conclusiones del A Quo, por cuanto de los elementos aludidos y estudiados en conjunto, se puede concluir que la pasiva desvirtuó el elemento de la subordinación, pues está lo suficientemente acreditado que el actor prestaba sus servicios a nombre del establecimiento de comercio Accesorios y Electrodomésticos H y F., que era propiedad de su esposa; que no debía cumplir un horario fijo de trabajo; que los servicios, le eran remunerados de conformidad con la facturación que presentara; que dentro de los muchos clientes que tenía el accionante se encontraba la empresa demandada; que con la empresa accionada se arribaron a acuerdos acerca del cobro de los servicios que se prestarían; que el actor usaba sus propias herramientas de labor; y que incluso tenía la posibilidad de llevar su propio personal, como lo fue en algún momento un pariente suyo.

Así mismo, no puede considerarse que la disponibilidad de 24 horas para el caso concreto, sea un elemento de subordinación, pues de conformidad con el contrato de prestación de servicios de folios 121 y 122, dicha disponibilidad se pactó con la señora María Floralba Arenas Franco a nombre de Accesorios y Electrodomésticos H y F., y dado que de conformidad con el testimonio de la misma, en dicho contrato se **acordaron** las condiciones en que se prestarían los servicios y su pago, lo que se entiende es que la disponibilidad que tenía el actor, no lo era por ostentar la condición de trabajador, sino para cumplir con las obligaciones de la empresa de su esposa, y de la que según el testimonio de ésta, el actor también hacía parte.

Del mismo modo, señala el impugnante que viajar desde Bogotá, implicaba trayectos largos para llegar al lugar donde se debían realizar sus funciones, por lo que, no es dable establecer

que las labores del actor eran esporádicas, no obstante, el acervo probatorio es insuficiente para establecer la periodicidad de dichos viajes, pues del **interrogatorio de parte de las demandadas**, lo que se logra desprender es que tales servicios eran ocasionales y que, inclusive, el demandante tenía otros clientes dentro de la empresa de su esposa, por lo que, no siempre estaba ejecutando servicios a su favor; y que la empresa demandada nunca aceptó otro trabajador, que no fuera el accionante, manifestación de la que no existe prueba alguna.

De igual manera, aduce el apoderado de la parte actora, que el hecho de que el demandante sea una persona calificada y no necesite que su empleador tenga que decirle lo que debe hacer, no implica que su labor se desarrolle con autonomía o independencia, por demás que las órdenes que le impartía era para que cumpliera determinadas funciones, tales como arreglos o reparaciones; dicha aseveración no implica *per se* que se está frente a un contrato de trabajo, ya que una contratación por prestación de servicios no está vedada de una adecuada coordinación en la que se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones, pues al final de cuentas, lo importante es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación, en la subordinación propia del contrato de trabajo. Al respecto, en sentencia SL4143-2019 se explicó:

“Sea lo primero señalar que el contrato de obra civil es aquel a través del cual una persona, natural o jurídica, encarga a otra la construcción de una obra o la realización de una actividad; modalidad que frecuentemente se utiliza en el sector de la construcción o cuando se encarga la elaboración de un bien mueble material o corporal.

Cuando el contratista es una persona natural, este convenio se encuadra en el marco genérico de los contratos de prestación de servicios. Y sobre el particular, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el acatamiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo,

conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

Ahora, el contrato de prestación de servicios, que puede revestir diferentes denominaciones, se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo que lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; **no obstante, este tipo de vinculación no está vedado de una adecuada coordinación en la que se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Lo importante es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación, en la subordinación propia del contrato de trabajo.**

Por otra parte, es preciso indicar que en **los contratos de prestación de servicios, por lo general el contratista desempeña sus actividades con sus propias herramientas, equipos o medios; sin embargo, bajo ciertas y particulares circunstancias es posible que esa actividad autónoma e independiente se desarrolle en las instalaciones del contratante, con elementos de su propiedad, necesarios para la ejecución de la labor encomendada.**

Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación”. (Negrillas por la Sala).

Finalmente, encuentra a la Sala que a folios 10 a 21, se allegó documental con el logo de GABRIEL PORRAS E HIJOS LTDA., en la que se hace una relación de servicios; no obstante, no se encuentran suscritos por ésta, y ni siquiera se observa el nombre del demandante para concluir que dichos servicios fueron prestados por éste.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia apelada.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2019-00261 -02

Demandante: **HERNANDO VANEGAS SERNA.**

Demandado: **GABRIEL PORRAS E HIJOS LTDA. Y OTROS.**

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO - Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2019-00261 -02

Demandante: **HERNANDO VANEGAS SERNA.**

Demandado: **GABRIEL PORRAS E HIJOS LTDA. Y OTROS.**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo de la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00289 -01
Demandante: **ANDRÉS RODRIGO CORREA USECHE.**
Demandado: **INDUMMELBRA S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

Procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **ANDRÉS RODRIGO CORREA USECHE** promovió contra **INDUSTRIAS METALMÉCANICAS BRA- INDUMMELBRA S.A.S.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte actora solicita la declaratoria de un contrato de trabajo a término fijo desde el 22 de diciembre de 2017 hasta el 21 de diciembre de 2018; y que el despido del 08 de febrero de 2018 fue ineficaz por falsa motivación. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de los sueldos, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, y aportes a seguridad social dejados de percibir de febrero a diciembre de 2018; sanción por

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00289 -01
Demandante: **ANDRÉS RODRIGO CORREA USECHE.**
Demandado: **INDUMMELBRA S.A.**

no consignación de las cesantías; indexación; y que se sigan pagando prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social.

Subsidiariamente, solicita indemnización por despido sin justa causa y sanción por no consignación de las cesantías.

Como fundamento de sus pretensiones el actor argumentó que: **1)** El 22 de febrero de 2016 (sic) fue contratado por la demandada mediante contrato de trabajo a término fijo para desempeñar las funciones de Tornero; **2)** Devengaba un salario mínimo, más horas extras, alimentos y recargos dominicales; **3)** Su contrato fue prorrogado hasta el 28 de diciembre de 2018, no obstante, y en virtud del cambio de Jefe de Diseño, comenzó a ser víctima de conductas constitutivas de acoso laboral, pues debía presentar minutas e informes diarios; **4)** El 18 de enero de 2018 tuvo un problema familiar, dado que debía darle razón a la madre de su hijo, Yuri Marcela Peña, del pago de la matrícula, por lo que, debía remitir el dinero para que no perdiera su cupo; no obstante, le fue negado el permiso para comunicar la confirmación del aludido pago, por lo que procedió a hacerlo por su cuenta; **5)** El 02 de febrero de 2018 fue citado a descargos, y el 08 del mismo mes y año, le fue notificado el despido; y **6)** En diligencia de descargos no estuvo asistido por testigos.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

INDUMMELBRA S.A. (archivo 6), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, carencia de derechos, prescripción, cobro de lo no debido, pago, buena fe, y la genérica.

Aceptó que al actor se le pagaba un salario mínimo más horas extras, alimentos, y recargos dominicales; que el 02 de febrero de 2018, el actor fue citado a descargos y que el 08 de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00289 -01
Demandante: **ANDRÉS RODRIGO CORREA USECHE.**
Demandado: **INDUMMELBRA S.A.**

febrero de 2018 se dio por terminado el contrato de trabajo. Negó los demás hechos.

Indicó que el contrato celebrado fue por un término de diez meses, el cual fue prorrogado hasta el 19 de diciembre de 2018; que el contrato de trabajo terminó por una justa causa comprobada, pues el demandante estuvo atendiendo su celular, durante más de 20 minutos, desobedeciendo las restricciones consignadas en el reglamento interno de trabajo, que tienen fundamento en temas de seguridad y prevención de accidentes laborales; que la anterior conducta ha sido reiterativa; y que es optativo del trabajador estar acompañado por dos testigos escogidos por él a la hora de rendir descargos.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 16 de noviembre de 2021, dictó **sentencia absolutoria.**

En síntesis, refirió la A Quo, que el contrato de trabajo inició el 22 de febrero de 2016 y se fue prorrogando hasta el 08 de febrero de 2018, fecha en la que se terminó la relación laboral unilateralmente por el empleador; que está acreditado el hecho del despido con la carta de terminación; que en el reglamento interno de trabajo de la empresa está contemplada la prohibición de usar celulares dentro del horario de trabajo, siendo falta grave no acatar tal directriz, pues tiene como fin evitar distracciones y accidentes de trabajo, lo que fue corroborado en interrogatorio de parte rendido por el actor, y con el testigo compareciente; que pese a lo anterior, el demandante usó su celular durante más de 20 minutos dentro de la jornada laboral; que por lo anterior, no es dable establecer que la empresa incurrió en una falsa motivación de la terminación del contrato de trabajo, así como tampoco es procedente indemnización por despido sin justa causa; que no se acreditaron los motivos de la llamada, y en todo

caso no existe prueba que dé cuenta que se le autorizó efectuar tal llamada; que el despido no es sanción disciplinaria, por lo que, no era necesario agotar ningún tipo de procedimiento, por demás que el actor tuvo la oportunidad de dar las razones de su falta, en descargos, por lo que, no es dable considerar que se le vulneró el debido proceso; y que no se señalaron expresamente las cesantías que se adeudan, por lo que no es dable determinar que hay lugar a la sanción por su no consignación.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora**, en síntesis, señaló que en ningún momento al demandante se le señaló la falta en la que incurrió y esta no está contemplada en el reglamento interno de trabajo; que se allegó un reglamento interno de trabajo por parte de la empresa que data del 14 de marzo de 2016, no obstante, el último del que se le brindó copia al demandante y que se allegó con la demanda, data de junio de 2015, sin que exista prueba alguna de que se le hubiera puesto de presente que constituía falta el uso del celular dentro del horario de trabajo conforme el reglamento del 14 de marzo de 2016; que por lo anterior, se vulneró los derechos de publicidad, de legalidad, de contradicción y del debido proceso al trabajador; que en el despido en ningún momento le citaron que lo despedían con fundamento en la anterior norma del reglamento interno de trabajo; que el uso de celular era falta leve que se convertiría en grave si se llegaba a una tercera ocasión; que en ningún momento el testigo especifica que sólo se podía usar el celular con autorización del superior, lo que tampoco encuentra justificación en el reglamento interno de trabajo; y que no se deben imponer costas, pues se está actuando ejerciendo el derecho, y la justa causa no fue acreditada.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 28 de febrero de 2022, se admitió el recurso de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00289 -01
Demandante: **ANDRÉS RODRIGO CORREA USECHE.**
Demandado: **INDUMMELBRA S.A.**

apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte actora, para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si el despido de la accionante devino en injusto y si se debía agotar algún tipo de procedimiento previo para llevar a cabo la terminación del contrato de trabajo; además, si hay lugar a la imposición de costas a cargo del demandante.

DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO SIN JUSTA CAUSA.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, y la condena consecuencial de pagar la indemnización por dicha circunstancia, establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, a cada una de las partes entradas en la litis le asiste una carga probatoria diferente, de un lado, el trabajador debe probar el hecho del despido y por su parte el empleador tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en las **SL592 de 2014, Rad. 431105 y SL2386-2020.**

Igualmente, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha insistido en establecer que si bien no tiene incidencia la errada citación de normas que nada tienen que ver con las causas de terminación de la relación laboral, **sí importa y es fundamental que la parte afectada se entere del hecho justificante, o en otras palabras, que el trabajador tenga la posibilidad de identificar los motivos concretos que se le imputaron y que dieron lugar a su despido.** Al respecto, se puede consultar las sentencias del 25 de octubre de 1994, Rad. 6874, 02 de mayo de 2012, Rad. 42358, y más recientemente SL2123-2020, en las que se tiene dicho:

“Debe aclararse que, aunque la sociedad demandada no citó la norma en que subsumió los hechos, ello no era un imperativo conforme lo tiene adoctrinado la sala, pues bastaba con identificar los motivos concretos que se le imputaron al trabajador y que dieron lugar a su despido, correspondiéndole al juez verificar si los motivos invocados estaban o no tipificados en el ordenamiento. Al respecto en sentencia CSJ SL 22041, 1° jun. 2004, se precisó:

Acerca de esa manera de invocar el motivo o la causa que determina el rompimiento del vínculo laboral, la Sala tiene definido que resulta suficiente que el empleador manifieste los hechos o motivos que dan lugar a la terminación de la relación laboral, sin que sea imperativo citar la norma en que se subsumen, pues corresponde al juez determinar si los mismos están tipificados como justa causa legal para romper el nexo contractual [...]”.

De igual manera, ha de recordar la Sala que no existe una exigencia legal respecto de un modelo único de carta de despido, y que basta que el empleador le señale al trabajador en ella, **los motivos por los cuales prescinde de sus servicios o le indique las causales legales, reglamentarias o contractuales, dentro de las que se enmarca la conducta que le imputa como falta.** Así lo tiene adoctrinado la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral en las sentencias SL10426-2017 y SL7038-2017 que reiteró la sentencia SL8028-2014, en la que indicó:

“Sobre este aspecto, tiene asentado la Sala que aunque es indispensable que en la carta de despido se señalen los motivos por los cuales prescinde de los servicios del trabajador, el

empleador cumple con esa carga describiendo los sucesos que soportan la medida, o invocando el precepto legal eventualmente trasgredido por el empleado, o ambos si lo prefiere”.

Por otra parte, y en cuanto al **incumplimiento grave de las obligaciones o prohibiciones del trabajador**, la Sala de Casación Laboral H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1026-2019 tiene dicho que este puede provenir de los artículos 58 y 60 del C.S.T. o de pacto o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos de trabajo, y reglamentos internos de trabajo. Así, lo dijo:

“es de gran importancia anotar que, de conformidad con el numeral 6° del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, existen dos formas de determinar la gravedad de las faltas cometidas por los trabajadores. La primera se presenta cuando se da cualquier violación grave a las obligaciones o prohibiciones especiales del trabajador conforme a los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo. La segunda, cuando las faltas graves se hayan calificado en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”.

Así mismo, en sentencia SL2457-2018, dijo:

“Al respecto, debe recordar esta Corporación, que cuando se invoca la violación de las obligaciones que le incumben al trabajador, la misma debe ser grave para que constituya justa causa de despido, como lo prevé la norma antes referida. Dicha gravedad es dable evaluarla al juez del trabajo, como bien lo coligió el Tribunal, contrario a cuando se aduce la comisión de una falta grave, pues ésta requiere previa calificación como tal en convención colectiva, contrato o reglamento de trabajo y no por parte del fallador. Así se explicó en sentencia CSJ SL 10 mar. 2003 rad. 35105, reiterada en fallos CSJ SL670-2018 y CSJ SL 187-2018:

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

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

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

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

Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo, no es lo que determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato.

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

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

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

Por otra parte, y en relación con el **procedimiento disciplinario** es necesario precisar, que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como

la SL15245-2014 y SL2351-2020, ha explicado que, si bien el derecho al debido proceso en tratándose de un despido, según las voces del artículo 29 constitucional presupone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo, en razón a que este derecho es resultado del principio de legalidad, su vulneración sólo se puede predicar, en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto o pactado expresamente un procedimiento previo para dar por terminado un contrato de trabajo.

Lo anterior no quiere decir que, al momento de llevarse a cabo un despido, el trabajador no pueda ejercer su derecho de defensa, pues el empleador al hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo lo debe realizar con base en una justa motivación, según sentencia SL2351-2020.

Igualmente, de manera pacífica y reiterada la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia tiene adoctrinado que, por la naturaleza correctiva del despido, dicho acto no representa sanción disciplinaria. En sentencia SL2150-2020, señaló:

“El desconocimiento de la censura de los artículos 6 y 125 de la norma superior, la lleva a confundir el «despido» con la sanción de «destitución» que prevé el Código Único Disciplinario. Con base en estos preceptos constitucionales, el «despido» del trabajador con justa causa no tiene la misma naturaleza jurídica de una «destitución». Inclusive, puede darse el caso de trabajadores que se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo en cuanto a sus condiciones de contratación y, a la vez, ser servidores públicos disciplinables, y, por tanto, ser sujetos de despido y de destitución, sin que se viole el principio *nom bis in idem* (no ser juzgado dos veces por el mismo hecho)”.

DEL CASO CONCRETO

No existe controversia o están acreditado en el proceso los siguientes hechos: **i)** El demandante ingresó a laborar al servicio de la demandada el 22 de febrero de 2016 mediante contrato a término a término fijo, para desempeñar el cargo de Tornero, con una remuneración de un salario mínimo (fl. 12); **ii)** El contrato de trabajo del actor se fue prorrogando inclusive hasta el 19 de

diciembre de 2018, no obstante, se dio por terminado el 08 de febrero de 2018 (fls. 13, y 24 a 27) **iii)** El demandante previo a su despido fue citado a descargos el 02 de febrero de 2018 (fls. 14 a 18); **iv)** El 10 de julio de 2018 el actor solicitó indemnización por despido sin justa causa (fl.46 de las pruebas contestación obrante en el archivo 6).

Adicional a la documental obrante a folios 12 a 40, y pruebas contestación y reglamento interno de Indummelbra S.A.S. obrante en el archivo 6, compareció a rendir testimonio **Jairo Numpaqué Becerra**, quien manifestó que el actor trabajaba al servicio de la demandada en la parte del torno paralelo; que el demandante estuvo durante un periodo a su cargo; y posteriormente pasó a estar a cargo del Jefe de Producción, el ingeniero Ricardo Vivas; que cuando trabajaba con el torno paralelo el actor hacía ajustes de los moldes y troqueles; que para el manejo del torno hay restricciones, pues se deben usar elementos de protección, pues se necesita mucha concentración debido a que se hacen medidas bastante críticas; que por lo anterior, la empresa también restringe el uso del celular; que habían ocasiones en las que el actor usó el celular para tomar fotos o hacer videos para cosas muy puntuales y evidencias que se necesitaban para el tema de los ornamentales, ello, mientras estuvo a su cargo; que nunca le llamó la atención al actor por la utilización de celular; que el demandante en el momento que estuvo trabajando con él no tuvo ningún accidente laboral; que la empresa dentro de sus políticas tiene la prohibición del uso del celular durante la jornada laboral; y que hay sanciones por utilizar el celular en la jornada laboral.

Pues bien. Del análisis integral de las probanzas referidas, se advierte que el hecho generador del despido se encuentra acreditado con la carta de terminación de folios 24 y 25, en la que quedó plasmado que la razón del finiquito contractual lo fue:

“el incumplimiento a sus obligaciones contractuales a través de grabación de las cámaras de seguridad donde usted se oculta en

los baños de la planta haciendo uso de su celular y dura más de 20 minutos, desobedeciendo la restricción consignada en el reglamento interno de trabajo por temas de seguridad y en prevención de accidentes laborales a pesar que el tema ha sido reiterativo, por lo que no queda ni un acápite de duda sobre la gravedad de la falta cometida”.

De esta manera, encuentra la Sala que el demandante conocía plenamente las razones de su despido, pues en la carta de terminación se señaló que era el uso del celular por más de 20 minutos, pese a que existe restricción para su uso según reglamento interno de trabajo, por temas de seguridad y prevención de accidentes laborales; por manera que, conforme a criterio expuesto en sentencia SL8028-2014 reiterada en las providencias SL10426-2017 y SL7038-2017, se cumplió con la carga que le asiste al empleador de informar los motivos por los cuales prescinde de los servicios del trabajador, no siendo razón para descartar los mismos una posible errada citación de normas, ya que, según criterio expuesto en sentencias como la SL2123-2020, lo que sí importa y es fundamental, es que la parte afectada se entere del hecho justificante o, en otras palabras, que el trabajador tenga la posibilidad de identificar los motivos concretos que se le imputaron y que dieron lugar a su despido.

Ahora, y en relación con el **reglamento interno de trabajo**, alega el apoderado de la parte actora que se vulneró el derecho al debido proceso, pues éste no tuvo conocimiento del reglamento interno de trabajo que fue aportado por la demandada y que tiene fecha 14 de marzo de 2016, pues únicamente conocía el que se aportó con la demanda y que data del 09 de julio de 2015 (fls. 32 a 40), de manera que, en tal sentido, se menoscabaron principios como el de publicidad, legalidad, y contradicción.

Al punto, lo **primero** que debe precisarse es que el reglamento interno de trabajo no está sometido a prueba solemne, por lo que el allegado por la demandada puede ser estudiado por la Sala, pues no está sujeta a tarifa legal alguna, de modo que, puede ser apreciado por el juzgador, para lo cual, en todo caso, deberá fundar su razonamiento en lo estatuido en

el artículo 61 del C.S.T., esto es, la libre formación del convencimiento. Al respecto, en sentencia SL2660-2020 que reiteró la de SL3932-2015, se señaló:

“Al respecto vale la pena resaltar lo reseñado en providencia de esta Corporación CS SL3239-2015, que rememoró lo dicho en las sentencias CSJ SL, 21 may. 2010, rad. 34849 y CSJ SL, 26 mar. 2001, rad. 15116, que en un caso similar reseñó:

Por último, no está de más recordar que la jurisprudencia de esta Corte tiene asentado que la prueba del reglamento interno de trabajo no es solemne:

Así se afirma porque la prueba tendiente a acreditar la existencia de un reglamento interno de trabajo de una determinada empresa, así como su publicidad, no está sometida a tarifa legal alguna, ya que el legislador no ha previsto ninguna solemnidad para la validez de ese acto y, en consecuencia, su demostración puede hacerse a través de cualquiera de los medios probatorios ordinarios, tal y como lo puntualizó la Corte en sentencia del 11 de agosto de 1992, radicación 4892”.

Lo **segundo** que debe tenerse en cuenta es, que desde la expedición de la Ley 1429 de 2010, no es necesario que el reglamento sea sometido a aprobación por parte de algún tipo de autoridad; de suerte que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de la citada norma, para su publicidad, el empleador sólo requiere publicar el reglamento en cartelera e informar mediante circular interna el contenido de dicho reglamento para que este adquiera validez; circunstancias de las que no hizo mención el demandante en la demanda con el fin de restarle validez al contenido del reglamento interno de trabajo, por demás que si bien la Sala no desconoce que se allegó el reglamento del 14 de marzo de 2016 con la contestación de la demanda, y bajo el supuesto que el trabajador no conociera este, el apoderado de la parte actora tenía la oportunidad de reformar la demanda y alegar dicha circunstancia como “falsa motivación” para que de ser el caso la demandada allegara las probanzas de rigor que sustentara que se cumplió el procedimiento del artículo 19 de la Ley 1429 de 2010, no obstante, y contrario a ello, el apoderado de la parte actora, sólo alegó el desconocimiento de tal reglamento en el recurso de apelación, donde en suma, se trató de fundamentar la falta de publicidad, en la falta de entrega de

una copia de este al trabajador, requisito que como quedó visto, no lo exige la norma que rige la materia.

Como **tercer** aspecto, debe advertirse que constitucionalmente el principio de la buena fe se presume, por lo que si a juicio del apoderado de la parte actora, el reglamento interno de trabajo allegado no corresponde a la realidad, debía desvirtuar dicha presunción a través de los medios procesales con los que cuenta a su disposición; empero, se reitera, sólo hasta el recurso de apelación se pone en duda el contenido del reglamento interno de trabajo.

Lo cuarto que debe tenerse en consideración, es que si bien la Sala no desconoce que para la elaboración de un reglamento interno de trabajo, el artículo 106 del C.S.T., dispone que *“el empleador puede elaborar el reglamento sin intervención ajena, salvo lo dispuesto en pacto, convención colectiva, fallo arbitral o acuerdo con sus trabajadores”*, y que dicha disposición fue declarada exequible por la H. Corte Constitucional, bajo el entendido que ello será así, *“siempre y cuando se entienda que en aquellas disposiciones del reglamento de trabajo que afecten directamente a los trabajadores, como son las escalas de sanciones y faltas y el procedimiento para formular quejas, debe el empleador escuchar a los trabajadores y abrir el escenario propio para hacer efectiva su participación”*. (C-934-2004); tal circunstancia está sometida al trámite de las objeciones dispuesto en el artículo 119 del C.S.T. el que establece que la organización sindical, si la hubiere, o los trabajadores no sindicalizados, podrán solicitar los ajustes de rigor del respectivo reglamento, de manera que si no se arriba a un acuerdo sobre este, incluso, es dable adelantar un procedimiento ante inspector de trabajo; circunstancia que ni siquiera fue alegada por la parte actora, por lo que, con fundamento en los anteriores puntos, y al no evidenciarse que el reglamento fue objetado, es dable entender que el mismo cobró validez.

Finalmente, el **quinto** aspecto debe tenerse en cuenta es que el reglamento interno de trabajo del 09 de julio de 2015, no fue allegado en su integridad, pues no se avizora la parte inicial, así como tampoco, algunos artículos, siendo de vital importancia, el artículo 56 del mismo, pues es el que precisamente se refiere a las conductas que constituyen faltas graves y que son objeto de justa causa, según se deduce del reglamento del 14 de marzo de 2016.

Así las cosas, para la Sala es dable estudiar el caso a la luz del reglamento de trabajo del 14 de marzo de 2016 puesto que, en síntesis, no se observa que los trabajadores de la empresa demandada hubieran planteado ningún tipo de controversia sobre su aplicación, así como tampoco fue objeto de demanda la falta de comunicación por medio de cartelera y/o circular a la planta de personal, pues como se dijo en precedencia la falta de publicidad de este, se fundamenta en el recurso de apelación, en la falta de entrega de una copia del reglamento al trabajador demandante, lo que no es requisito para su aplicación.

Así mismo, señala la parte actora que se le vulneró el derecho al debido proceso, al no seguirse un procedimiento disciplinario, pues -dice- el demandante no estuvo asistido por testigos. Sobre el punto, se reitera que según la sentencia SL2351-2020, sólo puede predicarse vulneración al debido proceso, cuando el empleador al hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo no lo realiza en una justa motivación, o cuando se establece en reglamento, convención o pacto colectivo que el despido es sanción disciplinaria y, por ende, que debe ser aplicado un procedimiento determinado.

Al respecto, observa la Sala que en el reglamento interno de trabajo del 14 de marzo de 2016, el despido no está considerado como sanción disciplinaria, así como tampoco tiene un procedimiento para ser materializado, por lo que, para efectos de verificar si se vulneró el debido proceso, basta con determinar si

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00289 -01
Demandante: **ANDRÉS RODRIGO CORREA USECHE.**
Demandado: **INDUMMELBRA S.A.**

se realizó con base en una justa motivación, de modo que se procederá a evaluar tal circunstancia.

Para verificar la ocurrencia de una justa causa, la Sala se remite al reglamento interno de trabajo del 14 de marzo de 2016, el que establece en el numeral 12 del artículo 55 que se prohíbe a los trabajadores, *“ejecutar cualquier acto que ponga en peligro su seguridad, la de sus compañeros de trabajo, la de sus superiores, la de terceras persona, o que amenacen o perjudiquen los equipos, elementos, edificios, almacén, bodegas, vehículos, tales como fumar, introducir sustancias o elementos peligrosos a las instalaciones de la empresa, **portar y utilizar el celular en la planta de producción y almacén de producto terminado**, no utilizar los elementos de protección personal que la empresa suministre para la realización de los trabajos, conducir a excesiva velocidad los vehículos de la empresa y contravenir cualquier otra regla de seguridad o prudencia”*; se advierte que esta misma prohibición, también está contenida en el reglamento interno del 09 de julio de 2015.

Igualmente, el literal p) del artículo 56 del reglamento aludido se establece como falta grave y por ende, como justa causa para dar por terminado un contrato de trabajo, *“El porte o uso del celular en las áreas de producción y almacén”*.

De esta manera, la Sala encuentra que dentro del mismo reglamento interno de trabajo está determinado como falta grave el porte o uso del celular en áreas de producción y almacén, misma motivación en la que se sustentó la carta de terminación del contrato de trabajo, pues el demandante fue grabado haciendo uso de su dispositivo móvil en los baños de la planta de la empresa demandada; hecho que fue aceptado en la diligencia de descargos, en la que el demandante adujo que *“ese día cometí la falta debido a que tengo inconvenientes con la mamá de mi hijo y tenía que comunicarme urgentemente con ella debido a que el niño se me iba a quedar sin cupo y pues como no convivo con ella*

es bastante difícil la comunicación. Debía darle la razón antes de la 1:00 p.m. que era el límite de tiempo establecido por el colegio” (fls. 16 a 18).

En igual sentido, en **interrogatorio de parte, el demandante** aceptó que manejaba un torno Sofía; que las restricciones para el manejo de esa maquinaria, era utilizar los elementos de protección personal evitando tener en pulseras, relojes, cadenas cualquier elemento colgante o adicional aparte del overol de trabajo establecido por la empresa, así como no usar teléfonos celulares; que en la máquina, es muy obvio el riesgo de utilizar el celular, hay un motivo de distracción, el error a la pieza a fabricar, y un accidente, posiblemente; y que el 18 de enero de 2018 tuvo un percance con su hijo, solicitó permiso para comunicarse con la madre de su hijo, pero al no obtener permiso, no tuvo más opción que tomar el celular y llamar; que sabía que el celular no se puede usar por fuera de los horarios permitidos por la empresa; y que sabe que incumplió el reglamento interno de trabajo.

De esta manera, es claro que el demandante incurrió en la prohibición establecida en el reglamento interno de trabajo en lo referente al uso del celular, conducta que fue tipificada como grave y que da lugar a la terminación del contrato de trabajo.

Por tanto, al estipularse expresamente en el reglamento interno de trabajo como falta grave que da lugar a la terminación del contrato de trabajo el uso del dispositivo celular en las áreas estipuladas por la empresa, y que el demandante aceptó la comisión de la conducta, no le es dable a la Sala inmiscuirse en el asunto, de conformidad con **la segunda parte del numeral 6° del literal a) del Artículo 7° del Decreto 2351 de 1965** (artículo 62 del C.S.T), según el cual constituye justa causa de terminación del contrato de trabajo “(...) **o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos**”,

pues la situación descrita en la disposición se fundamenta en la obediencia del empleado a las órdenes del patrono, que constituye un deber cardinal suyo, que emana de la esencia misma del vínculo jurídico y su inobservancia no puede ser calificada por el juez cuando ya fue previamente calificada como grave en el reglamento interno de trabajo

En otras palabras, cualquier falta que se establezca como grave en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que, si se califica en ellos de grave – como en este caso - constituye justa causa para dar por terminado el contrato y no le es dable al juez calificar la gravedad de la falta, es decir no puede entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta o desconocer esa calificación. (SL1212-2022; SL5474 de 2019; CSJ sentencia del 31 de enero de 1991, Rdo 4005)

Así las cosas, y como quiera que se observa que el actor incurrió en la falta que se le endilga por parte de la empresa demandada, se considera que la carta de terminación no incurre en una falta motivación que pueda tener el alcance de dejar sin efectos el finiquito contractual. Asimismo, y por las mismas razones, considera la Sala que se acreditó una justa causa de terminación del contrato de trabajo, y que no se vulneró el debido proceso, pues al accionante se le dio a conocer de manera clara las razones de su despido, las que como se dijo, a juicio de esta Corporación, constituyen justa causa para efectuar la terminación del contrato de trabajo.

Finalmente, y en lo que respecta a las **costas**, se recuerda que el artículo 365 del C.G.P. establece que su condena se impone a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, por lo que al resultar la sentencia totalmente contraria a los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00289 -01
Demandante: **ANDRÉS RODRIGO CORREA USECHE.**
Demandado: **INDUMMELBRA S.A.**

intereses del demandante, se considera que es dable que asuma tal carga.

Por lo brevemente expuesto, la sentencia se CONFIRMARÁ.

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. - **CONFIRMAR** por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia de origen y fecha conocidos.

SEGUNDO - Costas en esta instancia a cargo de la parte actora. Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00289 -01

Demandante: **ANDRÉS RODRIGO CORREA USECHE.**

Demandado: **INDUMMELBRA S.A.**



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2019-00392 -01
Demandante: **SANDRA PATRICIA NARANJO TORRES.**
Demandado: **INGENIERÍA EN LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO
SOCIASEO S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

Procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de octubre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **SANDRA PATRICIA NARANJO TORRES** promovió contra **INGENIERÍA LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO SOCIASEO S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte actora pretende la declaratoria de un contrato de trabajo con la demandada desde el 09 de enero de 2015; y que sufrió un accidente de trabajo el 17 de septiembre de 2015. Como consecuencia de lo anterior, aspira al reconocimiento y pago de incapacidades desde el 17 de septiembre de 2015, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicios, pagos

de los aportes en pensión y salud, indemnización moratoria, sanción por la no consignación de las cesantías, y descuentos no autorizados por el trabajador.

Como fundamento de sus pretensiones la actora argumentó que: **1)** Inició labores al servicio de la demandada el 09 de enero de 2015, a través de un contrato a término indefinido, para desempeñar el cargo de Auxiliar de Limpieza y Desinfección Hospitalaria; **2)** Realiza sus funciones personalmente, obedece instrucciones, y presta sus servicios en las instalaciones de las empresas que la demandada le ordena; **3)** Labora con turnos rotativos de 6:00 A.M. a 2:00 P.M., de 1:00 P.M. a 8:00 P.M., y de 10:00 P.M. a 6:00 A.M., de domingo a domingo; **4)** Devenga el salario mínimo más auxilio de transporte; **5)** Le realizaron descuentos no autorizados por la ley, tales como, “descuentos por vacunas”; **6)** Fue afiliada a seguridad social el 13 de enero de 2015; **7)** El 17 de septiembre de 2015 sufrió un accidente de trabajo estando al servicio de la demandada y desempeñando funciones para ésta; **8)** El empleador reportó el accidente ante la A.R.L. Liberty; **9)** E.P.S. Salud Total entregó una serie de recomendaciones médicas que debía seguir para su completa recuperación, empero, una vez se reintegró, no se dio cumplimiento a estas, pues no le fueron concedidos permisos para lograr su recuperación; **10)** El 10 de agosto de 2017 solicitó al empleador que se respetaran las recomendaciones aludidas; y el 13 de septiembre de 2017 solicitó la intervención del Ministerio del Trabajo por un presunto acoso laboral; no obstante, y pese a que la demandada tuvo que rendir informe ante el Ministerio de Trabajo, el empleador se encuentra en mora del pago de salarios, incapacidades, aportes a seguridad social, y prestaciones sociales; **11)** El 23 de febrero de 2018 le envían una carta, aceptando una supuesta renuncia, la que se respondió el 26 del mismo mes y año; **12)** El 28 de abril de 2018 solicitó las acreencias que le adeudan; y **13)** Presentó tutela, la que fue concedida en segunda instancia, tutelando sus derechos fundamentales.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

INGENIERÍA EN LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO SOCIASEO S.A. (fls. 265 a 296), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación de mi representada de reconocer la indemnización derivada del no pago oportuno de prestaciones sociales, porque ésta obró de buena fe; cobro de lo no debido; buena fe; mala fe; prescripción; y la genérica u oficiosa.

Aceptó la existencia del contrato de trabajo, la fecha de inicio del mismo, el accidente de trabajo sufrido por la activa el 17 de septiembre de 2015, y su reporte ante la A.R.L. Liberty; las recomendaciones emitidas por la E.P.S. Salud Total; que se incurrió en mora en el pago de salarios; que la actora se encuentra aún incapacitada; y que a la demandante por vía de tutela le ampararon sus derechos fundamentales. Negó los demás hechos.

En su defensa indicó, que el contrato celebrado entre las partes fue de obra o labor; que la actora fue contratada para que prestara sus servicios de limpieza en la I.P.S. Corporación Saludcoop, contrato de prestación de servicios que finiquitó el 2015, empero, no se dio por terminado el contrato de la actora en virtud de su situación de salud; que la demandante se encontraba afiliada al fondo de empleados, autorizando el descuento de sus cuotas nominales mensuales, y donde se fijó un monto por ahorro programado que también era objeto de deducción; que las vacunas son un requisito indispensable para laborar en una I.P.S., de modo que, muchas veces se presta el correspondiente dinero; que en relación con la actora, ha dado cumplimiento a las recomendaciones dadas por la E.P.S.; y que varios salarios se retrasaron como consecuencia de que la accionante no presentaba incapacidades a tiempo, y aunado a ello, se encuentra en una crisis financiera.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 25 de octubre de 2021, dictó **sentencia** en la que condenó a la demandada a pagar a la actora en las sumas indicadas en la decisión, la prima de servicios por el segundo semestre de 2018, junto con las sumas que se hayan causado y se causen desde el segundo semestre de 2019, y hasta la fecha en que se extinga la relación laboral; intereses a las cesantías, desde la anualidad 2019, y hasta la fecha en que se extinga la relación laboral, la sanción por no consignación a las cesantías por el año 2017, de 2018, un día salario por cada día de mora desde el 15 de febrero de 2019 y hasta que se acredite la consignación, sin que la sanción pueda ir más allá del 14 de febrero de 2020, calculada sobre el salario mínimo legal mensual vigente, así como la devolución de descuentos. De igual manera condenó a la pasiva a pagar a favor de la actora las cotizaciones de junio de 2015, noviembre y diciembre del mismo año, febrero de 2016, octubre de 2016, octubre de 2017, y desde mayo de 2019 hasta que la relación laboral se extinga, de acuerdo con el monto que determine la respectiva administradora de pensiones, a la administradora de riesgos laborales, y la E.P.S., donde se encuentre afiliada la trabajadora, teniendo en cuenta como I.B.C. el salario mínimo. Declaró parcialmente probadas las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación. Absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la demandada.

En síntesis, luego de advertir que no es objeto de controversia la existencia del contrato de trabajo, estudió el fenómeno de la prescripción concluyendo que no se presentó reclamación por parte de la trabajadora, por lo que, como fecha de interrupción de la prescripción se tendría en cuenta la presentación de la demanda, concluyendo que se encuentran afectados por tal fenómeno las acreencias laborales causadas con

anterioridad al 31 de mayo de 2016; que las cesantías sólo se hacen exigibles cuando termina la relación laboral; que los intereses a las cesantías se encuentran pagados en debida forma conforme los comprobantes de pago arrimados al plenario, , debiéndose pagar los correspondientes a 2019 en adelante; que por las mismas razones, debe pagarse la primas de servicios del segundo semestre de 2018, y las que se causen desde el segundo semestre de 2019; que las vacaciones y la sanción moratoria no se han hecho exigibles, pues surgen a la terminación del vínculo laboral; que se debe reconocer la sanción por no consignación a las cesantías de 2017 y 2018, pues no se acreditó el pago de las cesantías de tales periodos, y no se encuentra demostrada justificación alguna para no efectuar su pago; condenó al pago de aportes a seguridad social al evidenciar la ausencia del mismo; absolvió de la condena al pago de incapacidades al constatar el pago, por demás que -dijo- dicha obligación está en cabeza de las entidades de seguridad social; y que se encuentra que el descuento realizado con destino a Asocrecer fue autorizado por la actora, no siendo así con realizado por concepto de vacunas, por lo que, hay lugar a este.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora** señaló que *las incapacidades* deben ser reconocidas por el empleador, como quiera que la mora del empleador hace que las entidades de seguridad social no respondan por estas; que por lo anterior la actora no ha recibido ningún tipo de salario ni valor por incapacidad; que deben ser condenados *los aportes* de mayo de 2015, noviembre de 2016, octubre de 2018, febrero a abril de 2019; y que no se tiene soporte de *pago de las cesantías*, así como tampoco se dice a dónde fueron consignadas.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2019-00392 -01
Demandante: **SANDRA PATRICIA NARANJO TORRES.**
Demandado: **INGENIERÍA EN LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO
SOCIASEO S.A.**

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 25 de enero de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la apoderada de la parte actora, para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si hay lugar al reconocimiento y pago de incapacidades, cesantías, y aportes a pensión por los periodos de mayo de 2015, noviembre de 2016, octubre de 2018, y febrero a abril de 2019.

DEL PAGO DE INCAPACIDADES.

De conformidad con lo preceptuado por la Ley 100 de 1993 y, en especial, el Decreto 780 de 2016, que compiló lo normado en el Decreto 1406 de 1999, regulador del tema relacionado con los aportes al sistema, el empleador, en calidad de aportante, tiene la obligación del pago total de los aportes al sistema de Seguridad Social Integral durante toda la vigencia del contrato de trabajo, lo que de suyo incluye el tiempo en que el trabajador esté incapacitado o gozando de una de licencia de maternidad (art. 2.2.1.1.1..1 del Decreto 780 de 2016).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2019-00392 -01

Demandante: **SANDRA PATRICIA NARANJO TORRES.**

Demandado: **INGENIERÍA EN LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO SOCIASEO S.A.**

Así las cosas, cuando el trabajador padece de una enfermedad de origen común o laboral y, por ende, se vea incapacitado para prestar personalmente sus servicios al empleador, los sub sistemas respectivos entran a cubrir la contingencia, siempre y cuando el empleador haya cumplido su obligación de efectuar los aportes; en estos casos, lo que recibe el trabajador es un auxilio por incapacidad, que es una prestación económica reconocida por la E.P.S. o A.R.L., según sea el caso, a sus afiliados no pensionados por todo el tiempo que estén inhabilitados temporalmente para prestar el servicio.

De esta manera, es claro que está en cabeza de las entidades de seguridad social el reconocimiento y pago de los auxilios por incapacidad, por lo que para establecer cuál es el rol del empleador en el trámite de tales prestaciones, es necesario remitirse al **artículo 121 del Decreto 019 de 2012**, que prevé:

“Artículo 121. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador **ante las entidades promotoras de salud, EPS.** En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia”.

De la norma transcrita se desprende que en cabeza del empleador está radicado el deber de adelantar el trámite para el reconocimiento de las incapacidades de sus trabajadores. Al respecto, en sentencia SL198-2022, se estableció:

“Del artículo 2.2.3.1 del Decreto 780 de 2016, que transcribió el 24 del Decreto 4023 de 2011, se desprende, sin lugar a equívocos, que el pago de las incapacidades por enfermedad general, así como de las licencias de maternidad y paternidad están en cabeza de las entidades promotoras de salud –EPS–, y las entidades obligadas a compensar –EOC–. Este es el tenor literal de dicha norma:

Pago de prestaciones económicas. A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo, los aportantes y

Demandante: **SANDRA PATRICIA NARANJO TORRES.**

Demandado: **INGENIERÍA EN LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO
SOCIASEO S.A.**

trabajadores independientes, no podrán deducir de las cotizaciones en salud, los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.

El pago de estas prestaciones económicas al aportante, será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante. [...] (Resalta y subraya la Sala).

Por su parte, el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011, dispuso: «*el derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de Salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador*».

Así, de lo anterior se colige que no se equivocó el Tribunal en sus conclusiones, pues del estudio en conjunto de las normas citadas se infiere que las acciones de recobro o reembolso por parte del empleador solo pueden iniciarse después de que este pague la incapacidad, y para su otorgamiento, es necesario que se demuestre que efectivamente se generó dicha cancelación.

Ello es así, en la medida en que al no estar en cabeza del empleador la responsabilidad de retribuir dicho pago, el hecho generador de la obligación no es otro que el haber entregado al trabajador el importe correspondiente al tiempo en que estuvo inhabilitado para laborar”.

Igualmente, en sentencia SL4572-2019 se dijo:

“Así, en principio, la responsabilidad por los riesgos profesionales está a cargo del empleador, y surge desde el inicio de la relación laboral. Luego, para liberarse, le corresponde asegurar a sus trabajadores mediante la afiliación a las administradoras de riesgos laborales, para lo cual deberá cumplir con el pago de las correspondientes cotizaciones. De ese modo, tales entidades tendrán a su cargo el reconocimiento de las prestaciones económicas y asistenciales que se presenten por los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

En dicho sentido, se ha precisado que a fin de que opere la subrogación del riesgo e inicie la cobertura del sistema, se requiere que ocurra la afiliación que está a cargo del empleador, en tratándose de trabajadores dependientes.

A su vez, el párrafo único del artículo 16 del citado decreto, dispone:

Demandante: **SANDRA PATRICIA NARANJO TORRES.**

Demandado: **INGENIERÍA EN LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO SOCIASEO S.A.**

PARAGRAFO (sic). En aquellos casos en los cuales el afiliado perciba salario de dos o más empleadores, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas en forma proporcional al salario base de cotización a cargo de cada uno de ellos.

Luego, tal y como lo alude la recurrente, si un trabajador tiene uno o más vínculos laborales en un mismo periodo de tiempo, cada empleador debe realizar las cotizaciones a seguridad social incluido riesgos laborales sobre el salario que cancela.

Lo anterior, en la medida que lo que procede frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de riesgos laborales, es la reparación a cargo del empleador de los perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por la omisión de aquel, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos y, en caso de ser procedente, el reconocimiento del derecho pensional al trabajador o sus beneficiarios”.

Finalmente, en relación con las incapacidades originadas en el sistema de riesgos laborales, no sobra recordar que la A.R.L. debe cubrirla desde el primer día de incapacidad, y corresponde al 100% del salario base de cotización según el artículo 3° de la Ley 776 del 2002.

DEL CASO CONCRETO

No existe controversia o están acreditados en el proceso los siguientes hechos: **i)** El ingreso de la demandante al servicio de INGENIERÍA LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO SOCIASEO S.A. el 09 de enero de 2015, mediante contrato a término indefinido para desempeñar el cargo de Auxiliar de Limpieza, con un salario mínimo (fls. 178 y 179); **ii)** La actora se encuentra afiliada al sistema de seguridad social desde el periodo de junio de 2015 (fls. 203 a 210) y **iii)** La actora sufrió un accidente de trabajo el 17 de septiembre de 2015, fecha desde la que se encuentra incapacitada (fls. 5 a 70).

Adicional a la documental obrante a folios 2 a 130, y 178 a 264, compareció a rendir testimonio **Lizeth Camila Muñetón Naranjo**, quien manifestó que la demandante es su madre; que era la persona que llevaba las incapacidades de ésta a la empresa demandada; que la actora ingresó al servicio de la demandada en

2015; que su madre prestaba sus servicios a través de diversos turnos, mañana, tarde, y noche; que la empresa le paga seguridad social a su mamá; que no le han pagado cesantías, vacaciones, incapacidades, nada; que hace como un año no le pagan a su mamá; y que ésta no se encuentra pensionada.

Pues bien. Frente a las incapacidades objeto de la apelación, ciertamente, se encuentra que la demandante se encuentra afiliada a seguridad social, por lo menos desde junio de 2015 (fls. 203 a 210), por lo que, para el momento del accidente de trabajo, 17 de septiembre de 2015 (fl.5), se encontraba asegurada para la contingencia de salud, pensión, y riesgos laborales, de modo que el pago de las incapacidades no se encuentra en cabeza del empleador, pues éste cumplió con su deber de aseguramiento, y de conformidad con el origen del siniestro, deberá responder la correspondiente entidad de la seguridad social.

Igualmente, le asiste razón a la A Quo, en cuanto a que a folios 98 a 130, se observa que se efectuaron pagos por concepto de salario y/o incapacidad de septiembre de 2015 a mayo de 2018, **los que fueron pagados por el empleador**; escenario que es conteste con el parágrafo 3° del artículo 3° de la Ley 776 de 2002; norma que dispone:

“PARÁGRAFO 3o. La Administradora de Riesgos Profesionales podrá pagar el monto de la incapacidad directamente o a través del empleador. Cuando el pago se realice en forma directa la Administradora deducirá del valor del subsidio por incapacidad temporal el porcentaje que debe cotizar el trabajador a los otros subsistemas de Seguridad Social, valor que deberá trasladar con el aporte correspondiente del empleador señalado en el parágrafo anterior, a la EPS o Administradora de Pensiones a la cual se encuentre afiliado el trabajador en los plazos previstos en la ley”. Negrillas por la Sala.

De esta manera, es claro que se encuentra en cabeza de la entidad de seguridad social el correspondiente pago de las incapacidades, lo que podrá inclusive realizar a través del empleador, recordando que la mora en el pago de aportes no

exonera a la A.R.L. del correspondiente reconocimiento de incapacidades, pues conforme lo ha decantado la jurisprudencia¹, la omisión del empleador en el pago de las cotizaciones que a cuenta de la relación de trabajo se generan, no tiene por consecuencia que el trabajador se vea privado de las prestaciones a las que podría tener derecho ante las contingencias del trabajo, dado que éstas son de cargo del Sistema de Seguridad Social Integral.

En el caso bajo estudio se observa que las incapacidades **de septiembre de 2015 a mayo de 2018** fueron pagadas por el empleador y que la acción pertinente estaría en cabeza del mismo frente a la A.R.L., conforme lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011, que señala: *«el derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de Salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador,*

Pese a lo anterior, y que ciertamente le asiste razón a la A Quo, en cuanto a que le corresponde a la A.R.L. el pago de las incapacidades deprecadas, en aras de garantizar los derechos fundamentales de la trabajadora, especialmente su mínimo vital, se **MODIFICARÁ la sentencia**, en el sentido de ADICIONAR que la demandada deberá realizar las gestiones pertinentes para lograr el pago de las incapacidades que aún se adeudan a la trabajadora por parte de la A.R.L.

CESANTÍAS.

Sobre el tópico, basta con recordar que de vieja data (sentencia del 24 de agosto de 2010, rad. 34393; reiterada en la SL4663-2021), se orientó que la exigibilidad de las cesantías se presenta a la fecha del fenecimiento de la relación contractual,

¹ Ver sentencia del 28 de agosto de 2012, rad. 43188, reiterada en la SL010-2019.

por lo que, al estar vigente la relación entre las partes, según lo informado por la misma **demandante al rendir interrogatorio de parte**, por lo que, aún no son exigibles las cesantías que se han causado en el desarrollo de la relación laboral.

APORTES A SEGURIDAD SOCIAL.

Señala la apoderada de la demandante, que no se pagaron los periodos de mayo de 2015, noviembre de 2016, octubre de 2018, y febrero a abril de 2019. Al punto, la Sala se remite a los certificados de aportes de folios 205 a 210, encontrando que sí obran los pagos de los aportes de mayo de 2015 (fl.203), noviembre de 2016 (fl.206), octubre de 2018 (fl.208), y febrero a abril de 2019 (fl.209), por lo que, atendiendo tal situación, no se impondrá ningún tipo de condena, confirmando la decisión del A Quo.

VII. COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **MODIFICAR la sentencia** de origen y fecha conocidos, en el sentido de ADICIONAR que INGENIERÍA LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO SOCIASEO S.A. deberá realizar las gestiones pertinentes para lograr el pago de las incapacidades que a la fecha se adeudan a la trabajadora por parte de la A.R.L. LIBERTY o de la administradora de riesgos laborales que tenga a

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2019-00392 -01

Demandante: **SANDRA PATRICIA NARANJO TORRES.**

Demandado: **INGENIERÍA EN LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO
SOCIASEO S.A.**

cargo el reconocimiento de estas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO - CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

TERCERO - Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

Procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 09 de diciembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **DIEGO FERNANDO GALEANO PINZÓN** promovió contra **CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte actora pretende la declaratoria de un contrato de trabajo del 16 de noviembre de 2005 al 29 de junio de 2017; que su último salario promedio mensual fue de \$44'216.783 compuesto por el básico y comisiones; que es nula la transacción firmada entre las partes, o en subsidio, que se incumplió dicho acuerdo transaccional; y que el contrato de trabajo terminó de manera unilateral y sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento, reliquidación y pago de las prestaciones sociales,

vacaciones, aportes a seguridad social en pensiones; así como las sanciones moratorias de los artículos 65 del CST y numeral 3° artículo 99 de ley 50 de 1990; ; sanción por no pago de intereses a las cesantías; indemnización por despido sin justa causa; indemnización integral de perjuicios en la modalidad de daño emergente; perjuicios morales; perjuicios por daño a la vida en relación; e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones el demandante argumentó que: **1)** Suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demandada para desempeñar el cargo de Gerente Comercial Senior Corporativo; **2)** La relación laboral se extendió del 16 de noviembre de 2005 al 29 de junio de 2017; **3)** Su salario era variable y estaba compuesto por un salario integral y unas comisiones, las que devengaba por rendimiento y desempeño directo de sus funciones; **4)** Nunca le pagaron sus prestaciones sociales y vacaciones con el verdadero salario que devengaba; **5)** El 29 de junio de 2017, fue constreñido a firmar la terminación de su contrato de trabajo mediante la suscripción de un acuerdo transaccional; **6)** En el acuerdo transaccional se dispuso no iniciar acciones civiles, penales y administrativas contra el demandante por los hechos que fueron objeto de proceso disciplinario; **7)** El 23 de abril de 2018 fue notificado del proceso disciplinario N° 01-2018-439 por parte de la CORPORACION AUTORREGULADOR DEL MERCADO DE VALORES DE COLOMBIA - AMV -, entidad que vigila la empresa demandada; y **8)** La demandada incumplió las obligaciones contempladas en el acuerdo transaccional, viciando el consentimiento, pues se omitió información.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A. (fls. 405 a 458), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó cosa juzgada, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la

obligación, buena fe, compensación, enriquecimiento sin causa, prescripción, pago, y la genérica.

Aceptó los hechos relativos a la existencia entre las partes de un contrato de trabajo a término indefinido, los extremos temporales del mismo, el cargo de Gerente Comercial Senior Corporativo; la celebración del contrato de transacción, y que en este se pactó que no iniciarían acciones civiles, penales o administrativas por los hechos que fueron materia de proceso disciplinario. Negó los demás hechos.

En su defensa indicó que durante el transcurso de la relación laboral, el demandante únicamente percibió salario integral de \$10'500.000, que no devengaba comisiones; que en los otros sí a los contratos de trabajo se señaló que las bonificaciones reconocidas al demandante no eran salario; que en el contrato de transacción suscrito se zanjó cualquier discusión en relación con la naturaleza no salarial de las bonificaciones reconocidas por la empresa; que el contrato de trabajo finalizó de mutuo acuerdo; que la CORPORACION AUTORREGULADOR DEL MERCADO DE VALORES DE COLOMBIA – AMV tiene naturaleza privada, y no se encarga de la vigilancia del mercado de valores en Colombia; que a en su condición de miembro de dicha Corporación , tenía el deber de informar cualquier situación irregular evidenciada en el mercado de valores que pudiera constituir una infracción o que atentara contra la transparencia, integridad y seguridad del mercado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 325 del Reglamento de la AMV, lo que es ajeno a las acciones que tiene éste ente contra el actor; y que el procedimiento disciplinario iniciado por la AMV no es una acción civil, penal ni administrativa.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 09 de diciembre de 2021, dictó **sentencia absolutoria.**

Como fundamento de su decisión y previo al análisis, el A quo estableció en primer lugar que no existe controversia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, así como sus extremos temporales. Al analizar el asunto referido al salario, advirtió estar acreditado que el demandante devengaba un salario integral, y que le eran pagadas unas bonificaciones que dijo, no tenían carácter salarial, pues conforme al acervo probatorio resultaba posible establecer que se pagaban por mera liberalidad. Al analizar la validez del contrato de transacción concluyó que goza de pleno valor, pues no se acreditó un vicio en el consentimiento al considerar que la demandada en ningún momento inició acciones civiles, penales y administrativas contra el demandante, y que el conocimiento que tuvo la CORPORACION AUTORREGULADOR DEL MERCADO DE VALORES DE COLOMBIA – AMV – sobre las conductas del accionante, se enmarcan dentro de las excepciones que contiene la cláusula 3° del contrato de transacción, esto es, la referente a las entidades de inspección y vigilancia; y que aunado a lo anterior, no se acreditó error, fuerza y dolo.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora** señaló que los vicios que se adujeron fueron el dolo y el error, pues el móvil por el que el demandante firmó el contrato de transacción fue que la demandada no interpusiera ningún tipo de queja, acción civil, penal o administrativa, teniendo en cuenta que la AMV es una entidad que, si bien es de naturaleza privada, tiene facultades disciplinarias; que la demandada puso en conocimiento de la AMV las presuntas operaciones irregulares en las que incurrió el actor, de modo que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2019-00441 -01
Demandante: **DIEGO FERNANDO GALEANO PINZÓN.**
Demandado: **CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.**

para el 06 de junio de 2017, ésta ya tenía conocimiento de tal situación; que el proceso disciplinario adelantado por la AMV inició por iniciativa de la demandada, circunstancia que si la hubiera conocido el demandante previamente no hubiera accedido al acuerdo pactado; de otro lado afirmó, que lo que se le pagó al demandante como adición a su salario fueron unas comisiones atadas al desempeño propio de sus funciones, de modo que, deberían ser base para el pago de vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, las correspondientes moratorias; y lo anterior, permite establecer que hay lugar a perjuicios por daño emergente y daños morales.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 28 de febrero de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Conforme los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos a resolver** se circunscriben a determinar, **i)** si se debe declarar nulo el contrato de transacción suscrito entre las partes a través del cual se dio por terminado el contrato de trabajo del demandante por estar viciado el consentimiento por dolo y error con las consecuencias pretendidas de dicha declaración; y **ii)** si lo percibido realmente por el demandante fueron comisiones y por ende debe proceder

la reliquidación pretendida, así como el pago de perjuicios por daño emergente y daños morales.

i) Del contrato de transacción y la nulidad por vicios del consentimiento.

La conciliación se define como *“un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”* (artículo 1° del Decreto 1818 de 1998); mientras que la transacción legalmente es definida en el artículo 2469 del C.C. como: *“un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”*.

Con respecto a la definición legal de la transacción en materia laboral lo cierto es que no existe en el Código Sustantivo del Trabajo, pues la normativa sustantiva laboral se limita a decir en el artículo 15 que: *“Es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles”*, pero en ningún momento conceptualiza dicha institución.

Es así como el contrato de transacción en materia del derecho de trabajo no ha tenido reglamentación, ni el uso que, por el contrario, sí ha gozado en del derecho privado. No obstante, ello no quiere decir que no pueda ser aplicable en material laboral, puesto que el artículo 15 del C.S.T., establece que resulta válido hacer uso de esta figura, salvo que se trate de derechos ciertos e indiscutibles.

Igualmente, la naturaleza consensual del contrato de trabajo, al igual que su surgimiento, permiten su terminación a través del ofrecimiento de un pago que puede ser aceptado por el trabajador y que hace parte de la oferta y la demanda, de manera que el trabajador tiene la posibilidad de aceptarlo o no; pero si la admite, no puede, con posterioridad, desconocer el

consentimiento dado voluntariamente en ese momento. Así, lo dijo la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 16 de octubre de 2012, Rad. 39522:

“En ese contexto, esta Sala tiene establecido que la naturaleza consensual del contrato, al igual que su surgimiento, permiten su terminación a través del ofrecimiento de un pago, que puede ser aceptado por el trabajador y que hace parte de la oferta y la demanda, en la que verificarán y sopesarán las condiciones de la propuesta empresarial, sin que ello implique un vicio del consentimiento; así, no puede una promesa de tipo económico representar coacción, si el trabajador tiene la posibilidad de aceptarla o no; pero si la admite, no puede, con posterioridad, desconocer el consentimiento dado voluntariamente en ese momento, con las consecuencias que de allí se derivan, en orden a dar cumplimiento al artículo 1602 del C.C que da el carácter de ley para las partes, a los acuerdos celebrados”.

También ha dicho la Sala de Casación Laboral que, cuando se alega alguno de estos vicios, ellos deben estar suficientemente acreditados en el juicio, sin olvidar en todo caso, cuando de una relación subordinada de trabajo se trata, y teniendo en cuenta que el trabajador es la parte débil de la ecuación contractual, que se requiere una especie de acción afirmativa que procure aminorar la diferencia sustancial que caracteriza el vínculo. Por tal razón, en los casos en que se debaten cuestiones como la que ocupa la atención de la Sala, el juzgador debe prestar especial atención a la existencia de cualquier tipo de constreñimiento, presión, engaño, o violencia, que alteren la expresión libre de su voluntad. (Ver frente al tema las SL787-2021; SL16539-2014, CSJ SL10790-2014 y CSJ SL13202-2015).:

ii) De los pactos de no salario en el contrato de transacción.

La esencia de los pactos no salariales es reconocer beneficios que busquen mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades. Adicionalmente, dichos pactos deben ser expresos, claros y precisos, así como deben detallar los rubros cobijados en estos y no cobijar derechos ciertos e indiscutibles.

Así las partes libremente y en el ejercicio de la autonomía de su voluntad pueden decidir zanjar a través del contrato de transacción precaver las eventuales diferencias que surjan con ocasión del contrato de trabajo, incluido en ello, los pagos recibidos por el trabajador y la naturaleza de éstos. En la sentencia SL975-2019, la Sala de Casación Laboral determinó:

“Colofón de lo expuesto, se tiene que los pagos sobre los que se ocupó el reproche de la censura, ciertamente no tenían intrínsecamente el alcance que les otorgó el Tribunal, lo que, además, constituyó una controversia que las partes libremente y en el ejercicio de la autonomía de su voluntad decidieron zanjar a través del contrato de transacción que las partes suscribieron el 7 de septiembre de 2009, en virtud del cual dispusieron precaver las eventuales diferencias que surgieran con ocasión del contrato del 25 de octubre de 2005, incluido en ello, los pagos recibidos por la trabajadora y la naturaleza de éstos.

Resulta entonces claro que no sólo erró el Tribunal en el análisis de los beneficios extralegales «*de campaña*» y «*garantía de eficiencia*» para conceder o no su carácter salarial, sino que, a renglón seguido, persistió en el error de obviar que aún si existía alguna duda sobre la naturaleza salarial o no salarial de los citados beneficios, las partes mismas ya habían acordado aquellas diferencias a través de un contrato de transacción que hizo tránsito a cosa juzgada y en virtud del cual no le era dable al fallador decidir sobre la suerte de una controversia que las partes ya habían dado por superada mediante el pago de una suma transaccional”.

DEL CASO EN CONCRETO.

No son objeto de controversia en la instancia los hechos relativos a: **i)** la existencia del contrato de trabajo celebrado entre las partes, los extremos temporales del mismo, el último cargo desempeñado por el demandante, (fls. 2 a 5 y 512); **ii)** La suscripción entre las partes de diversos otrosíes, en los que se estipuló que el demandante recibiría eventuales bonos, gastos de viajes, vehículo y gastos de mantenimiento, suministros en especie – alimentación, habitación o vestuario, casino-, estipendios y bonificaciones otorgados de acuerdo a sus planes o políticas administrativas internas, y una bonificación por gestión de grupo única por mera liberalidad (fls. 6 a 11); **iii)** que el 29 de junio de 2017, entre las partes se suscribió un acta de terminación del contrato de trabajo, en la que se determinó que

este finalizaba de mutuo acuerdo, a partir del 30 de junio de 2017, dejándose al empleador a salvo de cualquier acreencia de carácter salarial, reconociéndose para tal efecto la suma de \$42'000.000 (fls.12 y 13); asimismo, se celebró acuerdo de transacción ante notario en el que las partes ratificaron la terminación de mutuo acuerdo del contrato de trabajo; se afirmó la naturaleza no salarial de las bonificaciones recibidas por el demandante, y se señaló el valor transado en aras de precaver un litigio; **iv)** que el 06 de junio de 2017, representantes de la demandada acudieron a AMV con el propósito de poner conocimiento hechos relacionados con operaciones sobre la especie Foninmobal por parte de Lina María Rojas y otros funcionarios (fls. 37 a 100); **v)** la solicitud de explicaciones efectuada al demandante y a otros trabajadores por parte de la AMV el 23 de abril de 2018, acerca de las operaciones irregulares presentadas como operarios de mercados de valores, en el marco de la investigación adelantada por tal ente (fls. 37 a 122); **vi)** el reclamo elevado por el demandante al empleador el 21 de junio de 2019, pretendiendo la reliquidación de sus prestaciones sociales y los daños o perjuicios que el ocasionó la demandada y **vii)** La sanción de 25 salarios mínimos impuesta al demandante por parte del Tribunal de la AMV el 15 de mayo de 2020 (archivo 4).

Adicional a la documental obrante a folios 2 a 369, 459 a 922, y los archivos 4, 11 y 19, comparecieron a rendir testimonio, **Ricardo Nova Jaramillo, Jorge Hernán Álvarez Ospina, Beatriz Eugenia Torres, Daniel Ricardo Rincón Vargas, Pablo Ospina y Luis Miguel González,** quienes manifestaron lo siguiente:

Ricardo Nova Jaramillo dijo que fue compañero del actor en la demandada y que laboró con él por más de 15 años; que con el actor eran gerentes comerciales; que el actor tenía unas funciones dentro de su contrato laboral, que consistían en llevar a cabo una serie de metas periódicamente, las que comenzaron de forma mensual, y luego, pasaron a ser trimestrales; que de

acuerdo con esas metas, los comerciales recibían un salario variable, ya que se pagaban unas comisiones; que la empresa pagaba un salario mínimo integral, y de acuerdo a las comisiones que generaban por cumplimiento de metas, recibían unos recursos adicionales; que el jefe de Diego era Lina Rojas, el coach de grupo; que el actor trabajó hasta mayo de 2017, por una serie de eventos que pasaron, pero las directivas siempre mantuvieron de forma aislada la información hacia los empleados; que él laboró hasta septiembre de 2017; que la AMV es un ente regulador, que se creó por el gobierno nacional que tiene por objeto de dar transparencia al mercado de capitales, es la encargada de vigilar y velar por el buen funcionamiento del mercado, a su vez, vigila a las entidades que hacen parte de éste, y a los profesionales del mercado, como al actor; que la AMV inicia un proceso de investigación si se presenta una queja por alguna de las partes, luego, le hace llegar el comunicado y le informa que se debe presentar a rendir unas respuestas, al final identifica si hubo una falla y, de ser el caso, sanciona, pone multas o puede expulsar al profesional del mercado de valores; que lo anterior, genera un perjuicio, ya que, hoy en día las entidades financieras, prefieren no tener vínculos con personas que tengan eventos que pudieran relacionarse con procesos disciplinarios en la AMV, es muy difícil conseguir trabajo; que dependiendo de la falta que la persona hubiera cometido, si la AMV considera puede elevar el caso a la Superintendencia Financiera; que el comunicado de la AMV es público; que existe un departamento que se encarga de llevar a acabo toda la documentación de grabación de llamadas, y otro, que revisa las operaciones diarias, cualquier operación que no se vea normal, inmediatamente se informa a la persona encargada como jefe de área, con el fin de evitar algún tipo de fraude; que devengaban el salario básico, y valor adicional variable, pues si los comerciales generaban una producción superior al 80%, automáticamente recibían recursos independiente del sueldo básico; que estos ingresos variables en su momento fueron mensuales y después trimestrales, y si se llegaba a cifras muy positivas, la compañía

daba un incentivo; que en el caso del actor su cumplimiento siempre fue sobresaliente, ya que, era por encima del 100%; que era obligación de los comisionistas informar a la AMV de cualquier irregularidad que se presentara por parte de los trabajadores; que cualquier persona que tenga conocimiento de los hechos los puede informar a la AMV; que frente a la terminación del contrato de trabajo del actor, únicamente existieron rumores que decían que a unos inversionistas se les garantizaba una rentabilidad, y en el momento en que necesitaban esa liquidez, volvían a tomar la operación, es decir, vendían el activo y recibían los recursos con una tasa de interés, operación que a su juicio es normal; que de la decisión de la AMV que sancionó al actor se enteraron todos, porque a los que son profesionales de valores y están vinculados a una entidad financiera, les llega por e-mail directamente; que no sabe por qué la AMV emitió una sanción; que sabe que Diego recibía bonificaciones porque se hacía una premiación y se entregaba una carta firmada en la cual se mencionaba el valor; que la convención es diferente a la entrega de los premios, ya que era un incentivo por el buen desempeño del comercial, pues en el caso de muchos comerciales que lograban cumplir esas metas, se recibía periódicamente dinero adicional; que hacía parte del grupo de Lina Rojas; y que no sabe porque la separaron a ella del cargo.

Por su parte, **Jorge Hernán Álvarez Ospina** señaló que conoce al actor porque trabajó con él entre 2007 y 2011, como corredor de bolsa; que estaba en el mismo equipo de trabajo de Lina Rojas; que cuando se vinculó, el actor ya estaba; que se devengaba un básico y unas comisiones; que las funciones del actor era operar sus clientes, captar recursos para la firma, e invertir los dineros de los clientes de tal manera que le diera una utilidad a la firma y a los clientes; que la asignación de los clientes la hacía la jefa de mesa; que cuando se retiró pocas veces se volvió a encontrar con el actor; que no supo por qué fue desvinculado el actor, supo por rumores que lo despidieron; que

las comisiones las determinaba el jefe de mesa y la coach, eran quienes daban las metas cumplir, y hacia el 80% se lograba comisionar; que tenían cierre de mes, todos los meses, donde se veía la evaluación y el desempeño de todos los corredores de la mesa y de la firma; que si no se cumplía con las comisiones había presión comercial, ya que, se podía ver afectado el sueldo básico; que las comisiones se pagaban trimestralmente; que la AMV es el ente encargado de vigilar a la firma, como a los corredores y comerciales, están al tanto de las operaciones que se hacen, es la que vigila las operaciones en el mercado bursátil; que la Superintendencia Financiera también los vigila como corredores, pero están regidos y vigilados por la AMV; que la AMV tiene la facultad para imponer multas, fallos, impedir laborar en el mercado, y hasta expulsar; que una vez se abre una investigación, la única persona que sabe es la investigada, después de dar un fallo, se da conocimiento público por correo electrónico, y en la página de internet; que los procesos disciplinarios son una limitante para conseguir trabajo en otras empresas, ya que si uno tiene una investigación abierta, es casi que un impedimento para que uno ingrese a cualquier organización del sector financiero; que el riesgo reputacional afecta al comercial de tal manera que no puede ingresar a una firma o entidad financiera nuevamente; y que las comisionistas de bolsa si están en la obligación de poner en conocimiento ante la AMV hechos irregulares que sucedan entre sus trabajadores o incumplimientos de normatividad que los regula.

Beatriz Eugenia Torres explicó que era esposa del actor desde 2009; que el actor laboró en la demandada desde 2005; que el actor tenía un salario básico que estaba conformado por un salario mínimo integral, y unas comisiones que estaban atadas a su desempeño; que las comisiones eran pagadas todos los meses al final de año, tenía derecho a ir a la convención, que era un paseo que hacían todos los años en reconocimiento a ese desempeño, así como llegaba con diplomas por cumplimiento, medallas y trofeos; que el actor trabajó hasta junio de 2017; que

el demandante fue desvinculado por temas que tenían que ver con unas operaciones, lo que no entendía mucho ya que no hacía parte de su profesión; que el actor luego de salir de la demandada pudo conseguir trabajo pero después de muchos altibajos, ya que, estaba en un proceso con una entidad grande, Bancolombia, y en las últimas entrevistas, le dijeron que no podía seguir, porque había un rumor en el mercado que tenía un tema pendiente con AMV, y que por temas de reputación no podía seguir en la selección; que luego de tres meses, el actor hizo contacto con Alianza y laboró con ellos, sin embargo, le preguntaron si tenía un tema pendiente con AMV, y él dijo que no, lo contrataron, comenzó en septiembre de 2017, donde estuvo hasta febrero de 2020, sin embargo, unos meses posteriores su jefe lo llama, y le pregunta que estaba pasando con AMV, y dijo que podía seguir trabajando, afortunadamente había logrado mostrar su desempeño laboral, pero por temas de reputación le dijeron que esperarían a que saliera el fallo de la AMV y que tomarían una decisión una vez conocieran este; que luego, comenzaron las audiencias con AMV, y el fallo de ésta determinó que no solo tendría una sanción económica, sino también a nivel laboral, no podría seguir trabajando; que para esas fechas habían comprado un apartamento y su trabajo era inestable como contratista; que empezaron con la idea de salir del país, y en marzo del año pasado llegaron a vivir a Nueva Zelanda en busca de una nueva oportunidad; que el actor conoció de la existencia del proceso en AMV a finales de 2017; que para el proceso con AMV, el actor tuvo que pagar un abogado especialista en temas de bolsa, sus honorarios eran costosos; que el demandante actualmente es conserje, gana el mínimo y trabaja 12 horas para poder vivir; que cuando se tiene un expediente abierto, o una reseña en AMV el tema de la reputación es muy importante, ya que son temas financieros, y una entidad financiera no va a permitir que dentro de su organización esté una persona reseñada, por lo que ya era complicado que él siguiera trabajando en esto; que la empresa incumplió con la promesa con la que habían firmado el último documento; y que no estuvo presente

para la firma del contrato de transacción y la terminación de mutuo acuerdo de Diego, pero sí tuvo comunicación con el actor, y cuando llegó a la oficina de la empresa, le dijo tendría que salir de ésta, pero no habrían temas con AMV.

Daniel Ricardo Rincón Vargas señaló que trabajó con el actor en la empresa demandada; que el actor era parte de la fuerza comercial de la compañía, y de la mesa corporativa en el equipo de Lina Rojas; que desde el 02 de enero de 2008 hasta el 01 de octubre de 2019, fue Director Jurídico; que el demandante como funcionario de la mesa comercial debía estar certificado como asesor y operador ante las distintas instancias de operación de la comisionista y, en desarrollo de esas funciones, tenía que contactar clientes, acompañarlos, vincularlos, y asesorarlos en la conformación de sus portafolios de inversión, en el seguimiento, ofrecimiento y la venta de los productos disponibles en el mercado de capitales; que el actor tenía un esquema de una remuneración fija, y unos esquemas de primas extralegales y algunos reconocimientos adicionales que se daban; que la demandada cuando se identificaban algunos hechos que llamaran la atención, o que fuera necesario obtener la explicación de parte de los funcionarios que estaban involucrados, los manejaba a través del proceso disciplinario laboral; que en la empresa en 2017 recibió la información de que se habían identificado algunas operaciones irregulares “repo” con unos activos que no eran susceptibles de ser operación “repo”, que eran unas unidades de un fondo de inversión colectiva, administrado por la misma sociedad comisionista, que se denomina INMOVAL, que es un fondo inmobiliario, eso había generado dos efectos: uno que tenía que ver con el precio del activo en el mercado, y otro con que se estaba generando información y al parecer, unas pérdidas en cabeza de algunos clientes; que recibió la anterior información de Pablo Ospina o Carlos Sánchez, que era el jefe de la mesa corporativa e identificaron unos patrones inusuales en el comportamiento del precio del activo, así, pidieron que se hiciera levantamiento de información, y que también fue relevante en el

asunto Milton Guevara, quien envió un correo manifestando inconformidad con el precio del activo; que poco después de que se iniciaron las investigaciones, se comenzó a contactar a los clientes y con ellos, se terminaron celebrando acuerdos de transacción, donde les recomprábamos el activo o les restituíamos algún capital para compensarle las pérdidas que pudieron tener; que se firmaron aproximadamente 10 o 12 acuerdos de transacción; que en los descargos se pudo identificar que existían infracciones a las conductas adecuadas en el mercado, de modo que, el actor faltó al reglamento que le era aplicable, en razón a su *lex artis* profesional y eso hacía que pusiera a la compañía en riesgo de tener que asumir la responsabilidad inclusive de cara a la Superintendencia Financiera, y al auto regulador; que con el actor se hizo una salida conciliada por el riesgo reputacional que comportaba para la compañía el tener que enfrentar una investigación ante el auto regulador y ante la Superintendencia Financiera; que la intención era buscar un arreglo que razonablemente los dejara tranquilos, aunque tuvieran que asumir costos importantes, como los indemnizatorios; que en el trámite disciplinario, se llegó a suscribir con el actor un acuerdo, en el cual, la empresa renunciaba a iniciar acciones para repetir lo que se debía pagar frente a sus clientes, y para que éste saliera ordenadamente de la compañía, con la liquidación laboral que le correspondía; que el proceso sancionatorio que inició el auto regulador, no inició por solicitud de parte, inicia dentro de sus labores de inspección, pues en junio, cuando vieron que podía haber algo preocupante, fueron a AMV, a ponerles presente los hechos que *habíamos* identificado; que tenían la obligación de presentar los hechos irregulares porque podía implicar una sanción para ellos; que el pacto no se hizo en términos de que no se le informaría a la AMV, sino más en términos de no iniciar, acciones penales o administrativas; que la AMV, jurídicamente es una corporación sin ánimo de lucro, de carácter privado, y a pesar de tener funciones de supervisión, de sanción y de regulación, es hecho en el ámbito entre particulares y privados; que la misión de la

AMV es velar por el adecuado cumplimiento de las normas relacionadas con intermediación de valores, es decir, con los procesos y actividades que tienen que ver con el acercamiento de personas a mercados, con el ofrecimiento de los productos, con la participación de los intermediarios la transparencia de los mercados, y la adecuada formación de precios, por tanto, es un alcance de la actividad del día a día de los intermediarios; que cualquier actividad que ponga en entredicho la capacidad de control de un intermediario, genera sanciones a los operadores, y a la empresa, pues es indirectamente el ejecutor de las operaciones de mercado; que los pagos de las primas extralegales dependían del área y del equipo al que estuviera adscrito el funcionario; que participó en la negociación del contrato de transacción que generó la finalización del contrato de trabajo; que a AMV no se le llevaron conclusiones, que lo que se le pidió fue que ayudara a identificar qué era lo que estaba pasando, no se puso una queja particular, en parte porque los procesos sancionatorios no se inician a solicitud de parte; que la AMV ordenó una visita de inspección; que el proceso del actor con la AMV es directamente entre éste y el actor; que la transacción, en la segunda parte de la cláusula tercera se exceptúa de las acciones, la que se derive de un proceso de inspección, porque es algo que no está bajo control de la empresa, se tenía que poner en conocimiento los hechos al auto regulador, son entidades que hacen funciones de inspección y vigilancia que no se pueden controlar; y que no estaban en la obligación de comunicarle al actor que ya la AMV tenía conocimiento de los hechos al momento de suscribir la transacción.

Pablo Ospina explicó que labora en la demandada desde el 2001; que conoce al actor, era comercial de la mesa corporativa; que al actor se le terminó el contrato porque tuvo una investigación de unas operaciones que se hicieron en la compañía, pero se llegaron a unos acuerdos con él; que la empresa se comprometió a no iniciar ninguna actuación en contra del actor; que las operaciones se habían puesto en conocimiento

del autoregulador del mercado de valores, no se dijeron nombres, apenas se estaba revisando el tema, pues se vieron unas operaciones que no cuadraban, no se sabía qué personas estaban dentro de estas; que a la AMV se le contó de forma general la situación que se había visto, sólo se sabía que había arrancado por Lina Rojas; que no recuerda si al actor se le dijo que la situación se puso en conocimiento de la AMV; que la AMV hizo la investigación y al final falló en contra del actor por sus actuaciones; que la empresa a raíz de las acciones del demandante tuvo que hablar con varios clientes, y se arribó a acuerdos con ellos; que la entidad se comprometió a no poner una queja, no obstante, la AMV puede sancionar y expulsar a los funcionarios que trabajan en el mercado de valores a pesar de ser una entidad privada; y que la AMV es quien emite licencias para operar en el mercado.

Finalmente, **Luis Miguel González** adujo que conoce al actor, debido a que trabajaron en la demandada; que laboró desde 1998 y estuvo hasta julio del año pasado; que cuando el actor ingresó, él ya se encontraba vinculado con la empresa; que el actor trabajaba en la mesa corporativa como comercial, debía tener asignados clientes, realizar órdenes y operaciones; que el jefe del actor era Lina Rojas; que se tuvo una situación con el actor, se identificó que algunas de las personas del área comercial estaban involucrados en unas prácticas que no eran sanas de mercado, por lo que *tomamos* la decisión de llegar a un acuerdo para que se desvincularan; que producto de ese proceso se firmó un contrato de transacción con algunas de estas personas, incluyendo al actor; que en la época que se dio esa situación era Presidente de la Comisionista; que se dio cuenta de la situación inconsistente, porque distintas áreas identificaron que se estaban haciéndose registros de operaciones con algunos activos por fuera de los niveles de mercado; que para verificar lo sucedido se vinculó al área jurídica y se puso en conocimiento de la situación al AMV, ya que era uno de sus deberes; que se buscó la transacción con el actor por el hecho de que se produjera un

tema de reputación, se generara una caída en los precios, y otros clientes se vieran afectados por esta situación; que se generaron perjuicios para los clientes que estuvieron involucrados en las operaciones que fueron objeto de la investigación, alrededor de \$1.200'000.000 o \$1.500'000.000; que la comisionista también tomó la decisión de resarcir los daños causados a los clientes y asumir en cabeza propia lo que se había causado por la práctica de esas personas; que dentro de los clientes afectados sí habían algunos del demandante; que una de las primeras cosas que se hicieron fue poner en conocimiento del auto regulador que se habían identificado unos hechos, no se tenía mayor conclusión pero el reglamento de AMV estaba en la obligación de poner en conocimiento operaciones que parezcan ir en contra de las reglas de mercado; que la reunión con la AMV fue en sus instalaciones, se dio una conversación, no se tenía una investigación adelantada, por ende, no se tenía soporte, sólo lo que mostraban las áreas de riesgo y de cumplimiento; que con posterioridad la AMV comenzó una investigación, en la que solicitaron una serie de información sobre las operaciones y nombres de los comerciales, lo que se tuvo que entregar; que no está seguro si explícitamente se le dijo al actor que había puesto en conocimiento de la situación a la AMV; que en el acuerdo transaccional, la empresa no se comprometió a no poner en conocimiento de la AMV la situación, se debía era iniciar procesos penales, administrativos; que en su momento lo que se puso en conocimiento fue una situación genérica que se estaba comenzando a encontrar; que AMV tiene función disciplinaria, es una corporación de carácter privado; que la entidad que por su naturaleza ejerce inspección, vigilancia y control es la Superintendencia Financiera, pero están sometidos como miembros a lo que disponga la AMV; que el actor además de su salario básico debía recibir bonificación; que para las bonificaciones había distintas definiciones dependiendo de las áreas y las funciones, había bonos anuales y otros con diferente periodicidad; y que reunirse con la AMV, era su obligación como miembros afiliados, poner en conocimiento la situación.

Pues bien. **Frente a los vicios de nulidad del acta de transacción**, se tiene que entre las partes se celebró un contrato de transacción en el que se dispuso que:

“...se resolvió transar cualquier divergencia respecto de cualquier derecho incierto y discutible que se desprenda del mismo, habiendo convenido una fórmula de arreglo para precaver cualquier litigio respecto de los derechos inciertos y discutibles, reiterando que la terminación del contrato se dio de mutuo acuerdo con fundamento en lo establecido en el Artículo 61 literal b) del Código Sustantivo del Trabajo, determinando la vigencia del mismo hasta el día de 30 de junio de 2017” (fls. 123 a 126).

Por tanto, en principio es claro el pacto de las partes frente a cualquier derecho incierto y discutible y que en consecuencia no era dable retornar sobre el mismo punto y, por ende, evitar cualquier tipo de litigio como el que nos convoca en esta instancia.

No obstante, considera la activa que dicho contrato adolece de vicios del consentimiento, puesto a su juicio de un lado se incurrió en dolo y/o engaño, dado que, en dicho acuerdo transaccional, la demandada se obligó a no iniciar acciones civiles, penales, y administrativas, no obstante, la AMV inició investigación contra el demandante y lo sancionó.

De otro lado por cuanto el demandante desconocía que la empresa demandada ya había puesto en conocimiento de la AMV las presuntas operaciones irregulares por las que fue investigado por parte de la empresa, y que dio lugar a que se arribara a un acuerdo entre las partes para dar por terminado el contrato de trabajo y porque - aduce - que se incurrió en los aludidos vicios del consentimiento, puesto que, si hubiera conocido la anterior circunstancia, no hubiera accedido al acuerdo pactado.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala se remite el contrato de transacción, encontrando que expresamente las partes convinieron los siguiente:

*“A su vez, CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A. adquiere con la celebración de este contrato la obligación de no iniciar acciones civiles, penales, o administrativas contra DIEGO FERNANDO GALEANO PINZÓN, por los hechos que fueron materia de proceso disciplinario al que se refiere en este documento. **Lo anterior, con excepción de aquellas derivadas de los procesos de inspección que ordinariamente puede adelantar las entidades que ejercen la inspección y vigilancia sobre Credicorp, que se entiende que no tienen lugar por iniciativa de CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.**”*

De esta manera, es claro que la empresa demandada únicamente se obligó a no iniciar ningún tipo de acción civil, penal o administrativa contra el demandante, y expresamente se determinó que se exceptuaba de tal situación los procesos de inspección que ordinariamente puede adelantar las entidades que ejercen la inspección y vigilancia sobre ésta.

En ese orden, se hace necesario verificar si el Autoregulador de Mercado de Valores – AMV, puede ser considerado como una entidad que ejerce inspección y vigilancia sobre la demandada.

Lo primero por indicar entonces, es que la autorregulación en Colombia es una función de naturaleza privada, así implique la imposición de sanciones a los autorregulados en desarrollo de la actividad disciplinaria, tal y como lo dispuso la H. Corte Constitucional, mediante sentencia C-692 de 2007, en la que se señaló:

“La autorregulación es, entonces, una institución que tiene su fuente originaria en el campo del derecho privado y que encuentra un claro fundamento de principio en la autonomía de la voluntad privada, entendida ésta como la ‘facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación”

Igualmente, es la AMV, la entidad que lleva a cabo la autorregulación de mercados de valores de mercado en Colombia, por lo que, conforme al artículo 24 de la Ley 964 de 2005, tiene las siguientes funciones:

“ARTÍCULO 24. DEL ÁMBITO DE LA AUTORREGULACIÓN. La autorregulación comprende el ejercicio de las siguientes funciones:

- a) Función normativa: Consistente en la adopción de normas para asegurar el correcto funcionamiento de la actividad de intermediación;
- b) Función de supervisión: Consistente en la verificación del cumplimiento de las normas del mercado de valores y de los reglamentos de autorregulación;
- c) Función disciplinaria: Consistente en la imposición de sanciones por el incumplimiento de las normas del mercado de valores y de los reglamentos de autorregulación.

PARÁGRAFO 1o. Estas funciones se deberán cumplir por las entidades autorizadas para actuar como organismos autorreguladores, en los términos y condiciones que determine el Gobierno Nacional. En ejercicio de esta facultad, el Gobierno Nacional deberá propender porque se eviten los arbitrajes entre las entidades que deberán cumplir con las obligaciones de autorregulación previstas en la presente ley, así como establecer medidas para el adecuado gobierno de los autorreguladores.

PARÁGRAFO 2o. Lo dispuesto en el literal a) del presente artículo, se entiende sin perjuicio de la facultad que tienen las bolsas de reglamentar la negociación y operaciones que se celebren a través de ellas y las actuaciones de sus miembros”.

En ese orden, es claro que la AMV tiene a su cargo una función de supervisión, pues es la encargada de verificar el cumplimiento de las normas del mercado de valores y los reglamentos de autorregulación, por lo que, en tal sentido, las acciones adelantadas por ésta o ante ésta, se enmarcarían dentro de la excepción contemplada en el contrato de transacción, pues realiza inspección de las actividades que ejecuta la demandada.

Aunado a ello, los testigos Ricardo Nova Jaramillo y Jorge Hernán Álvarez Ospina señalaron que la AMV es el ente encargado de vigilar tanto a la firma como a los corredores y comerciales, pues son los que están al tanto de las operaciones que se hacen, el que vigila las operaciones en el mercado bursátil; y que la AMV tiene la facultad para imponer multas, fallos, impedir laborar en el mercado, y hasta expulsar; que una vez se abre una investigación, la única persona que sabe es la investigada, no obstante, una vez se emite fallo es da

conocimiento público por correo electrónico, y en la página de internet.

Por otra parte, no encuentra la Sala que la demandada hubiera iniciado algún tipo de acción civil, penal, o administrativa contra el demandante, pues en la solicitud de forma de explicaciones dentro de la investigación adelantada por la AMV y que obra a folios 37 a 100, únicamente se hace referencia a que el 06 de junio de 2017, se hicieron presentes funcionarios de la demandada con el propósito de poner en conocimiento hechos relacionados con operaciones celebrados sobre la especie Foninmobal por parte de la señora Lina Rojas “*y otros funcionarios*” (fls. 37 a 100); sin que en el proceso se haya probado por el demandante que dentro de esos otros funcionarios estaba incluido el demandante; no siendo suficiente que en dicho documento se le solicite explicaciones por las actuaciones que desplegó al actor, pues es claro que dicho requerimiento pudo surgir como consecuencia de la misma investigación que adelantó el ente autoregulador.

Lo anterior, cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que del análisis integral de los testimonios de los señores Daniel Ricardo Rincón Vargas, Pablo Ospina y Luis Miguel González, es posible determinar que el proceso sancionatorio ante el auto regulador no inició por solicitud de parte, inició dentro de sus labores de inspección, pues en junio, cuando la empresa encontró las irregularidades acudió a la AMV, a poner de presente los hechos que se habían identificado, pues es su obligación presentar tales irregularidades, dado que podía implicar una sanción para ellos; que a AMV no se le llevaron conclusiones, inclusive se le pidió que ayudara a identificar qué era lo que estaba pasando, no se impetró una queja particular; que en las operaciones que se pusieron en conocimiento del autoregulador del mercado de valores, no se dijeron nombres, apenas se estaba revisando el tema, se puso en conocimiento una situación genérica que se estaba comenzando a encontrar; que la AMV

ordenó una visita de inspección para verificar hechos que acaecieron en la empresa demandada; y que el proceso del actor con la AMV es directamente entre éste y el actor.

Además surge de los aludidos testimonios que la conciliación se realizó por el riesgo reputacional que comportaba para la compañía el tener que enfrentar una investigación ante el auto regulador y ante la Superintendencia Financiera; que la intención era buscar un arreglo que razonablemente los dejara tranquilos, aunque tuvieran que asumir costos importantes, como los indemnizatorios, los que ascendieron entre \$1.200'000.000 y \$1.500'000.000; que en el trámite disciplinario, se llegó a suscribir con el actor un acuerdo, en el cual, la empresa renunciaba a iniciar acciones para repetir lo que se debía pagar frente a sus clientes, y para que éste saliera ordenadamente de la compañía, con la liquidación laboral que le correspondía; y que en la transacción, en la segunda parte de la cláusula tercera, se exceptúan de las acciones que se pueden iniciar las que se deriven de un proceso de inspección, porque es algo que no está bajo control de la empresa, se tenía que poner en conocimiento los hechos al auto regulador, son entidades que hacen funciones de inspección y vigilancia que no se pueden controlar.

Por tanto, para la Sala es claro que las operaciones irregulares en las que presuntamente estuvo inmerso el demandante, fueron puestas en conocimiento de la AMV el 06 de junio de 2017, es decir, en fecha previa a la suscripción del acuerdo transaccional, sin embargo lo cierto es que, siendo su carga, el actor no demostró primero, que él concretamente hubiere sido enunciado expresamente por el demandado en la solicitud de investigación, y segundo tampoco demostró la forma en la que ese eventual hecho y su omisión por parte del demandado al suscribir el acuerdo transaccional vició por error o dolo el consentimiento del actor.

Debe resaltarse que en el interrogatorio de parte del señor Galeano Pinzón este manifestó saber que la AMV *“es el auto regulador del mercado de valores, es una entidad que vigila a todas las entidades comisionistas de bolsa y a todos los comerciales que trabajábamos para ella, es la única entidad auto reguladora en Colombia, por lo cual tiene que estar uno auto regulado ya que no hay otra opción, por tanto, todos los comerciales tenemos la obligación de estar certificados por AMV, ya que de no estarlo no podríamos trabajar en bolsa, así que es la entidad que nos vigila, regula, sanciona, dicta las directrices, revisa el comportamiento de los comerciales y da el aval para que uno como corredor puede desempeñarse en el mercado, puesto que sin ese aval no se puede trabajar.”*

Además, en la misma oportunidad también manifestó, al referirse al contrato de transacción que: *“el acuerdo lo revisé, y miré que especificaran que no pondrían ningún tipo de queja, por lo que le dije que estaba de acuerdo en firmarlo ya que estaba detallado que no habría ninguna queja ante ningún ente”*.

Así las cosas, estima la Sala que la confianza del actor no se vio defraudada, esto es viciada o inducida al error por el demandado en la suscripción del contrato enjuiciado, por cuanto este fue claro al obligarse a no presentar ningún tipo de acción de tipo penal, civil y administrativa, excluyendo de aquella abstención las *“derivadas de los procesos de inspección que ordinariamente pueden adelantar las entidades que ejercen la inspección y vigilancia sobre Credicorp,”* y como ya se vio, el actor tenía pleno conocimiento de las facultades disciplinarias, de inspección y vigilancia que ejerce la AMV, no solo sobre la sociedad demandada como comisionista de bolsa sino sobre su propia gestión, luego de la redacción de la cláusula podía inferirse que no se excluyó del pacto la posibilidad de acudir a dicho ente, lo que permite deducir de forma razonable el conocimiento del demandante de dicha situación.

Adicional a lo anterior, la senda prueba testimonial y documental incorporada al proceso no logra evidenciar siquiera

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2019-00441 -01
Demandante: **DIEGO FERNANDO GALEANO PINZÓN.**
Demandado: **CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.**

de manera incipiente que el trabajador hubiese manifestado en la etapa previa, coetánea o concomitante a la suscripción de la transacción, alguna duda o inquietud particular respecto del alcance del pacto frente a dicha entidad concreta y menos aún que la demandada hubiese omitido alguna información solicitada.

Así entonces, en lo que respecta a que el demandante desconocía que la empresa demandada ya había puesto en conocimiento de la AMV las presuntas operaciones irregulares al momento del contrato de transacción, y que de saberlo no hubiese suscrito tal acuerdo, para la Sala dicha aseveración es insuficiente para tener por viciado el consentimiento por error o dolo, pues no surge del contrato que dicha circunstancia fuera un presupuesto para su celebración, ya que en momento alguno se manifestó al demandante – o ello no fue probado – que no se pondrían en conocimiento de la AMV las operaciones irregulares, y por el contrario, y como fue expuesto en precedencia, en el contrato de transacción se estipuló que no se adelantarían acciones civiles, penales, ni administrativas, con excepción de las que se derivan de los procesos de inspección que adelantan las entidades que ejercen inspección y vigilancia sobre la demandada.

Conforme lo dicho en precedencia evidenciado que en el proceso no logró acreditarse por el demandante un error esencial en el consentimiento, ni el dolo de la pasiva, dado que no se probó artificio o maquinación de ésta endiente a engañar al demandante no puede afirmarse la falta de validez de la manifestación de la voluntad del demandante.

En cuanto a los **bonos o bonificaciones que se pretende se tengan como salario**, debe decirse que la razón acompaña a la demandada por cuanto en el mismo contrato transaccional se determinó que se ratificaba que *“la naturaleza de las bonificaciones reconocidas durante la vigencia de la relación laboral para todos los efectos fueron no salariales tal como lo*

indica el artículo 128 del CST”, y que quedaba zanjada cualquier controversia sobre las mismas, de modo que, las mismas partes a través del aludido contrato determinaron que no tenían tal carácter.

Debe advertirse además que si bien la activa finca su recurso en que los anteriores rubros eran comisiones, lo cierto es que como quedó visto fue el querer de las mismas partes a través del contrato de transacción zanjar cualquier controversia sobre las mismas, por demás que, al tener que recurrir al principio de la primacía de realidad, la naturaliza del rubro pretendido como salario estaría en discusión, de modo que, la incertidumbre que le sería propia sólo desaparecería luego de ser proferida la sentencia que así lo declare, por lo que, en consecuencia se estaría frente a un derecho discutible.

En síntesis, aún si existiere alguna duda sobre la naturaleza salarial o no salarial de las citadas bonificaciones, las partes mismas acordaron aquellas diferencias a través de un contrato de transacción que hizo tránsito a cosa juzgada, en virtud del cual no le es dable al fallador decidir sobre la suerte de una controversia que las partes ya dieron por superada mediante el pago de una suma transaccional.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia señalando que, por sustracción de materia no se hace necesario efectuar pronunciamiento sobre los perjuicios por daño emergente y daños morales, pues estaban sustentados en el incumplimiento del acta de transacción; misma circunstancia que acontece con la indemnización moratoria, pues pendía que se tuviera las bonificaciones pagadas por el empleador como salario.

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **CONFIRMAR** por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia de origen y fecha conocidos.

SEGUNDO - Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2019-00441 -01
Demandante: **DIEGO FERNANDO GALEANO PINZÓN.**
Demandado: **CREDICORP CAPITAL COLOMBIA S.A.**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo la parte actora.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Alejandra María Henao Palacio', is centered on the page.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2020-00043 -01.
Demandante: **HUMBERTO DE JESÚS OCAMPO GALLEGO.**
Demandado: **U.G.P.P.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **HUMBERTO DE JESÚS OCAMPO GALLEGO** promoviese contra la **U.G.P.P.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende el pago y reconocimiento de una pensión de que trata el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, a partir del 12 de noviembre de 2016, junto con las mesadas adicionales, retroactivo, e indexación de la primera mesada pensional.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó:
1) Laboró al servicio de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2020-00043 -01.

Demandante: **HUMBERTO DE JESÚS OCAMPO GALLEGO.**

Demandado: **U.G.P.P.**

Minero del 28 de septiembre de 1975 al 15 de octubre de 1991;

2) El contrato terminó de manera libre y voluntaria mediante acuerdo de conciliación; **3)** Devengaba \$252.324; **4)** Nació el 12 de noviembre de 1956; y **5)** Elevó reclamación administrativa.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos:

U.G.P.P. (fls. 39 a 41), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia de la obligación, y prescripción de las mesadas.

Aceptó la existencia del vínculo laboral, la modalidad a término indefinido, los extremos temporales del 28 de septiembre de 1975 al 15 de octubre de 1991; y que el actor nació el 12 de noviembre de 1956. No aceptó los demás hechos.

Indicó que a partir de la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 no es dable pactar pensiones convencionales, así como las que convenciones colectivas de trabajo que se encuentre vigentes mantendrán su vigencia hasta el 31 de julio de 2010; y que lo anterior, guarda concordancia con el principio de la sostenibilidad financiera.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 24 de noviembre de 2021, dicto **sentencia absolutoria.**

En síntesis, refirió la A Quo que, si bien está acreditado que el actor laboró por 20 años y 18 días con la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, no se demostró que el contrato de trabajo hubiese terminado por mutuo acuerdo, deficiencia que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2020-00043 -01.

Demandante: **HUMBERTO DE JESÚS OCAMPO GALLEGO.**

Demandado: **U.G.P.P.**

impide reconocer la prestación conforme a lo establecido en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora** señaló que en el plenario obra comunicación del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en la que se hace alusión al expediente administrativo del actor, el que también fue remitido por la U.G.P.P., donde consta la forma terminación del contrato de trabajo de éste.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 25 de enero de 2022, se admitió el recurso de apelación. Así mismo y en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que el **problema jurídico** a resolver, se circunscribe a determinar si hay lugar al reconocimiento y pago de la pensión de que trata el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, teniendo en consideración que la relación laboral finiquitó mediante audiencia de conciliación.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2020-00043 -01.

Demandante: **HUMBERTO DE JESÚS OCAMPO GALLEGO.**

Demandado: **U.G.P.P.**

Pensión sanción.

El artículo 8° de la Ley 171 de 1961 establece que el trabajador que sea despedido sin justa causa después de 10 años de servicios y menos de 15, tendrá derecho a la pensión; que ésta se paga cuando el trabajador cumpla los 60 años de edad, o cuando acredite 50 años, siempre y cuando hubiere laborado más de 15 años de servicios; que si el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión a partir de los 60 años, siempre y cuando tenga más de 15 años de servicios; que la cuantía es directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del C.S.T.; y que se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

La norma en comento expresamente establece:

“ARTÍCULO 8°._ El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2020-00043 -01.

Demandante: **HUMBERTO DE JESÚS OCAMPO GALLEGO.**

Demandado: **U.G.P.P.**

En todos los demás aspectos de la pensión aquí prevista se registrá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación.

PARÁGRAFO. Lo dispuesto en este artículo se aplicará también a los trabajadores ligados por contrato de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados, en los mismos casos allí previstos y con referencia a la respectiva pensión plena de jubilación oficial”.

Frente al cumplimiento de la edad exigida en dicha norma, debe recordarse que ello se torna simplemente en un requisito de *exigibilidad* del derecho, tal como lo subrayó el *A quo*, y ha sido reiterado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL13284-2014, SL6446-2015, SL019-2022, por mencionar algunas; en esta última se dijo:

“En ese orden, debe memorarse que esta Sala de la Corte, en innumerables providencias ha indicado que, cuando se trata de determinar el acceso a una pensión, la regla general es que, la norma aplicable es la vigente al momento en que se causa el derecho; y en el evento de las pensiones restringidas de jubilación por retiro voluntario, las mismas se consolidan cuando se acrediten los requisitos concernientes al tiempo de servicios y el retiro, en tanto el arribo a la edad solo constituye una condición que permite su exigibilidad (Ver sentencia CSJ SL12422-2017)”.

Por otra parte, se destaca que según lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, las pensiones de jubilación reguladas en la Ley 171 de 1961, bien sea la originada con el despido injusto del trabajador o la restringida por retiro voluntario, no fueron derogadas ni remplazadas por la de vejez que asumió el I.S.S. conforme a la Ley 90 de 1946, puesto que constituyen obligaciones económicas cuyo deudor exclusivo es el empleador, de modo que puede estructurarse hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Lo dicho, por la potísima razón de que la prestación restringida de jubilación contiene un carácter subjetivo, el cual clama por la estabilidad laboral de los trabajadores y que sanciona al empleador que los despide, luego de una cantidad considerable de años de servicios, por lo que resulta claro que no fue concebida para cubrir el riesgo de vejez, y así fue

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2020-00043 -01.

Demandante: **HUMBERTO DE JESÚS OCAMPO GALLEGO.**

Demandado: **U.G.P.P.**

recientemente reiterado y precisado en sentencia SL4374-2020 reiterada en la SL5268-2021, en las que se señaló:

“Así lo ha adoctrinado esta Corporación, entre otras razones porque esta prestación tiene un carácter subjetivo, es decir, no fue instituida precisamente para cubrir el riesgo de vejez sino para garantizar la estabilidad del trabajador o para reprimir al empleador que despedía a sus colaboradores después de muchos años de servicio, con cuyo proceder se enervaba el nacimiento pleno de sus derechos pensionales.

(...) Paralelamente, es oportuno recordar que la causación de la pensión restringida de jubilación puede estructurarse, hasta antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, con la observancia del tiempo mínimo de servicios y de la causa del retiro conforme lo previsto en la Ley 171 de 1961”.

Del mismo modo, es necesario resaltar que la aludida Corporación ha considerado que **la terminación del contrato de trabajo expresado en acta de conciliación equivale a un finiquito por mutuo acuerdo**, y por ende, a un retiro voluntario. Sobre el punto en sentencia del 06 de septiembre de 2011, rad. 45.545, reiterada en la SL3236-2019, se dijo:

“De otro lado, esta Corporación ha adoctrinado, que para efectos del derecho a la pensión restringida por retiro voluntario consagrada en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, el <mutuo acuerdo> plasmado en una conciliación con el cual se da por terminado el contrato de trabajo, como en esta ocasión acontece, puede entenderse como un retiro voluntario, en cuanto hay un acto de voluntad del trabajador tendiente a finalizar el vínculo jurídico. Así en la sentencia de 16 de julio de 2001 radicación 15555, reiterada en casación del 12 de diciembre de 2007 radicado 29938, se explicó lo que a continuación se transcribe:

“(…) Con todo, los cargos tampoco estarían llamados a la prosperidad, por cuanto de tiempo atrás ha sostenido la Corte que partiendo del supuesto de ser el contrato de trabajo un acuerdo de voluntades, y de que el trabajador, como sujeto de derechos tiene capacidad para celebrarlo e igualmente para terminarlo, ni su celebración ni su terminación pueden ser entendidas como actos en los cuales él es mirado como un objeto que pasivamente se somete a las decisiones de aquél con quien contrata. La dignidad que como ser humano tiene el trabajador obliga a rechazar cualquier concepción doctrinaria que dé base para concluir que el trabajador no está en condiciones de deliberar en un momento dado si le conviene o no permanecer bajo un determinado vínculo contractual, y mucho menos que tenga la obligación de aceptar cualquier propuesta, por bien intencionada que ella sea, de su patrono, y que no le es lícito discutirla o proponer fórmulas de arreglo diferentes, bien sea

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2020-00043 -01.

Demandante: **HUMBERTO DE JESÚS OCAMPO GALLEGO.**

Demandado: **U.G.P.P.**

para seguir trabajando o para dejar de hacerlo y terminar por mutuo consentimiento el contrato de trabajo.

“Una propuesta de acuerdo que haga un empleador puede estar inspirada por la mejor de las intenciones y ser en verdad la más benéfica para los trabajadores; sin embargo, en la medida en que el trabajador no la acepte, por no considerarla conveniente a sus propios intereses -y así su juicio pueda resultar a la postre equivocado-, no puede serle impuesta. Si el empleador estuviera en condiciones de imponer su voluntad sobre la del trabajador, sin que a éste le fuera lícito expresar su propio punto de vista, so pena de incurrir en un acto de grave indisciplina o deslealtad o infidelidad hacia su empleador, se le estaría negando su condición de ser racional, libre y digno. El trabajador tiene derecho a tomar sus propias decisiones y si se equivoca sufrirá las consecuencias de su error; pero, y en la medida en que el patrono no representa sus intereses, a él, como asalariado, siempre le será legalmente posible discutir las condiciones de empleo o de retiro del trabajo.

Lo anterior para significar que en casos como el sub examine, cuando trabajador y empleador deciden a través de un acta de conciliación celebrada ante el funcionario competente, terminar la relación laboral por mutuo consentimiento, es acertado afirmar que en esta decisión, no obstante presentarse una oferta económica por parte del empleador, medió la voluntad del asalariado para finiquitar ese vínculo contractual, circunstancia que no desdibuja el retiro voluntario a que se refiere el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, al exigirlo para la configuración de la pensión de jubilación restringida después de quince años de servicio.”

DEL CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente y, por ende, no son objeto de controversia los siguientes hechos: **i)** El nacimiento de señor Humberto de Jesús Ocampo Gallego el 12 de noviembre de 1956 (fl. 22); **ii)** la prestación de servicios por parte del actor al servicio de la Caja de Crédito, Agrario, Industrial y Minero del 28 de septiembre de 1975 al 15 de octubre de 1991, esto es, 16 años y 17 días (fls. 26 a 30); **iii)** la terminación de mutuo acuerdo del contrato de trabajo del demandante, esto es, a través de la suscripción del acta de conciliación entre las partes, el día 16 de octubre de 1991 (fls.71 y 72); y **iv)** la solicitud por parte del demandante el 14 de agosto de 2019 de una pensión proporcional de jubilación, que le fue negada mediante Resolución RDP 035937 del 28 de noviembre de 2019 (fls. 18 a 21).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2020-00043 -01.

Demandante: **HUMBERTO DE JESÚS OCAMPO GALLEGO.**

Demandado: **U.G.P.P.**

Teniendo en cuenta los hechos probados en el plenario, así como la prueba recaudada al interior del mismo, lo primero por recordar es que la terminación del contrato de trabajo del accionante obedeció a la suscripción de un acta de conciliación, lo que constituye según lo señalado en la jurisprudencia citada en referencia un retiro voluntario; por lo que, en tal entendido y contrario a lo afirmado por el A Quo , debe concluirse que, al acreditarse dicha circunstancia y que además el actor tenía más de 15 años de servicios a órdenes de la Caja de Crédito, Agrario, Industrial y Minero a la fecha de fenecimiento del vínculo, resulta ser acreedor de la pensión proporcional de jubilación de que trata el artículo 8 de la Ley 171 de 1961.

Así las cosas, y dado que el accionante nació el 12 de noviembre de 1956, cumplió la edad de 60 años, el mismo día y mes de 2016, por lo que, a partir de tal fecha se debió efectuar el reconocimiento prestacional. Por tanto, **se REVOCARÁ** la sentencia, y en su lugar se dispondrá el reconocimiento pensional a partir de la fecha aludida.

Monto de la pensión.

Al respecto, se hace necesario recordar que para liquidar la prestación deprecada deben tenerse en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, los que deben verificarse de conformidad con el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de la misma anualidad. Al punto, en la providencia SL123-2020 reiterada en la SL2852-2022, se determinó:

“[...]Pues bien, la posición puesta de presente por el censor, en puridad de verdad, es contraria a lo que tiene adocinado de vetusta esta Sala. Es así como en diversas providencias en las que se ha debatido el mismo tema, ha definido que la pensión restringida de jubilación se debe liquidar con los factores que sirvieron de base para hacer los aportes en el último año y que son los expresamente enunciados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 del mismo año. Entre otras, en la proferida el pasado 22 de mayo, CSJ SL2160-2019, reiterada en la CSJ SL2983-2019, se explicó:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2020-00043 -01.

Demandante: **HUMBERTO DE JESÚS OCAMPO GALLEGO.**

Demandado: **U.G.P.P.**

Tampoco puede afirmarse que existe yerro alguno en dicho proceder, pues de conformidad con el párrafo del artículo 8° la Ley 171 de 1961 y el 74 del Decreto 1848 de 1969, en atención a que la pensión sanción reconocida al demandante, se causó el 1 de junio de 1992, el salario de liquidación de esta, debe determinarse con relación al que le habría correspondido en el evento de reunir los requisitos exigidos para gozar de la pensión plena, que, para ese momento, era la consagrada en la Ley 33 de 1985, la cual, dispone en su artículo 1, que el salario a tener en cuenta es el que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, siendo los factores de este los que se indican en el artículo 3 ibídem, modificado por el canon 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 (CSJ SL 2748-2018). (...).

Así las cosas, para la liquidación de la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario deben tenerse en cuenta los siguientes factores salariales: *“la asignación básica, los gastos de representación, las primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, los dominicales y feriados, las horas extras, la bonificación por servicios prestados, y el trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio”*.

Por tanto, y efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, de conformidad con la certificación de tiempos laborados CETIL obrante a folios 26 a 30, se encuentra que el valor del **I.B.L.** es la suma de **\$157.228,92**:

AÑOS	FACTORES SALARIALES (Salario + Prima antigüedad)
16/10/1990	\$ 153.174,00
1/11/1990	\$ 153.174,00
1/12/1990	\$ 153.174,00
1/01/1991	\$ 153.174,00
1/02/1991	\$ 156.706,00
1/03/1991	\$ 160.239,00
1/04/1991	\$ 160.239,00
1/05/1991	\$ 160.239,00
1/06/1991	\$ 160.239,00
1/07/1991	\$ 160.239,00
1/08/1991	\$ 160.239,00
1/09/1991	\$ 160.367,00
15/10/1991	\$ 144.262,00
PROMEDIO	\$ 157.228,92

Sentado lo anterior, procede la Sala a verificar la tasa de reemplazo, la que proporcional a los días laborados, es del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2020-00043 -01.

Demandante: **HUMBERTO DE JESÚS OCAMPO GALLEGO.**

Demandado: **U.G.P.P.**

60,19% (5778 x 75%/7200), de modo que su primera mesada pensional equivaldría a **\$1'089.236,43**, según las siguientes operaciones aritméticas de rigor:

Salario	IPC inicial/91	IPC final/16	factor indexación	IBL
\$ 157.228,00	7,65	88,05	11,51	\$ 1.809.663,45
			Tasa reemplazo	60,19%
Valor pensión				\$ 1'089.236,43

Prescripción y mesada adicionales.

Como quiera que la pensión se causó a partir del 12 de noviembre de 2016, y que se solicitó ante U.G.P.P., la prestación el **14 de agosto de 2019**, esto es, antes de los tres años de que tratan los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., que la entidad demandada resolvió con la Resolución RDP 035937 del 28 de noviembre de 2019 (fls. 18 a 21), y se demandó el 15 de enero de 2020 (fl.1), resulta nítido que no operó el fenómeno extintivo de la prescripción de mesadas pensionales.

Igualmente resulta procedente el pago de la prestación sobre catorce mesadas anuales (ver SL5268-2021), como quiera que se causó antes de la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 (julio de 2005), norma que suprimió tal beneficio, pues recuérdese que la obligación nació el **15 de octubre de 1991**, fecha de terminación del contrato de trabajo con la Caja de Crédito, Agrario, Industrial y Minero; recuérdese que para los efectos de la pensión reconocida, la edad es sólo un requisito de exigibilidad, y no de causación (SL13284-2014, SL6446-2015, SL019-2022).

En consecuencia, se **CONDENARÁ** a U.G.P.P. al reconocimiento de la pensión de que trata el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 a partir del 12 de noviembre de 2016, teniendo en cuenta como mesada pensional la suma de \$1'089.236,43; prestación que deberá pagarse sobre catorce mesadas anuales.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2020-00043 -01.

Demandante: **HUMBERTO DE JESÚS OCAMPO GALLEGO.**

Demandado: **U.G.P.P.**

COMPARTIBILIDAD.

Siguiendo los lineamientos de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, se hace necesario recordar que en sentencias SL13032-2015, SL13757-2017, y SL019-2022, por mencionar algunas, que se ha dispuesto que la pensión sanción prevista en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, tratándose de trabajadores afiliados al I.S.S. estuvo a cargo exclusivo de los empleadores hasta cuando entró a regir el Acuerdo 029 de 1985, por lo que a partir de la vigencia de tal norma, 17 de octubre de 1985, las pensiones proporcionales de jubilación son objeto de compartibilidad, a menos que se pacte por parte del trabajador y el empleador situación contraria mediante convención colectiva de trabajo, laudo arbitral, etc.

En ese orden de ideas, conviene precisar que, en caso de que COLPENSIONES hubiere o llegare a reconocer una pensión de vejez al actor se producirá su compartibilidad, de modo que, el ente de seguridad social asumirá el valor de dicha prestación y el aquí demandado apenas continuará pagando al actor, el mayor valor entre la pensión restringida de jubilación y la de vejez, si lo hubiere.

INDEXACIÓN.

La Sala considera que hay lugar a ordenar el reconocimiento de las mesadas que se causen desde el 12 de noviembre de 2016, debidamente indexadas, al verse sometidas a la pérdida del poder adquisitivo (SL194-2019 y SL3397-2020).

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en ambas instancias a cargo de la U.G.P.P.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2020-00043 -01.
Demandante: **HUMBERTO DE JESÚS OCAMPO GALLEGO.**
Demandado: **U.G.P.P.**

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar, se **CONDENA** a la U.G.P.P. a reconocer a favor de HUMBERTO DE JESÚS OCAMPO GALLEGO la pensión proporcional de jubilación de que trata el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, en cuantía de \$1'089.236,43, a partir del 12 de noviembre de 2016; prestación que deberá pagarse sobre catorce mesadas anuales, y debidamente indexada al momento de hacerse efectivo su pago. En caso de que COLPENSIONES hubiere o llegare a reconocer una pensión de vejez al actor se producirá su compartibilidad, de modo que, el ente de seguridad social asumirá el valor de dicha prestación y el aquí demandado apenas continuará pagando al actor, el mayor valor entre la pensión restringida de jubilación y la de vejez, si lo hubiere.

SEGUNDO. – Costas en ambas instancias a cargo de la U.G.P.P.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-006-2020-00043 -01.

Demandante: **HUMBERTO DE JESÚS OCAMPO GALLEGO.**

Demandado: **U.G.P.P.**



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de la U.G.P.P.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2020-00103 -01.

Demandante: **DAGOBERTO VANEGAS USECHE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a revolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas, así como estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **DAGOBERTO VANEGAS USECHE** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare la ineficacia o nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A.; y que siempre ha permanecido en el régimen de prima media. Como consecuencia de lo anterior, solicita que PORVENIR S.A. traslade a COLPENSIONES los aportes, bonos pensionales, sumas

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2020-00103 -01.

Demandante: **DAGOBERTO VANEGAS USECHE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

adicionales, así como frutos e intereses, que hubiere recibido el fondo privado; y COLPENSIONES acepte el traslado del actor, actualice y corrija su historia laboral.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

COLPENSIONES (fls. 55 a 74), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y la innominada o genérica.

Mediante auto del 25 de junio de 2021, se dispuso tener por NO CONTESTADA la demanda por parte de **PORVENIR S.A.** (fls. 121 a 123).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

La A Quo dictó sentencia condenatoria el 24 de noviembre de 2021, declarando que el traslado del actor a PORVENIR S.A., fue ineficaz y, por consiguiente, no produjo efectos jurídicos; que el actor se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación, sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas. Igualmente, señaló que PORVENIR S.A., debe trasladar a COLPENSIONES todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual del demandante en esa entidad, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses, sin

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2020-00103 -01.

Demandante: **DAGOBERTO VANEGAS USECHE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

autorizar a PORVENIR S.A. a efectuar descuento alguno, ni siquiera a título de gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos por de su propio patrimonio; que COLPENSIONES debe recibir el traslado de fondos que efectúe PORVENIR S.A., y convalidarlos en la historia laboral del demandante, para los efectos de la densidad de cotizaciones a que haya lugar en ese sistema. Condenó en costas a las demandadas.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PORVENIR S.A.

Expresó que el deber de información no hace parte de los requisitos de la esencia del acto jurídico del acto de afiliación, pues lo único que podría desacreditarlo son conductas dolosas desplegadas por el fondo o el empleador, afectando el principio de libre escogencia de régimen pensional; que el demandante aceptó que firmó de manera libre y voluntaria su afiliación; que además del formulario, el actor rindió interrogatorio de parte, en el que señaló que tenía conocimientos en derecho, pues estaba estudiando Derecho- no era afiliado lego-, así como señaló aspectos de que podía pensionarse anticipadamente, recibió una asesoría de dos horas y media, y señaló estar conforme con el servicio de PORVENIR S.A.; que el demandante tenía el deber de asesorarse y conocer las implicaciones de su traslado, no era dable esperar, pues por el contrario esto resulta un acto de ratificación, en adición a transmitir su conformidad con el fondo; que condenar a entregar gastos de administración a COLPENSIONES supone un enriquecimiento sin causa, pues no adelantó ninguna gestión, por demás que tienen un destino específico, y fue invertida conforme a lo que establece la ley; y que lo anterior, la decisión desconoce el principio de las restituciones mutuas.

COLPENSIONES

Señaló que el actor estuvo una densidad considerable de años que no denotan inconformidad, pues sólo el actor mostró esta ad portas de su pensión, lo que permite colegir la ratificación, y en consecuencia, que existieron actos de relacionamiento.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 28 de febrero de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de éstas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2020-00103 -01.

Demandante: **DAGOBERTO VANEGAS USECHE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2020-00103 -01.

Demandante: **DAGOBERTO VANEGAS USECHE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2020-00103 -01.

Demandante: **DAGOBERTO VANEGAS USECHE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

b) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

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

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

c) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

“2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2020-00103 -01.

Demandante: **DAGOBERTO VANEGAS USECHE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Posteriormente **y Respecto de los actos de relacionamiento**, en la sentencia SL6588-2021, expuso:

“Ahora, debe aclararse que si bien la Corte ha considerado que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2020-00103 -01.

Demandante: **DAGOBERTO VANEGAS USECHE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

de la persona de realizar una afiliación o bien desafiliarse del régimen o ente anterior (CSJ SL413-2018), y desde luego de permanecer en el fondo de su elección, esto es pertinente en un contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafiliación o se discute la materialización del acto jurídico.

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de ineficacia. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso - y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales.

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

Finalmente, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2020-00103 -01.

Demandante: **DAGOBERTO VANEGAS USECHE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

retracto, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** El demandante se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 02 de febrero de 1983 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 44 a 47; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., el 19 de julio de 1996 (fl. 243); y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2020-00103 -01.

Demandante: **DAGOBERTO VANEGAS USECHE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Media el 16 de enero de 2020, ante PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, respectivamente, las que respondieron de forma negativa tal solicitud (fls. 20 a 35).

A folio 243 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 19 de julio de 1996 con PORVENIR S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente A.F.P. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, pues únicamente dio cuenta que el fondo privado le informó que podría pensionarse de manera anticipada, ya que sus aportes generarían rendimientos que permitirían tal circunstancia; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para éste, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Tampoco se considera que el demandante pudiera conocer las implicaciones de su traslado por tener al momento de su

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2020-00103 -01.

Demandante: **DAGOBERTO VANEGAS USECHE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

traslado estudios en Derecho, y manifestar que conocía algunas características del sistema pensional, pues tal situación no eximía a la administradora de cumplir con su deber de información, más aún cuando el actor según su interrogatorio manifiesta que las dudas que presentó nunca fueron absueltas, pues los promotores del fondo privado, le dijeron que con posterioridad le responderían sus preguntas, y que ello, nunca ocurrió, por demás que el actor señaló que su afiliación fue consecuencia de una orden del Alcalde del municipio de Yacopi – lugar donde empezó a prestar sus servicios- y su especialidad era Buen Gobierno y Desarrollo Territorial.

Lo dicho, encuentra asidero en la sentencia SL SL1949-2021, donde se manifestó:

“Tampoco puede tener justificación la circunstancia que la accionante tuviera como profesión la abogacía, pues independiente del grado de escolaridad, experiencia, edad o condición personal del afiliado, es obligación de las administradoras de pensiones brindar la debida información, lo cual no solo debe incluir las ventajas, sino la especificación de los diferentes escenarios o posibles consecuencias de tal decisión”.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la A Quo en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, al no haber arrojado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar al señor VANEGAS USECHE en el traslado que éste realizó el 19 de julio de 1996, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2020-00103 -01.

Demandante: **DAGOBERTO VANEGAS USECHE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razón por la cual se **MODIFICARÁ el numeral cuarto de la sentencia a fin de ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, dentro de los valores que debe trasladar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de los aportes, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos, intereses, y gastos de administración, también se debe devolver **las sumas pagadas por concepto de comisiones, seguros previsionales, y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados;** recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 de 2019, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2020-00103 -01.

Demandante: **DAGOBERTO VANEGAS USECHE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado y que la misma lógica debe aplicarse a la *prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional*, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles. (Al respecto véanse las sentencias SL 1688-2019 Rad. 68838; SL 1689-2019 y SL 687-2021).

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. No se imponen a COLPENSIONES por considerarse un tercero ajeno al traslado del accionante.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2020-00103 -01.

Demandante: **DAGOBERTO VANEGAS USECHE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral cuarto** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe trasladar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de las cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos, intereses, y gastos de administración, también se debe devolver **las sumas pagadas por concepto de comisiones, seguros previsionales, y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados;**

SEGUNDO. – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. – Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2020-00103 -01.

Demandante: **DAGOBERTO VANEGAS USECHE.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de PORVENIR S.A.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Alejandra Henao Palacio', is centered on the page.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Dagoberto Vanegas Useche
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**017-2020-00103-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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

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

Código de verificación: **1dadf4d595d325b00094745afbbe4ba7284f584fbc6a62b2ede449007934bf9b**

Documento generado en 11/10/2022 06:33:38 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **LUIS EMILIO LÓPEZ CORREA** promoviese contra **COLPENSIONES.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte actora solicita se declare que COLPENSIONES debe pagar la pensión vitalicia de vejez a partir del 15 de enero de 2016, teniendo en cuenta todo el tiempo en el que laboró con COSERVICREA LTDA. Igualmente, solicita intereses moratorios, e indexación

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó que: **1)** Nació el 15 de enero de 1954; **2)** Se afilió al I.S.S. el 09 de febrero de 1981 y se trasladó al RAIS, a través de PORVENIR

SA , , el 10 de agosto de 1995; **3)** Retornó a COLPENSIONES, no obstante, sus aportes se entregaron de manera parcial; **4)** Laboró para COSERVICREA LTDA del 28 de marzo de 1994 al 31 de mayo de 2008; **5)** Al parecer se omitió cobrar los siguientes aportes: 01-01-1995 al 31-12-1995; 01-01-1996 al 31-12-1996; 01-01-1997 al 31-12-1997; 01-01-1998 al 31-12-1998; 01-01-1999 al 30-06-1999; 01-08-1999 al 31-08-1999; 01-10-1999 al 31-12-1999; 01-05-2000 al 31-12-2000; 01-01-2001 al 31-03-2001; 01-05-2001 al 31-12-2001; 01-01-2002 al 30-11-2002; 01-11-2003 al 30-11-2003; 01-12-2004 al 31-12-2004; y 01-01-2006 al 31-01-2006; **6)** Es beneficiario del régimen de transición; **7)** Solicitó ante COSERVICREA LTDA el pago de los aportes, quien adjuntó los que tenía en su archivo; y **8)** El 08 de enero de 2020 solicitó ante COLPENSIONES la actualización de su historia laboral, quien adujo que faltaba que PORVENIR S.A. remitiera algunos periodos.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

COLPENSIONES (archivo 6), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas, y declaratoria de otras excepciones.

Expuso que el demandante al 21 de octubre de 2020, cuenta con un total de 1094,71 semanas cotizadas, por lo que, no alcanza los requisitos para que haya lugar a una pensión de vejez, esto es, 1300 semanas; que si los aportes se encuentran en PORVENIR S.A., es ésta entidad la que debe proceder a su pago; y que en caso de no pago, es el empleador quien deben justificar el motivo por el que no ha cumplido tal deber, pues es quien tiene en su cabeza el deber de afiliación y de realizar los aportes a seguridad social de su trabajador.

2.1. VINCULACIÓN PORVENIR S.A. Y COOSERVICREA LTDA

Mediante auto del 09 de febrero de 2021 se dispuso la vinculación de **PORVENIR S.A. y COOSERVICREA LTDA.** (archivo 10), quienes señalaron lo siguiente:

COOSERVICREA LTDA. (archivo 13), no se opuso a las pretensiones de la demanda, no obstante, propuso como excepciones de mérito las que denominó, cumplimiento de las 1300 semanas, prescripción, cobro de lo no debido, responsabilidad del fondo de pensiones por la falta de cobro frente al empleador, buena fe, de la posibilidad de cobro de las contribuciones parafiscales por parte de los fondos de pensiones, y la entidad administradora de la pensión tiene la carga de reconocer la prestación económica.

Adujo que al demandante siempre le pagó la totalidad de aportes durante el tiempo que laboró con él; y que es la entidad de pensiones quien debe actualizar y corregir la historia laboral del demandante.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (archivo 15), tampoco se opuso a las pretensiones de la demanda, no obstante, propuso como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación, prescripción, y buena fe.

Expuso que el actor estuvo afiliado a PORVENIR S.A. del 01 de septiembre de 1995 al 31 de diciembre de 2002; que el 13 de noviembre de 2002 el demandante se afilió nuevamente a COLPENSIONES, con efectos a partir del 01 de enero de 2003; que trasladó la totalidad de aportes que recibió a nombre del demandante; y que, si hay lugar a la pensión, esta debe ser reconocida por parte COLPENSIONES, pues cuenta con las correspondientes acciones de cobro.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 10 de noviembre de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

PRIMERO: CONDENAR a COOSERVICREA LTDA a pagar a COLPENSIONES, a través de cálculo actuarial que efectuó Colpensiones el valor de las cotizaciones correspondientes a los siguientes periodos omitidos: enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio y julio de 1995; abril y noviembre de 1996; mayo de 1997; septiembre, octubre y diciembre del año 2001; enero, febrero, abril, mayo, diciembre de 2002 y el mes de noviembre de 2003, tenido como ingreso de cotización el salario mínimo de la época.

SEGUNDO: CONDENAR a COOSERVICREA LTDA a pagar a COLPENSIONES, a través de cálculo actuarial, los aportes de los días faltantes para completar 30 días de cotización mensual, así:

AÑO	MES	DIAS A CANCELAR/POR CALCULO ACTUARIAL
1995	SEPTIEMBRE	25
	OCTUBRE	25
	NOVIEMBRE	20
	DICIEMBRE	20
1996	ENERO	29
1998	ENERO	20
	MARZO	3
	ABRIL	10
	MAYO	29
	JUNIO	20
2000	ENERO	20
2000	JUNIO	6
2001	JULIO	6

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES el dinero recaudado por concepto de aportes del demandante en los periodos: diciembre de 1999; enero, febrero, marzo, y abril del 2000.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES actualizar la historia laboral del demandante.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez, a partir del 01 de octubre de 2020, en cuantía inicial del S.M.M.L.V equivalente a la suma de \$877.802 y por trece mesadas.

SEXTO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar al demandante el retroactivo causado junto con los ajustes de ley, debidamente indexadas conforme al IPC certificado por el DANE.

SÉPTIMO: CONDENAR en COSTAS a las codemandadas, inclúyase como agencias en derecho la suma de \$500.000 en cabeza de cada una.

En síntesis, refirió que se confesó en los alegatos de conclusión que el demandante laboró al servicio de COSERVICREA LTDA. del 28 de marzo de 1994 al 31 de mayo de 2008; que no está acreditado el pago por parte de

COOSERVICREA LTDA., de los respectivos meses y años señalados en la parte resolutive de la sentencia, por lo que dada su calidad de empleador, hay lugar a que efectúen tales pagos; que por las mismas razones le corresponde al empleador asumir los periodos en que la cotización se efectuó de forma incompleta; que PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES el dinero recaudado por concepto de aportes del demandante en los periodos de diciembre de 1999, enero, febrero, marzo, y abril del 2000, pues no existe constancia de su devolución; que con los tiempos aludidos el demandante acredita 1493 semanas, y cumplió 62 años el 01 de octubre de 2020, por lo que, habría lugar a una pensión de vejez desde tal fecha; y que no hay lugar a intereses moratorios, pues solo hasta el juicio se determinó la falta de pago de los aportes a seguridad social.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

COSERVICREA LTDA., expuso que no efectuó confesión alguna, pues no se practicó interrogatorio de parte, y en la contestación de la demanda se manifestó que al accionante se le pagaron los tiempos cuando realmente laboró, lo que se pagó; que es carga probatoria del accionante probar los extremos temporales que se señalaron en la demanda; y que está prescrito el cálculo actuarial, pues el último periodo laborado es de 2003, es de más de 10 años, siendo su término de cinco años conforme jurisprudencia del Consejo de Estado.

PORVENIR S.A., adujo que los periodos condenados no se registran, no fueron pagados por su empleador, por lo que la responsabilidad de estos, estaría en cabeza de éste; y que por lo anterior, no se podría imponer costas, por demás que la presunta falta de pago de aportes proviene del empleador.

COLPENSIONES argumentó que no cuenta con los aportes para pagar la pensión, de modo que, deberán primero allegarse los aportes previo cálculo actuarial; y que se debieron establecer

los extremos temporales con el empleador, para verificar si había lugar al pago de los aportes.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 28 de febrero de 2021, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y S.S., la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si se encuentra acreditado que el señor Luis Emilio López Correa laboró al servicio de COOSERVICREA LTDA. entre el 28 de marzo de 1994 hasta el 31 de mayo de 2008; y en consecuencia, si hay lugar a ordenar el reconocimiento de un cálculo actuarial a cargo del empleador aludido; y el pago de una pensión de vejez a favor del actor.

Del contrato de trabajo.

Para determinar si el carácter de la vinculación es de naturaleza laboral, se debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo¹, correspondiéndole a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo² y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción, tal y como lo ha asentado la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada el 03 de agosto de 2017, Rad. 49290, entre muchas otras.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción. (Ver entre otras la Sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017).

Igualmente, y en relación con la acreditación de los extremos temporales la misma corporación en sentencia del 24 de abril de 2012, Rad. 41890, reiterada en la SL16110-2015, ha establecido que dicha carga le corresponde a la parte actora: Así adoctrinó:

¹ Artículo 23 C.S.T. **ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES.** <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen".

² **ARTICULO 24. PRESUNCION.** <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo".

“Conviene decir, que de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado.

En el sub lite los demandados en ningún momento admitieron las fechas de ingreso y retiro que señaló el actor en el escrito de demanda inaugural, pues no se cuenta con confesión en este sentido, máxime cuando el Curador Ad litem que los representó al contestar el libelo demandatorio, manifestó no constarle y que se atenía a lo que se demostrara (folio 90 del cuaderno del Juzgado); y por consiguiente la carga de la prueba en el específico punto de los extremos temporales se mantuvo en cabeza del trabajador demandante, la cual no se desplazó a la parte accionada ni se invirtió, como lo quiere hacer ver la censura”.

DEL CASO CONCRETO.

No son motivo de controversia o están probados los siguientes hechos: **i)** COSERVICREA LTDA. afilió al demandante a pensiones a través del I.S.S. el 28 de marzo de 1994 (fls. 4 a 7); **ii)** COSERVICREA LTDA. efectuó pagos a pensión a favor del demandante de manera interrumpida, hasta el periodo de mayo de 2008 (fls. 4 a 9 y 20 a 31); **iii)** El 10 de junio de 1995 el actor se trasladó al Fondo de Pensiones y Cesantías Colpatria S.A. hoy PORVENIR S.A., retornado a COLPENSIONES el 10 de noviembre de 2002 (archivo 15); **iv)** El 26 de noviembre de 2019, COSEVICREA LTDA. en respuesta a derecho de petición elevada por el actor adjuntó las copias de las planillas de seguridad social por los periodos de 1996 a 2006 (fls. 32 a 139 y archivo 13); y **v)** El 08 de enero de 2020, el actor solicitó corrección de su historia laboral, al que se accedió parcialmente el 13 de enero de 2020 (fls. 140 a 144).

Pues bien. Evaluado el material probatorio arrimado al proceso, lo primero que la Sala debe decir es que le asiste razón al apoderado de la vinculada, en cuanto a que en la contestación

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2020-00232 -01
 Demandante: **LUIS EMILIO LÓPEZ CORREA.**
 Demandado: **COLPENSIONES.**

de la demanda, COSERVICREA LTDA., **no** aceptó la existencia de una relación laboral sin solución de continuidad entre el 28 de marzo de 1994 y el 31 de mayo de 2008, pues al momento de dar respuesta al hecho 5° referente a que había laborado durante tal periodo señaló que no era cierto, e hizo una relación detallada de los días en que se laboró y sobre los que se aportó, de la siguiente manera:

IDENTIFICACIÓN APORTANTE	RAZON SOCIAL	DESDE	HASTA	TOTAL SEMANAS COTIZADOS PARA COLPENSIONES	TOTAL DIAS COTIZADOS PARA COLPENSIONES	OBSERVACIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	28/03/1994	31/12/1994	39,86	279	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/05/1995	5/05/1995	0,71	5	COLPENSIONES

IDENTIFICACIÓN APORTANTE	RAZON SOCIAL	AÑO/MES	SEMANAS	OBSERVACIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	199509	4,29	PORVENIR
860062112-2	COSERVICREA LTDA	199510	4,29	PORVENIR
860062112-2	COSERVICREA LTDA	199511	4,29	PORVENIR
860062112-2	COSERVICREA LTDA	199512	4,29	PORVENIR
860062112-2	COSERVICREA LTDA	199601	4,29	PORVENIR
860062112-2	COSERVICREA LTDA	199602	4,29	PORVENIR
860062112-2	COSERVICREA LTDA	199603	4,29	PORVENIR

IDENTIFICACIÓN APORTANTE	RAZON SOCIAL	DESDE	HASTA	TOTAL SEMANAS COTIZADOS PARA COLPENSIONES	TOTAL DIAS COTIZADOS PARA COLPENSIONES	OBSERVACIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/04/1996	1/04/1996	0,14	1	COLPENSIONES

IDENTIFICACIÓN APORTANTE	RAZON SOCIAL	AÑO/MES	SEMANAS	OBSERVACIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	199605	4,29	PORVENIR
860062112-2	COSERVICREA LTDA	199606	4,29	PORVENIR
860062112-2	COSERVICREA LTDA	199607	4,29	PORVENIR
860062112-2	COSERVICREA LTDA	199608	4,29	PORVENIR
860062112-2	COSERVICREA LTDA	199609	4,29	PORVENIR
860062112-2	COSERVICREA LTDA	199610	4,29	PORVENIR
860062112-2	COSERVICREA LTDA	199612	4,29	PORVENIR

IDENTIFICACIÓN APORTANTE	RAZON SOCIAL	DESDE	HASTA	TOTAL SEMANAS COTIZADOS PARA COLPENSIONES	TOTAL DIAS COTIZADOS PARA COLPENSIONES	OBSERVACIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/01/1997	30/01/1997	4,29	30	COLPENSIONES

IDENTIFICACIÓN APORTANTE	RAZON SOCIAL	AÑO/MES	SEMANAS	OBSERVACIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	199702	4,29	PORVENIR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2020-00232 -01
 Demandante: **LUIS EMILIO LÓPEZ CORREA.**
 Demandado: **COLPENSIONES.**

IDENTIFICACIÓN APORTANTE	RAZON SOCIAL	DESDE	HASTA	TOTAL SEMANAS COTIZADOS PARA COLPENSIONES	TOTAL DIAS COTIZADOS PARA COLPENSIONES	OBSERVACIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/03/1997	30/03/1997	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/04/1997	30/04/1997	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/06/1997	30/06/1997	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/07/1997	30/07/1997	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/08/1997	30/08/1998	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/09/1997	30/09/1997	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/10/1997	30/10/1997	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/11/1997	30/11/1997	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/12/1997	30/12/1997	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/01/1998	1/01/1998	0,14	1	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/02/1998	28/02/1998	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/03/1998	10/03/1998	1,43	10	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/04/1998	26/04/1998	3,71	26	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/05/1998	20/05/1998	2,86	20	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/06/1998	1/06/1998	0,14	1	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/07/1998	30/07/1998	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/08/1998	30/08/1998	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/09/1998	30/09/1998	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/10/1998	30/10/1998	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/11/1998	30/11/1998	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/12/1998	30/12/1998	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/01/1999	30/01/1999	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/02/1999	10/02/1999	1,43	10	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/03/1999	10/03/1999	1,43	10	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/04/1999	30/04/1999	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/05/1999	30/05/1999	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/06/1999	30/06/1999	4,29	30	COLPENSIONES

IDENTIFICACIÓN APORTANTE	RAZON SOCIAL	AÑO/MES	SEMANAS	OBSERVACIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	199907	4,29	PORVENIR

IDENTIFICACIÓN APORTANTE	RAZON SOCIAL	DESDE	HASTA	TOTAL SEMANAS COTIZADOS PARA COLPENSIONES	TOTAL DIAS COTIZADOS PARA COLPENSIONES	OBSERVACIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/08/1999	30/08/1999	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/09/1999	30/09/1999	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/10/1999	30/10/1999	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/11/1999	28/11/1999	4,14	28	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/12/1999	30/12/1999	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/01/2000	26/01/2000	3,71	26	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/02/2000	28/02/2000	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/03/2000	30/03/2000	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/04/2000	30/04/2000	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/05/2000	29/05/2000	4,29	29	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/06/2000	30/06/2000	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/07/2000	30/07/2000	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/08/2000	30/08/2000	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/09/2000	30/09/2000	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/10/2000	30/10/2000	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/11/2000	30/11/2000	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/12/2000	30/12/2000	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/02/2001	28/02/2001	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/03/2001	30/03/2001	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/04/2001	30/04/2001	4,29	30	COLPENSIONES

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2020-00232 -01
 Demandante: **LUIS EMILIO LÓPEZ CORREA.**
 Demandado: **COLPENSIONES.**

IDENTIFICACIÓN APORTANTE	RAZON SOCIAL	AÑO/MES	SEMANAS	OBSERVACIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	200105	4,29	PORVENIR

IDENTIFICACIÓN APORTANTE	RAZON SOCIAL	DESDE	HASTA	TOTAL SEMANAS COTIZADOS PARA COLPENSIONES	TOTAL DIAS COTIZADOS PARA COLPENSIONES	OBSERVACIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/06/2001	30/06/2001	4,29	30	COLPENSIONES

IDENTIFICACIÓN APORTANTE	RAZON SOCIAL	AÑO/MES	SEMANAS	OBSERVACIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	200107	4,29	PORVENIR

IDENTIFICACIÓN APORTANTE	RAZON SOCIAL	DESDE	HASTA	TOTAL SEMANAS COTIZADOS PARA COLPENSIONES	TOTAL DIAS COTIZADOS PARA COLPENSIONES	OBSERVACIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/08/2001	28/08/2001	4,14	28	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/11/2001	30/11/2001	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/03/2002	30/03/2002	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/06/2002	30/06/2002	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/07/2002	30/07/2002	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/08/2002	30/08/2002	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/09/2002	1/09/2002	143	1	COLPENSIONES

IDENTIFICACIÓN APORTANTE	RAZON SOCIAL	AÑO/MES	SEMANAS	OBSERVACIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	200211	4,29	PORVENIR

IDENTIFICACIÓN APORTANTE	RAZON SOCIAL	DESDE	HASTA	TOTAL SEMANAS COTIZADOS PARA COLPENSIONES	TOTAL DIAS COTIZADOS PARA COLPENSIONES	OBSERVACIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/01/2003	30/01/2003	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/02/2003	28/01/2003	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/03/2003	30/03/2003	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/04/2003	30/04/2003	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/05/2003	1/05/2003	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/06/2003	30/06/2003	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/07/2003	30/07/2003	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/08/2003	30/08/2003	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/09/2003	30/09/2003	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/10/2003	30/10/2003	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/12/2003	31/12/2003	4,29	30	COLPENSIONES

IDENTIFICACIÓN APORTANTE	RAZON SOCIAL	DESDE	HASTA	TOTAL SEMANAS COTIZADOS PARA COLPENSIONES	TOTAL DIAS COTIZADOS PARA COLPENSIONES	OBSERVACIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/01/2004	31/01/2004	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/02/2004	28/02/2004	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/03/2004	30/03/2004	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/04/2004	30/04/2004	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/05/2004	30/05/2004	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/06/2004	30/06/2004	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/07/2004	30/07/2004	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/08/2004	30/08/2004	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/09/2004	30/09/2004	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/10/2004	30/10/2004	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/11/2004	30/11/2004	4,29	30	COLPENSIONES
860062112-2	COSERVICREA LTDA	1/01/2005	30/01/2005	4,00	28	COLPENSIONES
860062112-3	COSERVICREA LTDA	1/01/2006	2/01/2006	0,28	2	COLPENSIONES
			TOTAL SEMANAS	580,06		

Así mismo, al presentar alegatos de conclusión el apoderado de COSERVICREA LTDA. tampoco aceptó la existencia de la relación laboral sin solución de continuidad entre el 28 de marzo de 1994 y el 31 de mayo de 2008, por el contrario, expresamente señaló que *“los aportes que no se realizaron no (sic) fue porque no, porque hubo omisión por parte de COSERVICREA, sino porque no existió relación laboral, y la parte demandante no logró probar que en esos periodos hubiese existido la relación contractual que es la carga probatoria del demandante”*.

En reiterada jurisprudencia, el órgano de cierre de esta jurisdicción, ha sostenido el criterio de que el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es la relación de trabajo. Así, en la reciente sentencia SL463-2021, la Corte aclaró que la actividad efectiva, desarrollada en favor de un empleador, es la generadora de la obligación de aportar al sistema pensional a nombre del trabajador afiliado.

Sobre la mora del empleador, y la falta de cobro por parte de las Administradoras de Pensiones, se ha dicho que estas no pueden afectar al trabajador para el reconocimiento pensional (CSJ SL2984-2015, entre otras muchas), y que para que el empleador sea condenado a pagar los aportes, *“es necesario que existan pruebas razonables o inferencias plausibles sobre la existencia del vínculo laboral subordinado, bien bajo la égida de un contrato de trabajo o de una relación legal y reglamentaria. Es decir, los periodos que se reclaman al empleador deben tener sustento en una relación de trabajo real”* (CSJ SL463-2021),

Por lo tanto, no es dable tener por acreditado el elemento de la prestación del servicio por tiempos diferentes a los que el mismo empleador aceptó al momento de dar contestación de la demanda, pues el demandante no acreditó la existencia del vínculo laboral en periodos distintos a los reportados por el empleador a las entidades de seguridad social como laborados por el trabajador.

Así las cosas, se procede a verificar si durante los tiempos que la A Quo ordenó el pago de los periodos de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio y julio de 1995; abril y noviembre de 1996; mayo de 1997; septiembre, octubre y diciembre del año 2001; enero, febrero, abril, mayo, diciembre de 2002 y el mes de noviembre de 2003, como presuntamente omitidos por el empleador, es dable ordenar algún pago a cargo del empleador.

Al punto, sea lo primero indicar que en la historia laboral actualizada de COLPENSIONES se avizora que el demandante fue afiliado por COSERVICREA LTDA. el 28 de marzo de 1994, y que pagó sus aportes hasta el 31 de diciembre de 1994, sin que exista constancia que de enero a julio de 1995, el accionante prestó servicios a su favor, por lo que considera la Sala que no es dable ordenar al empleador su pago, pues no existe constancia ni testigo alguno que dé cuenta de la prestación del servicio del actor a favor de tal empleador durante tal periodo.

En cuanto al periodo de abril y noviembre de 1996, el empleador únicamente hace alusión a que se laboró un día en el periodo de abril, y que durante noviembre de 1996, no se prestó el servicio, **por lo que, únicamente sería dable endilgarle, dicho día al empleador;** no obstante, y al evidenciarse que desde septiembre de 1995 se estaban efectuando aportes, lo procedente no sería el pago de un cálculo actuarial, sino simplemente el pago de tal día como mora, pues en tales condiciones no es dable considerar que hubo falta de afiliación, tal como lo ha decantado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien en su jurisprudencia ha discernido la diferencia entre los fenómenos de la mora y la falta de afiliación al sistema. (Ver SL1078-2021 reiterada en la SL205-2022).

En lo que respecta al periodo de mayo de 1997, se verifica que COSERVICREA LTDA., presentó una novedad de retiro en abril de 1997, tal y como da cuenta la historia laboral obrante en

el expediente administrativo visible en el archivo 7. En suma, no se acreditó prestación del servicio, por lo que, dicho periodo tampoco es dable tenerlo en cuenta.

En lo referente a los periodos de septiembre, octubre y diciembre de 2001, enero, febrero, abril, mayo de 2002, y noviembre de 2003, tampoco se logró acreditar prestación del servicio del actor con COSERVICREA LTDA., por lo que, no es dable ordenar su pago. En cuanto al periodo de diciembre de 2002 aparece computado en la historia laboral de COLPENSIONES.

Por otra parte, la A Quo condenó al pago de los siguientes valores a COSERVICREA LTDA.: 1995, 25 días de septiembre, 25 días de octubre, 20 días de noviembre, y 20 días de diciembre; 1996, 29 días de enero; 1998, 20 días de enero, 3 días de marzo, 10 días de abril, 29 días de mayo, y 20 días de junio; 2000, 20 días de enero y 6 días de junio; y 2001, 6 días de julio.

Al respecto, avizora la Sala que, en septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1995, y enero de 1996, COSERVICREA LTDA. hace alusión a un trabajo por 4,29 días (30 días), y COLPENSIONES tiene como tiempo reportado por dicho empleador 5, 30, 30, 10 y 10 días respectivamente, por lo que en ese orden de ideas, le corresponde **al empleador únicamente pagar por el periodo de septiembre y diciembre de 1995, así como enero de 1996, 25, 20 y 20 días, respectivamente.** Al punto, se aclara que al obrar afiliación, se entiende que dichos periodos deben ser pagados como mora, y así se ordenará.

En cuanto al periodo de 1998, avizora la Sala que, en enero, marzo, abril, mayo y junio, COSERVICREA LTDA. hizo alusión a un trabajo de 1, 10, 26, 20, 1, días, y COLPENSIONES tiene como tiempo reportado por dicho empleador, 30, 30, 0, 0, y 0 días, por lo que le corresponde al **empleador reportar por enero y marzo 30 días, le corresponde pagar tal número de días; y al aceptar que se laboró 26, 20, y 1 días en abril, mayo y junio, le**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2020-00232 -01
Demandante: **LUIS EMILIO LÓPEZ CORREA.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

corresponde pagar dichos días. Al punto, se aclara que, al obrar afiliación, se entiende que dichos periodos deben ser pagados como mora, y así se ordenará.

En lo que respecta al año 2000, avizora la Sala que, en enero, y junio, COSERVICREA LTDA., hace referencia a un trabajo de 26 y 30 días, y COLPENSIONES tiene como tiempo reportado por dicho empleador, 30 días, por lo que, en ese orden de ideas, le corresponde al **empleador únicamente pagar 4 días de enero.** De igual manera que por los períodos anteriores, al obrar afiliación, se entiende que dichos periodos deben ser pagados como mora, y así se ordenará.

En lo atinente a 2001, encuentra la Sala que, en julio, COSERVICREA LTDA., hace alusión a un trabajo de 4,29 semanas (30 días), y COLPENSIONES tiene como tiempo reportado por dicho empleador, 30 días, por lo que, en ese orden de ideas, no hay lugar a imponer condena por tal periodo.

Así las cosas, se ordenará el pago de los aportes aludidos, recordando además que dichos aportes son una obligación de tracto sucesivo con miras a construir y alcanzar los requisitos para obtener una prestación del sistema general de pensiones, por lo que, se trata de un derecho mínimo que no está sujeto a término de **prescripción** luego en el punto no saldrá avante la apelación de la Cooperativa vinculada. (SL738-2018).

Por otra parte, la A Quo condenó a la A.F.P PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES el dinero recaudado por concepto de aportes del demandante en los periodos de diciembre de 1999; y enero, febrero, marzo, y abril del 2000; no obstante, en la historia laboral de COLPENSIONES ya se registran los aportes de enero, marzo y abril, por lo que, se entiende que dicho dinero ya fue recaudado por COLPENSIONES, no siendo así con **diciembre de 1999 y febrero de 2000**, por lo que, al no obrar constancia del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2020-00232 -01
Demandante: **LUIS EMILIO LÓPEZ CORREA.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

traslado a COLPENSIONES por parte de PORVENIR S.A., de dichos aportes, es procedente el pago de tales aportes.

Corolario de lo anterior, se **MODIFICARÁN los numerales primero y segundo** de la sentencia, en el sentido de establecer que COSERVICREA LTDA., únicamente deberá pagar los siguientes días en mora: 25 días de septiembre de 1995, 20 días de diciembre de 1995, 20 días de enero de 1996, 1 día de abril de 1996, 30 días de enero de 1998, 30 días de marzo de 1998, 26 días de abril de 1998, 20 días de mayo de 1998, 1 día de junio de 1998, y 4 días de enero de 2000.

Igualmente, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de establecer que PORVENIR S.A. únicamente deberá devolver a COLPENSIONES los periodos de **diciembre de 1999 y febrero de 2000.**

Pensión de vejez.

Como consecuencia de la anterior condena, resulta necesario verificar si se causa la pensión de vejez deprecada por el accionante, por lo que se hace necesario remitirse al **artículo 33** de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 que establece que para que haya lugar a dicha pensión se debe acreditar: 62 años de edad para el hombre, y que, a partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Pues bien, una vez revisada la historia laboral, se encuentra que en esta aparecen registradas 1094,71 semanas que sumadas a las 25,71, que estarían a cargo de COSERVICREA LTDA., se concluye que la demandante alcanzaría **1120,42 semanas**, tiempo insuficiente para causar la pensión de vejez. No obstante,

la Sala encuentra las siguientes imprecisiones en dicha historia laboral que permitiría sumar los siguientes tiempos:

1. En noviembre de 1999, enero de 2000, enero de 2006 y febrero de 2007, se reportaron por parte de COSERVICREA LTDA., 30 días, sin embargo, - y sin que se adviertan las razones por las cuales la entidad de pensiones lo hizo- únicamente procedió a incluir y contabilizar en la historia laboral 26, 29, 2, y 19 días respectivamente, por lo que, en ese orden de ideas, deben contabilizarse, **4, 1, 28, y 11 días, respectivamente**, esto es, 44 días, que equivalen a **6,29 semanas.**

2. Pese a que aparecen en “0” los aportes de septiembre de 1995 a junio de 1999, agosto a octubre de 1999, febrero de 2000, mayo de 2000 a marzo de 2001, mayo de 2001 a noviembre de 2002, COLPENSIONES señala en su historia laboral que dichos aportes sí fueron pagados por el empleador COSERVICREA LTDA, pero que fueron a devueltos por PORVENIR S.A. pues no se encontraba el accionante vinculado con COLPENSIONES sino con el R.A.I.S., por lo que, y existir certeza su pago por parte del empleador, es pertinente su contabilización, y en consecuencia teniendo en cuenta los días reportados durante los tiempos aludidos se tiene que existe un faltante de 1796 días, a los que deben restarse los tiempos que debe pagar COSERVICREA LTDA., que reportó en la aludida historia laboral, pues estos ya fueron contabilizados. En consecuencia, se tiene que el faltante es de 1671 días que equivale a **238,71 semanas.**

Así las cosas, el demandante alcanza un total de **1365,42 semanas**, tiempo suficiente para ser acreedor a una pensión de vejez, por lo que, se confirmará tal condena a cargo de COLPENSIONES.

Fecha de reconocimiento.

Para determinar la **fecha de reconocimiento** se hace necesario verificar si está acreditada la desafiliación al sistema del actor, pues el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos, que será necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar la misma, y que para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para este riesgo.

De esta manera, y dado que la última cotización que obra en el expediente data del periodo de **septiembre de 2020**, y la fecha de generación de la historia laboral obrante en el expediente administrativo es del **27 de octubre de 2020** (archivo 7), ello permite concluir, que el demandante siguió efectuando cotizaciones al sistema, de modo que aún no se encuentra desafiliado, y en consecuencia la fecha de reconocimiento no podrá ser otra que el momento a partir del cual se presente la novedad de retiro y por ende se efectúe la correspondiente desafiliación al sistema pensional. Lo anterior encuentra respaldo además en senda jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción laboral, quien en sentencias como las SL6159-2016 y SL5515-2016, ha dicho que, salvo algunas excepciones (Sentencia del 20 de octubre de 2009 Rad. 35605, y más recientemente en la SL4073-2020), cuando se está frente a una pensión de vejez de prima media administrada por el I.S.S., el disfrute está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

En consecuencia, se **REVOCARÁ PARCIALMENTE el numeral quinto** de la sentencia, en cuanto ordenó el pago de la pensión de vejez a partir del 01 de octubre de 2020 en cuantía de un salario mínimo, por trece mesadas, y se **REVOCARÁ el numeral sexto** de la sentencia, para en su lugar únicamente **DECLARAR** que el demandante tiene derecho a una pensión de vejez de conformidad con el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 que

modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, la que se deberá pagar a partir del día siguiente a la fecha de desafiliación o retiro del señor LUIS EMILIO LÓPEZ CORREA al sistema pensional, y que deberá liquidarse con el promedio de toda la vida laboral o el promedio de los últimos diez años, y reconocerse la que resulte más favorable, teniendo en cuenta para tal efecto lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993; en ningún caso la mesada pensional podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

Finalmente, se aclara que no es necesario que los días en mora que se condenan y que están a cargo de COSERVICREA LTDA., deban ingresar previamente a COLPENSIONES para que ésta pueda reconocer la prestación, pues sabido es que conforme al artículo 24 de la Ley 100 de 1993, ésta puede adelantar las correspondientes acciones de cobro, acción que no debe repercutir en la posibilidad de reconocer la pensión al afiliado, una vez, cuente con su retiro del sistema.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia conocida en apelación y Consulta, en el sentido de establecer que COSERVICREA LTDA., únicamente deberá **pagar los siguientes días como en mora** por la relación laboral que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2020-00232 -01
Demandante: **LUIS EMILIO LÓPEZ CORREA.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

sostuvo con LUIS EMILIO LÓPEZ CORREA: 25 días de septiembre de 1995, 20 días de diciembre de 1995, 20 días de enero de 1996, 1 día de abril de 1996, 30 días de enero de 1998, 30 días de marzo de 1998, 26 días de abril de 1998, 20 días de mayo de 1998, 1 día de junio de 1998, y 4 días de enero de 2000.

SEGUNDO. - MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia, en el sentido de establecer que PORVENIR S.A. únicamente deberá trasladar a COLPENSIONES los pagos de los periodos de **diciembre de 1999 y febrero de 2000.**

TERCERO.- REVOCAR PARCIALMENTE el numeral quinto de la sentencia, en cuanto ordenó el pago de la pensión de vejez a partir del 01 de octubre de 2020 en cuantía de un salario mínimo, por trece mesadas, **así como REVOCAR el numeral sexto** de la sentencia, para en su lugar **DECLARAR** que el demandante tiene derecho a una pensión de vejez de conformidad con el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, la que se deberá pagar a partir del día siguiente a la fecha de desafiliación o retiro del señor LUIS EMILIO LÓPEZ CORREA al sistema pensional, y que deberá liquidarse con el promedio de toda la vida laboral o el promedio de los últimos diez años, y reconocerse la que resulte más favorable, teniendo en cuenta para tal efecto lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993; en ningún caso la mesada pensional podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

CUARTO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

QUINTO.- Sin costas en esta instancia.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2020-00232 -01
Demandante: **LUIS EMILIO LÓPEZ CORREA.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2020-00393-01 y 02
Demandante: **ELENA FIGUEROA SALAMANCA.**
Demandado: **FUNDACIÓN PROSERVANDA Y PROSERVANDA SG-SST S.A.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 009.

Procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas demandadas contra el auto del 29 de septiembre de 2021 y la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de septiembre y el 19 de octubre de 2021, respectivamente, dentro del proceso ordinario laboral que **ELENA FIGUEROA SALAMANCA** promovió contra **FUNDACIÓN PROSERVANDA y PROSERVANDA SG-SST S.A.S.**

I. ANTECEDENTES

1.1. DEMANDA

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte actora pretende la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido con las demandadas, entre el 16 de mayo de 2016 y el 31 de mayo de 2020; y que la suma establecida en la cláusula 3° del contrato de trabajo por valor de \$1'500.000, es salario. Como

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2020-00393-01 y 02

Demandante: **ELENA FIGUEROA SALAMANCA.**

Demandado: **FUNDACIÓN PROSERVANDA Y PROSERVANDA SG-SST S.A.S.**

consecuencia de lo anterior, deprecia el reconocimiento y pago de las sumas no pagadas por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, sanción por no consignación de las cesantías, indemnización por despido sin justa causa, sanción moratoria, y aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

Como fundamento de sus pretensiones la demandante argumentó, en síntesis, que: **1)** El 16 de mayo de 2016 suscribió contrato de trabajo de obra o labor con FUNDACIÓN PROSERVANDA, para desempeñar el cargo de Profesional Especialista en Salud Ocupacional; **2)** El contrato tenía como fin la prestación del servicio de la atención a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Programa de Salud Ocupacional Región 2 afiliados a Médicos Asociados, que comprende territorialmente a Bogotá D.C, Cundinamarca, Casanare, Guaviare, Guainía, Vaupés, Amazonas y Vichada, de acuerdo con el contrato N°12076-003-2012 suscrito entre la FIDUPREVISORA, FOMAG, y la UT MEDICOLSALUD 2012; **3)** Devengaba \$2'000.000 más una suma pagada habitualmente por valor de \$1'500.000, estipulada en la cláusula 3° del contrato de trabajo; **4)** El 20 de noviembre de 2017 firmó contrato de trabajo a término indefinido con la FUNDACIÓN PROSERVANDA SGSST S.A.S. con idénticas condiciones que el anterior; **5)** En mayo de 2018 fue nombrada como Coordinadora del Sistema de Gestión Ambiental, cargo de mayor responsabilidad, pero sin incremento salarial; y **6)** Renunció el 22 de febrero de 2019 debido a los constantes incumplimientos de su empleador, quien desde marzo de 2018 dejó de pagar su salario y los aportes a seguridad social.

1.2. RESPUESTA A LA DEMANDA.

La **pasiva** (fls. 491 a 506), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación pretendida, buena fe, y la genérica.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2020-00393-01 y 02

Demandante: **ELENA FIGUEROA SALAMANCA.**

Demandado: **FUNDACIÓN PROSERVANDA Y PROSERVANDA SG-SST S.A.S.**

Aceptó que la FUNDACIÓN PROSERVANDA el 16 de mayo de 2016 suscribió contrato de trabajo de obra o labor con la actora, para desempeñar el cargo de Profesional Especialista en Salud Ocupacional; que el contrato tenía como fin la prestación del servicio de la atención a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Programa de Salud Ocupacional Región 2 afiliados a Médicos Asociados, que comprende territorialmente a Bogotá D.C, Cundinamarca, Casanare, Guaviare, Guainía, Vaupés, Amazonas y Vichada, de acuerdo con el contrato N°12076-003-2012 suscrito entre la FIDUPREVISORA, FOMAG, y la UT MEDICOLSALUD 2012; y que el demandante devengaba \$2'000.000. No aceptó los demás hechos.

Indicó que la empresa pagaba una bonificación por \$1'500.000, pero que esta no era habitual, se pagaba por mera liberalidad y por el cumplimiento de requisitos específicos tales como, ausencias de llamados de atención, asistencia permanente y actitud frente al desempeño de la labor encomendada; que el 29 de mayo de 2020 se notificó a la demandante la terminación de su contrato de trabajo, debido a los constantes y graves incumplimientos de su contrato de trabajo.

II. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.

El apoderado de la parte demandada, se entiende, propuso como **excepción previa la de inepta demanda**, argumentando que, pese a mencionar en la demanda que se anexaba como prueba el contrato suscrito entre la actora y la FUNDACIÓN PROSERVANDA SG SST S.A.S. el 20 de noviembre de 2017, la parte actora no lo aportó (fls. 323 y 324). Igualmente, y con fundamento en las mismas razones, solicitó la **nulidad** de lo actuado, como quiera que se le notificó indebidamente, pues no se allegó con la demanda, el contrato suscrito entre la actora y la FUNDACIÓN PROSERVANDA SG SST S.A.S. (fls. 405 a 408).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2020-00393-01 y 02
Demandante: **ELENA FIGUEROA SALAMANCA.**
Demandado: **FUNDACIÓN PROSERVANDA Y PROSERVANDA SG-SST S.A.S.**

2.1. Decisión de excepción previa.

En audiencia del 29 de septiembre de 2021, el A Quo **rechazó de plano la excepción de inepta demanda**, así como consideró que la no inclusión de una prueba, **no era causal de nulidad**, pues a lo sumo podría acarrear consecuencias negativas contra la parte que no allegó la respectiva probanza.

Frente a la anterior decisión, el apoderado de la demandada, interpuso **recurso de reposición y en subsidio de apelación**, señalando que el actuar de su contraparte atenta contra el principio de lealtad procesal y vulnera el derecho de defensa, ya que, omitió la entrega de las pruebas señaladas en la demanda de forma completa, y ahora, pretende aportarlas tardíamente cuando debieron ser allegadas con la demanda.

El A Quo **no repuso su decisión**, reafirmando los argumentos anteriormente esbozados y concedió el recurso en el efecto devolutivo.

2.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 19 de octubre de 2021 y dictó **sentencia** en la que declaró que, entre la demandante y las demandadas FUNDACIÓN PROSERVANDA Y PROSERVANDA SG-SST S.A.S., antes FUNDACION PROSERVANDA S.A.S., existió una relación laboral, por el periodo comprendido entre el 16 de mayo de 2016 al 29 de mayo de 2020, con una última asignación salarial mensual de \$3.500.000, para desempeñar el cargo de profesional especializado en salud. Consecuencialmente condenó a las demandadas a reconocer y pagar a la demandante las cesantía, intereses a la cesantía, vacaciones y prima de servicios en los valores indicados en la parte resolutive de la decisión, así como al pago de la suma de \$7'090.741, por concepto de indemnización

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2020-00393-01 y 02

Demandante: **ELENA FIGUEROA SALAMANCA.**

Demandado: **FUNDACIÓN PROSERVANDA Y PROSERVANDA SG-SST S.A.S.**

por despido sin justa causa, los aportes al sistema de seguridad social en pensiones debidos, que se deberán consignar al fondo que tenga o elija la demandante, ordenando a las demandadas a efectuar el respectivo cálculo actuarial por el periodo comprendido del 16 de mayo de 2016 al 22 de febrero de 2019, teniendo como IBC el salario de \$3'500.000. Absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la pasiva.

Como fundamento de su decisión señaló el A Quo, que el acervo probatorio permite establecer que hay una triangulación de entidades con la denominación de FUNDACIÓN PROSERVANDA, funcionando de forma común, sede similar, y con objetos sociales que se entrelazan, de modo que deben responder en solidaridad; que no se desvirtuó el elemento de la subordinación, por el contrario, los testigos dan cuenta de tal elemento, así como de la prestación del servicio de la actora para ambas demandadas; que no se probó el pago de prestaciones sociales ni de las vacaciones, por lo que hay lugar a su pago. En cuanto al contenido de la cláusula tercera del contrato de trabajo concluyó que la suma allí pactada por las partes por valor de \$1'500.000, se pagaba como contraprestación del servicio, al evidenciar que su pago era periódico, permanente, y se pagaba por la buena ejecución de la labor por parte de la demandante; por lo que concluyó que dicho valor debe ser incluido en el pago las prestaciones sociales y vacaciones; de otro lado fincó la condena a la indemnización por despido sin justa causa en que no se probó la justa causa del despido, pues aunque la pasiva hizo alusión a unas faltas y sanciones en las que incurrió la actora, lo cierto es que además de que se carece de inmediatez, no se tiene certeza que la terminación del contrato hubiese acontecido por tal situación; absolvió de la indemnización moratoria, al estimar que las demandadas se encuentran en una situación de insolvencia económica como consecuencia del incumplimiento del contrato que celebró con Fiduprevisora S.A., iniciando los correspondientes procesos judiciales para lograr el respectivo pago, por demás que la actora conocía de la situación

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2020-00393-01 y 02

Demandante: **ELENA FIGUEROA SALAMANCA.**

Demandado: **FUNDACIÓN PROSERVANDA Y PROSERVANDA SG-SST S.A.S.**

señalada; que por las mismas razones, no hay lugar a la sanción por no consignación de las cesantías; y que al no acreditarse el pago de seguridad social, hay lugar al reconocimiento de los mismos, debiéndose pagar de conformidad con el salario señalado, así como se deberá verificar por parte del fondo privado si ya existen pagos efectuados por el empleador.

2.4. RECURSO DE APELACIÓN FRENTE A LA SENTENCIA.

La **parte demandada** señaló que se debe tener en cuenta el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, pues en ningún momento la actora acreditó la prestación del servicio con PROSERVANDA S.A.S.; que de lo anterior dan cuenta los testigos, quienes señalaron que el único empleador fue FUNDACIÓN PROSERVANDA; que el contrato de trabajo que se arrimó con PROSERVANDA S.A.S. es solo una forma, y que de la realidad dan cuenta los testigos; que frente al rubro de la cláusula tercera del contrato de trabajo, las partes de común acuerdo señalaron que esta retribución no era salarial; que no se acreditó la presunta terminación del contrato de trabajo de la actora, ni que fue sin justa causa; y que la mora en la comunicación del finiquito contractual fue consecuencia de un hecho notorio, como lo es la pandemia.

III. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante los autos de fecha 28 de febrero y 31 de agosto de 2022, respectivamente, se admitieron los recursos de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020 y la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte actora, para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que, en

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2020-00393-01 y 02
Demandante: **ELENA FIGUEROA SALAMANCA.**
Demandado: **FUNDACIÓN PROSERVANDA Y PROSERVANDA SG-SST S.A.S.**

virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Frente al auto que negó la excepción previa de inepta demanda.

El numeral 3. ° del artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, dispone la procedencia del recurso de apelación respecto del auto que decida sobre excepciones previas, de manera que, tiene esta Sala competencia para resolver el recurso interpuesto por la parte demandada.

Frente a la excepción propuesta por la pasiva, se hace necesario recordar que la demanda como constitutiva del derecho de acción, es de gran trascendencia en la estructuración y culminación del proceso, y por lo mismo debe ajustarse en su forma y contenido a los artículos 25, 25A, 26, 70 y 76 del C.P.T y de la S.S. Por tanto, cuando el juez no advierta que la demanda no reúne los requisitos de las normas aludidas, bien porque contenga indebida acumulación de pretensiones, o porque no se hayan llenado todos los elementos formales de ella, podrá el demandado suplir esa falta de cuidado y promover la excepción previa en estudio.

No obstante, ello no quiere decir que en caso de incurrirse en una irregularidad en la demanda, en todos los casos, deba declararse la excepción de ineptitud de la demanda, pues tal como lo ha sostenido la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, el defecto que debe presentar una demanda para que se le pueda calificar de inepta o en indebida forma, tiene que ser verdaderamente grave, trascendente y no cualquier informalidad superable lógicamente, pues bien se sabe que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2020-00393-01 y 02

Demandante: **ELENA FIGUEROA SALAMANCA.**

Demandado: **FUNDACIÓN PROSERVANDA Y PROSERVANDA SG-SST S.A.S.**

cuando la demanda adolece de cierta vaguedad, es susceptible de ser interpretada por el juzgador, con el fin de no sacrificar un derecho y siempre que la interpretación no varíe los capítulos petitorios del libelo (sentencia del 18 de marzo de 2002 Exp. 6649).

En igual sentido, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia **SL1614 de 2018**, ha expuesto que son los jueces en su labor de administrar justicia, quienes tienen el deber de garantizar a los interesados una decisión de fondo, mediante la cual se defina si tienen o no derecho a lo pretendido, por lo que **se debe hacer el mayor esfuerzo posible a fin de evitar una decisión inhibitoria**, pues ésta únicamente puede ser una opción en casos extremos en los que se establezca que en verdad no es viable adoptar otra decisión.

Para resolver SE CONSIDERA:

No es objeto de controversia que el apoderado de la parte actora omitió anexar junto con la demanda el contrato de trabajo del 20 de noviembre de 2014 celebrado entre la accionante y PROSERVANDA S.A.S.; irregularidad respecto a la que el apoderado de la parte demandada, considera que se incurrió en una inepta demanda y en una nulidad por indebida notificación, pues dicho documento debió ser entregado junto con la demanda.

Frente a los argumentos de la apelación debe decirse que, ciertamente, la irregularidad en que incurrió el apoderado de la parte actora, no tiene la suficiente trascendencia para que pueda declararse probada la excepción aludida ni mucho menos para dar por terminado el proceso, pues pese a tal omisión, perfectamente el juzgador de primera instancia podría continuar el proceso, y en el peor de los casos, tal y como lo señaló el A Quo la falta de incorporación de la prueba, la única consecuencia negativa que acarrearía, sería la imposibilidad de su valoración,

suerte con la que correría la parte que por su descuido u omisión no la allegó a juicio.

Lo dicho, sin perjuicio que el juzgador a fin de aproximarse a la verdad real y con el objeto de dilucidar puntos oscuros dentro del debate, haga uso de sus facultades oficiosas, y decrete la prueba que inicialmente se anunció dentro del líbello genitor, y que por una omisión no se logró su incorporación al plenario; situación que acaeció en el proceso, pues el juez de primera instancia dispuso la incorporación de dicha prueba con el fin de esclarecer los hechos objeto de debate.

En consecuencia, se considera que no hay lugar a declarar la excepción previa de inepta demanda, y por ende ha de **confirmarse** la decisión de primera instancia frente al punto de apelación.

4.2. Frente a las nulidades procesales alegadas.

Las nulidades son irregularidades que se presentan en el marco de un proceso, que vulneran el debido proceso y que, por su gravedad, el legislador –y excepcionalmente el constituyente, les ha atribuido la consecuencia de invalidar las actuaciones surtidas. A través de su declaración se controla entonces la validez de la actuación procesal y se asegura a las partes el derecho constitucional al debido proceso.

Las causales de nulidad se encuentran enumeradas en el artículo 133 del C.G.P., disposición que a la letra reza:

“ARTÍCULO 133. CAUSALES DE NULIDAD. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

- 1.** Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia.
- 2.** Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2020-00393-01 y 02

Demandante: **ELENA FIGUEROA SALAMANCA.**

Demandado: **FUNDACIÓN PROSERVANDA Y PROSERVANDA SG-SST S.A.S.**

3. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si, en estos casos, se reanuda antes de la oportunidad debida.

4. Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder.

5. Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria.

6. Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado.

7. Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación.

8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código.

PARÁGRAFO. Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece.

Para RESOLVER SE CONSIDERA:

Resulta preciso recordar que el apoderado de la demandada hizo consistir la nulidad que alega, en una presunta indebida notificación, por cuanto la demanda que se le entregó no tenía el contrato celebrado entre la demandante y PROSERVANDA S.A.S.

Sobre el tópico, se rememora que el artículo 41 del C.P.T. y de la S.S. establece las formas de notificación, así:

“ARTICULO 41. FORMA DE LAS NOTIFICACIONES. Las notificaciones se harán en la siguiente forma:

A. Personalmente.

1. Al demandado, la del auto admisorio de la demanda y, en general, la que tenga por objeto hacerle saber la primera providencia que se dicte.

2. La primera que se haga a los empleados públicos en su carácter de tales, y

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2020-00393-01 y 02

Demandante: **ELENA FIGUEROA SALAMANCA.**

Demandado: **FUNDACIÓN PROSERVANDA Y PROSERVANDA SG-SST S.A.S.**

3. La primera que se haga a terceros.

B. En estrados, oralmente, las de las providencias que se dicten en las audiencias públicas. Se entenderán surtidos los efectos de estas notificaciones desde su pronunciamiento.

C. Por estados:

1. <Numeral derogado por el artículo 17 de la Ley 1149 de 2007. Ver artículo 15 sobre Régimen de Transición.>

2. Las de los autos que se dicten fuera de audiencia.

Los estados se fijarán al día siguiente al del pronunciamiento del auto respectivo y permanecerán fijados un día, vencido el cual se entenderán surtidos sus efectos.

D. Por edicto:

1. La de la sentencia que resuelve el recurso de casación.

2. La de la sentencia que decide el recurso de anulación.

3. La de la sentencia de segunda instancia dictada en los procesos de fuero sindical.

4. La de la sentencia que resuelve el recurso de revisión.

E. Por conducta concluyente”.

En consecuencia, para que resulte procedente una nulidad por indebida notificación, es necesario que el conocimiento que se haga del asunto a los sujetos procesales, no se hubiere realizado de conformidad con alguna de las formas establecidas en el artículo 41 del C.P.T. y de la S.S. Por lo anterior, la Sala **confirmará** la decisión del A Quo al evidenciar que en ningún momento se alegó por parte del apoderado tal situación, por el contrario, hizo consistir la presunta nulidad en la falta de comunicación de un documento que hacía parte de la demanda, que como quedó dicho al momento de resolverse la excepción previa de inepta demanda, a lo sumo, la única consecuencia que acarrearía, sería la imposibilidad de su valoración, suerte con la que correría la parte que por su descuido u omisión no la allegó a juicio.

Por tanto, la Sala considera acertada la decisión del A Quo, y ante la falta de prosperidad de la excepción previa de inepta

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2020-00393-01 y 02

Demandante: **ELENA FIGUEROA SALAMANCA.**

Demandado: **FUNDACIÓN PROSERVANDA Y PROSERVANDA SG-SST S.A.S.**

demanda y de la nulidad, procederá a emitir el correspondiente pronunciamiento de fondo frente a la sentencia.

5.3. CONSIDERACIONES FRENTE A LA SENTENCIA

Conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si es dable considerar a PROSERVANDA SG-SST como empleador de la demandante; si el rubro de que trata la cláusula tercera del contrato de trabajo es salario; y si están acreditados los presupuestos para reconocer indemnización por despido sin justa causa.

Del principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

En materia laboral, el principio de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar la denominación que se le hubiera dado.

En ese orden, para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2020-00393-01 y 02

Demandante: **ELENA FIGUEROA SALAMANCA.**

Demandado: **FUNDACIÓN PROSERVANDA Y PROSERVANDA SG-SST S.A.S.**

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo¹.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado, con inmodificable persistencia, que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción (ver al respecto sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017)

Así, al margen del contrato que se hubiera podido celebrar entre las partes, si en virtud del principio de la primacía de la realidad aparece acreditado el elemento de la prestación del servicio, y no se logra desvirtuar el de la subordinación, se tiene por acreditada la existencia de un contrato de trabajo como acertadamente lo expuso el juez de primera instancia.

Del caso en concreto.

En el proceso está acreditado y no son objeto de controversia en la instancia, los siguientes hechos: **i)** El 16 de mayo de 2016, la demandante celebró contrato de trabajo de obra o labor con la **FUNDACIÓN PROSERVANDA** para desempeñar el cargo de Profesional Especialista en Salud Ocupacional, con un salario de \$2'000.000 y un rubro adicional de \$1'000.000 (fls. 23 a 27); **ii)** El 20 de noviembre de 2017, la demandante celebró contrato de trabajo a término indefinido con **FUNDACIÓN PROSERVANDA S.A.S.** hoy **PROSERVANDA SG-SST S.A.S.**, para desempeñar el cargo de Profesional Especializado, con un salario de \$2'000.000 y un rubro adicional de \$1'500.000 (fls. 517 a

¹ **ARTICULO 24. PRESUNCIÓN.** <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2020-00393-01 y 02

Demandante: **ELENA FIGUEROA SALAMANCA.**

Demandado: **FUNDACIÓN PROSERVANDA Y PROSERVANDA SG-SST S.A.S.**

521); y **iii)** El extremo final del contrato de trabajo, lo es el 29 de mayo de 2020 pues ello no fue objeto de recurso de apelación.

Adicional a la documental obrante a folios 23 a 72, 507, 517 a 521, 527 a 531, y 551 a 588, a juicio comparecieron en calidad de testigos David Santiago Puentes Lozano, Nelly Ivon Montealegre Ochoa, Brayan Fernando Caro Alvarado, y José Adán Zamora Rojas, quienes manifestaron:

David Santiago Puentes Lozano dijo que fue compañero de trabajo de la actora en la FUNDACIÓN PROSERVANDA desde septiembre de 2016 a septiembre de 2019 como Director de Recursos Humanos, así como para PROSERVANDA S.A.S., a quienes los apoyaba en recursos humanos; que su remuneración era diferente en cada una de las demandadas; que la diferencia era que “en cada PROSERVANDA” se manejaban clientes diferentes; en uno, se prestaba servicio de medicina, y en el otro, la labor era de salud ocupacional, y trabajaban más profesionales de la salud en general, tales como, psicólogos, fonoaudiólogos, y fisioterapeutas; que no sabe si entre ambas demandadas se celebraron contratos; que cuando inició su labor, la actora ya estaba prestando sus servicios; que no tuvo conocimiento de la terminación del contrato a la accionante; que la actora era empleada de la FUNDACIÓN PROSERVANDA, no tuvo vínculo con la S.A.S, ya que las afiliaciones y remuneraciones todas se hicieron por parte de la fundación; que durante el desarrollo de las actividades desarrolladas por la actora, no hubo cambio respecto del cargo de la actora; que le hizo llamados de atención verbales a la accionante, principalmente, por el trato con los pacientes; que todos los trabajadores de PROSERVANDA tenían una bonificación por el artículo 128 del C.S.T.; que frente a los procesos disciplinarios se hace un trámite disciplinario; que los llamados de atención que se le efectuaron a la demandante fueron varios, tres o cinco, pero no precisa; y que el salario estaba constituido por uno base y una bonificación que correspondía al

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2020-00393-01 y 02

Demandante: **ELENA FIGUEROA SALAMANCA.**

Demandado: **FUNDACIÓN PROSERVANDA Y PROSERVANDA SG-SST S.A.S.**

40% por productividad, ya sea, por cantidad de pacientes atendidos.

Por su parte, **Nelly Ivon Montealegre Ochoa** explicó que era Contadora de la FUNDACIÓN PROSERVANDA desde el año 2016 y de PROSERVANDA S.A.S desde el año 2018; que LA FUNDACIÓN le prestaba servicios de suministro de personal a PROSERVANDA S.A.S.; que la actora era una profesional en terapia ocupacional; que manejaban una estructura salarial constituida por un salario básico, y un pago que se llama en la empresa el 128, el que se pagaba según lo determinara el Gerente y el Departamento de Recursos Humanos con base en algunas reglas que se debían cumplir para su reconocimiento; que la FUNDACIÓN PROSERVANDA desde hace cuatro años presenta un déficit financiero debido a que el contrato más grande cesó sus pagos desde el 2017, no hay flujo de caja, y se adeudan \$13.000'000.000, por parte de FIDUPREVISORA; que no se le ha cancelado a la actora el valor de la liquidación de prestaciones sociales, por cuanto la FUNDACIÓN PROSERVANDA no cuenta con un flujo de caja, se ha tratado de llegar a acuerdos con los trabajadores; que hacen pagos a medida que hay flujo de caja; que no ha realizado pagos desde la S.A.S a la actora, todas las remuneraciones se hacen desde la FUNDACIÓN PROSERVANDA; que el pago del artículo 128, se calcula sobre el 40% del salario; que había regularidad en el pago “del 128”, según las novedades que reportara recursos humanos y gerencia, de modo que si eso era todos los meses, todos los meses se le subía la nómina; que hay varios puntos a tener en cuenta para pagar el 128, la puntualidad, cumplir con todas las funciones, y en el caso de algunos profesionales a la salud, la atención con el cliente, así como que no tuviesen quejas o la productividad; y que no hay contratos entre la fundación y la S.A.S., pues todo se maneja a nivel de anticipos, esto es, se le puede pedir a un profesional que le ayude con la S.A.S, pero esto no quiere decir que va a trabajar allá, es un suministro de personal, es prestar un personal para que la S.A.S cumpla su contrato.

Brayan Fernando Caro Alvarado expuso que fue compañero de trabajo con la actora; que trabajó para la FUNDACIÓN PROSERVANDA desde el 14 de febrero hasta el 30 de febrero de 2018 como auxiliar en el área jurídica; que no laboró para la S.A.S.; que estuvo en diligencias de descargos en el marco de un proceso disciplinario que se le adelantó a la actora, y cuando se le hicieron llamados de atención verbales y escritos, para que a la luz del reglamento interno se diera un concepto jurídico; que en varias ocasiones con la actora se solicitó hacer varias conciliaciones para acuerdos de pago, buscando realizar un pago a cuotas; que el último problema de la actora y del cual tuvo conocimiento, fue en el año 2020, se le adelantó un proceso disciplinario, por un mal trato al acompañante de un paciente que sufría síndrome de down, según queja que la usuaria presentó; que el actuar de la actora fue muy displicente respecto de lo que se espera de los profesionales, conducta que se alineaba con lo que ya había pasado en ocasiones anteriores; que en el proceso se escuchó a la quejosa y a la demandante, todos los presentes en la diligencia quedaron sorprendidos con la queja; que lo anterior, constituyó la comisión de una conducta gravísima, más aún cuando la actora no trató de enmendar su error a través de una disculpa; que en el acta se estableció la terminación del contrato de trabajo; que la actora fue conocedora del acta, se exaltó mucho, dijo que no estaba de acuerdo, y se levantó; que la actora no firmó el acta; y que a la actora se le dio la posibilidad de controvertir y aportar pruebas al proceso disciplinario.

Finalmente, **José Adán Zamora Rojas** señaló que es el conductor de la FUNDACIÓN PROSERVANDA desde el 01 de setiembre del 2016 a la fecha; que la actora fue compañera de trabajo; que no trabaja con la S.A.S.; que desconoce las diferencias entre la fundación y la S.A.S.; que para el año 2020 sus funciones eran las de conductor y mensajero repartiendo correspondencia; que estaba encargado de llevar las

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2020-00393-01 y 02

Demandante: **ELENA FIGUEROA SALAMANCA.**

Demandado: **FUNDACIÓN PROSERVANDA Y PROSERVANDA SG-SST S.A.S.**

terminaciones de contrato que se realizaron por parte de la empresa; que hizo varias notificaciones a la demandante; que dentro del trámite para la notificación de la actora se dirigió a su casa, se le dijo que era para notificarle el despido, ella dijo que no iba a firmar nada, entró en llanto, luego bajó y dijo que si podían hablar con un abogado que era vecino, a lo que le dijo que solo estaban haciendo una notificación, y que a ella le correspondía aceptarla o rechazarla; que luego, el abogado le explico cuál era el procedimiento de las notificaciones, y dejó una copia de la carta para que ella leyera y tomara una decisión sobre el tema; y que la copia no la quiso firmar.

Pues bien. El acervo probatorio aludido permite concluir que no existe duda de que la demandante prestaba sus servicios a la **FUNDACIÓN PROSERVANDA**, pues todos los testigos reseñados dan cuenta que la accionante laboraba para la aludida fundación. En cuanto al servicio que presuntamente la accionante desplegó a favor de PROSERVANDA S.A.S., hoy PROSERVANDA SG-SST S.A.S., se tiene que a juicio se allegó documental contentivo del contrato de trabajo celebrado entre la demandante y dicha sociedad, documento en el que se pactó que la demandante desempeñaría el cargo de Profesional Especializado el 20 de noviembre de 2017.

Al respecto, destaca la Sala que si bien no desconoce que en dicho documento se plasmó que la accionante laboraría al servicio de PROSERVANDA SG-SST S.A.S., también lo es que, de conformidad con el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, en caso de divergencia entre lo que ocurre en la realidad y lo que se ha plasmado en los documentos, debe darse prevalencia a lo que surge en la práctica o a los hechos que se encuentren debidamente demostrados, es decir, a la forma como en la realidad se desarrolló la relación laboral.

Por ello, en atención al recurso de alzada de la pasiva el cual argumenta que, pese a la suscripción de dicho documento lo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2020-00393-01 y 02

Demandante: **ELENA FIGUEROA SALAMANCA.**

Demandado: **FUNDACIÓN PROSERVANDA Y PROSERVANDA SG-SST S.A.S.**

cierto es que entre la demandante y la sociedad PROSERVANDA SG-SST S.A.S., nunca existió relación alguna, se hace necesario acudir a la demás prueba arrimada al proceso, que se circunscribe a la testimonial, con el propósito de establecer si lo plasmado en el contrato de trabajo resulta conteste con lo que ocurrió en la realidad, encontrando que el análisis de dicha prueba testimonial lo único que es dable colegir es la prestación de los servicios de la demandante a favor de **FUNDACIÓN PROSERVANDA.**

En efecto, los testigos Brayan Fernando Caro Alvarado y José Adán Zamora Rojas señalaron que no ejecutaron ningún tipo de labor para PROSERVANDA S.A.S., por lo que, no les puede constar si la accionante ejecutó labores a favor de esta entidad.

El testigo David Santiago Puentes Lozano, merece especial mención, pues es sobrino de la representante legal la FUNDACIÓN PROSERVANDA, Ximena Juana Francisca Lozano Beltrán, y por ello, se estudió con mayor rigurosidad, atendiendo en todo caso, al principio estatuido en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., y del análisis del mismo nada distinto a lo ya dicho se advierte, pues dicho testigo hizo mención que la actora era empleada de la FUNDACIÓN PROSERVANDA, y que ésta no tuvo vínculo con la S.A.S, lo que es dable corroborar de las afiliaciones y pagos de remuneraciones, pues estas se hicieron por parte de la fundación, no de la S.A.S.

Finalmente, la testigo **Nelly Ivon Montealegre Ochoa** en su calidad de contadora de ambas demandadas, si bien mencionó que fundación prestaba servicios de suministro de personal a PROSERVANDA S.A.S., para que ésta cumpliera su objeto; también señala que no sabe quién autorizaba ese préstamo de personal y que, en la situación específica de la demandante, ésta siempre laboró a favor de la Fundación.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2020-00393-01 y 02

Demandante: **ELENA FIGUEROA SALAMANCA.**

Demandado: **FUNDACIÓN PROSERVANDA Y PROSERVANDA SG-SST S.A.S.**

En consecuencia, la Sala no encuentra elementos que permitan establecer que en la realidad PROSERVANDA SG-SST fue empleador de la demandante, pues todos los testigos son contestes en manifestar que ésta laboraba únicamente **para la Fundación**, lo que cobra mayor fuerza si se tienen en cuenta los comprobantes de pago de folios 29 a 53, en donde aparece que quien le pagaba a la demandante en calidad de empleador era la FUNDACIÓN PROSERVANDA; así las cosas, si en el proceso está acreditado que quien **se benefició** del servicio y quien **pagó la remuneración** fue esta última y que respecto de la sociedad PROSERVANDA S.A.S., - hoy PROSERVANDA SG-SST S.A.S- ni siquiera se logró acreditar la prestación personal del servicio, no puede afirmarse por el solo hecho de la suscripción de un contrato de trabajo que este en la realidad se ejecutó.

Por lo anteriormente expuesto, se **REVOCARÁN PARCIALMENTE** los numerales primero, segundo, tercero, cuarto y sexto de la sentencia, en cuanto se impuso condena a cargo de PROSERVANDA SG-SST S.A.S., para en su lugar **ABSOLVER** a dicha sociedad de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Sentado lo anterior, se procederá a estudiar si es dable tener el rubro de la cláusula tercera del contrato de trabajo como salario.

Del salario.

El artículo 127 del C.S.T. establece que, *“constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero 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”*.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2020-00393-01 y 02

Demandante: **ELENA FIGUEROA SALAMANCA.**

Demandado: **FUNDACIÓN PROSERVANDA Y PROSERVANDA SG-SST S.A.S.**

Es criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, que los acuerdos de exclusión salarial entre las partes son válidos a la luz de lo dispuesto en el artículo 128 del C.S.T., por lo que para definir los elementos que integran el salario, es necesario tener en cuenta que este concepto no solo incluye la remuneración ordinaria, sino todo aquello que recibe el trabajador en dinero o en especie como **contraprestación directa del servicio**, sin importar la forma o denominación que se adopte, caso en el que se entiende que no deja de ser salario, aun cuando se convenga de esa manera por las partes, sentencias del 10 de julio de 2006, Rad. 27325, 03 de julio de 2013, Rad. 40509, 09 de julio de 2014, Rad. 43696, 02 de agosto de 2017, Rad. 44416, SL-865-2019, y SL4866-2020, por citar algunas.

Del mismo modo, la jurisprudencia de cierre tiene sentado que, **es el empleador quien tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador, ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente**, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias (SL12220-2017, SL1437-2018, SL5159-2018, y SL4663-2021).

En sentencia SL4866-2020, se indicó que:

“al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual, y a éste, con el fin de no quedar compelido a asumir los efectos jurídicos que le son propios a un estipendio de esta naturaleza, deberá demostrar que los pagos estaban dirigidos a otro propósito, menos la retribución directa del servicio.//De ahí, que para la Sala, el solo dicho del empleador sin prueba alguna que acredite sus manifestaciones, carecen del mérito suficiente para descartar la naturaleza salarial del estipendio económico entregado de manera habitual y constante en la cuenta de ahorros del trabajador, en igualdad de condiciones al pago efectuado del salario básico”.

Sentados los anteriores presupuestos, encuentra la Sala que, en los contratos celebrados con las demandadas, en la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2020-00393-01 y 02

Demandante: **ELENA FIGUEROA SALAMANCA.**

Demandado: **FUNDACIÓN PROSERVANDA Y PROSERVANDA SG-SST S.A.S.**

cláusula tercera se estableció que las partes pactaban adicional al salario, el pago mensual de \$1'000.000, pasando a \$1'500.000 desde febrero de 2017 (fl.30 y ss), y que dicho rubro no sería salario conforme al artículo 128 del C.S.T.; lectura de la que puede establecerse que su pago era periódico, pues se estableció que se pagaría mensualmente.

Aunado a ello, el testigo David Santiago Puentes Lozano señaló que el pago del rubro de la cláusula tercera del contrato de trabajo se realizaba por productividad, esto es, cantidad de pacientes atendidos; y Nelly Ivon Montealegre Ochoa explicó que había regularidad en su pago, y que había varios puntos a tener en cuenta para su reconocimiento, tales como, la puntualidad, cumplimiento de funciones, adecuada atención con el cliente, y la productividad; de modo que, el rubro en estudio se pagaba por una adecuada prestación de los servicios que ejecutara la demandante. Por tanto, es dable concluir que el rubro de la cláusula tercera del contrato de trabajo además de ser periódico, se pagaba como contraprestación del servicio, por lo que, se confirmará la decisión en este sentido.

De la indemnización por despido sin justa causa.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, y la condena consecencial de pagar la indemnización por dicha circunstancia, establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, a cada una de las partes entradas en la litis le asiste una carga probatoria diferente, de un lado, el trabajador debe probar el hecho del despido y por su parte el empleador tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2020-00393-01 y 02

Demandante: **ELENA FIGUEROA SALAMANCA.**

Demandado: **FUNDACIÓN PROSERVANDA Y PROSERVANDA SG-SST S.A.S.**

jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en las **SL592 de 2014, Rad. 431105 y SL2386-2020.**

En *sub examine*, se encuentra en interrogatorio de parte que la representante legal de FUNDACIÓN PROSERVANDA informó la notificación de la terminación de contrato de la accionante debido a las constantes faltas disciplinarias, pues tuvo diversos llamados de atención, especialmente, el trato displicente que tuvo hacia una paciente que estaba acompañada de una niña que padece síndrome de down, lo que a su juicio era una falta gravísima.

Así las cosas, a juicio de la Sala está acreditado el hecho del despido, pues la representante legal de FUNDACIÓN PROSERVANDA confiesa que fue quien informó sobre el finiquito contractual a la actora; no siendo así con la justa causa, pues revisado el plenario, no se allegó ningún tipo de carta de terminación en la que se establecieran los motivos que adujo dicha representante legal como justa causa para terminar el contrato de trabajo, pues al plenario únicamente fueron arrimados los diferentes llamados de atención efectuados a la actora, así como la Decisión N°2020-001 proferida por el Comité Disciplinario de Talento Humano, por la queja presentada por la docente Argenis Murillo Villalba, pues no es más que una recomendación para llevar a cabo el despido, ciertamente en esta decisión, expresamente se señaló: *“teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, se recomienda que a la señora ELENA FIGUEROA SALAMANCA se le imponga la sanción contenida en el parágrafo del artículo 44 del reglamento interno de trabajo de FUNDACIÓN PROSERVANDA, lo cual será decidido por la DRA. XIMENA JUANA LOZANO BELTRÁN”* (fls. 527 a 531, y 551 a 553).

Al punto, se rememora que es necesario que el empleador señale al trabajador al momento de dar terminación al contrato de trabajo, los motivos por los cuales prescinde de sus servicios o le indique las causales legales, reglamentarias o contractuales,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2020-00393-01 y 02

Demandante: **ELENA FIGUEROA SALAMANCA.**

Demandado: **FUNDACIÓN PROSERVANDA Y PROSERVANDA SG-SST S.A.S.**

dentro de las que se enmarca la conducta que le imputa como falta. Así lo tiene adoctrinado la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral en las sentencias SL10426-2017 y SL7038-2017 que reiteró la sentencia SL8028-2014, en la que indicó:

“Sobre este aspecto, tiene asentado la Sala que aunque es indispensable que en la carta de despido se señalen los motivos por los cuales prescinde de los servicios del trabajador, el empleador cumple con esa carga describiendo los sucesos que soportan la medida, o invocando el precepto legal eventualmente trasgredido por el empleado, o ambos si lo prefiere”.

Lo dicho cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que según sentencia SL2351-2020, de vieja data se ha venido reconociendo garantías del “*derecho de defensa*” del trabajador, entre la que se encuentra “*La necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior; deber este que tiene como fin el garantizarle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen y el de impedir que los empleadores despidan sin justa causa a sus trabajadores, alegando un motivo a posteriori, para evitar indemnizarlos*”.

VII. COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2020-00393-01 y 02

Demandante: **ELENA FIGUEROA SALAMANCA.**

Demandado: **FUNDACIÓN PROSERVANDA Y PROSERVANDA SG-SST S.A.S.**

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **REVOCAR PARCIALMENTE los numerales primero, segundo, tercero, cuarto y sexto de la sentencia,** en cuanto se impuso condena a PROSERVANDA SG-SST S.A.S., para en su lugar establecer que las condenas se imponen únicamente a cargo de la FUNDACIÓN PROSERVANDA, y en consecuencia, **ABSOLVER a PROSERVANDA SG-SST S.A.S.,** de todas las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO - **CONFIRMAR en lo demás la sentencia.**

TERCERO - Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE