

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ANTONIO ALEJANDRO PEÑA GUEVARA CONTRA ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS ESIMED S.A. Y SOLIDARIAMENTE CONTRA PRESTMED SAS. Rad. 2019 - 00142 - 01. Juz. 30º.

En Bogotá D.C., a los dieciocho (18) días de octubre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ANTONIO ALEJANDRO PEÑA GUEVARA demanda a ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS ESIMED S.A. y solidariamente contra PRESTMED S.A.S. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 142 a 145 que se concretan en la siguiente manera:

DECLARATIVAS

- Se declare un contrato de trabajo entre el actor y ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS ESIMED S.A. desde el 1º de diciembre de 2015 hasta el 24 de octubre de 2018.
- Se declare que no se pagaron al actor cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones por todo el tiempo laborado.
- Se declare que no se pagaron al trabajador los salarios desde el 1º de mayo al 24 octubre de 2018.
- Se declare el despido indirecto el 24 de octubre de 2018.
- Se declare que no se cancelaron los salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato.

CONDENATORIAS

- Se condene a las demandadas solidariamente al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones y sanción por el no pago de intereses a las cesantías por el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 2015 y el 24 de octubre de 2018.
- Se condene a las demandadas en forma solidaria al pago de los salarios correspondientes al periodo comprendido entre el 1º de mayo y el 24 de octubre de 2018.
- El pago de la indemnización por despido indirecto el 24 de octubre de 2018
- Sanción moratoria por falta de consignación de las cesantías a un fondo conforme al artículo 99 de la Ley 50 de 1990.
- Indemnización moratoria establecida en el artículo 65 de C.S.T.
- Indexación.
- Facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 136 a 142. Manifiesta que prestó sus servicios de manera personal como médico internista en las diferentes sedes de atención de ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS ESIMED S.A. de manera ininterrumpida desde el 1º de diciembre de 2015 hasta el 24 de octubre de 2018, mediante contratos por adhesión y de prestación de servicios, durante los cuales desarrolló siempre las mismas labores cumpliendo un horario de trabajo de 7 am a 1 pm de lunes a viernes y uno o dos fines de semana de acuerdo con lo que establecieran sus jefes y el Coordinador y Gerente de cada clínica o Centro de atención, debía laborar 12 horas seguidas, lo que era vigilado mediante cámaras de seguridad por los Coordinadores de las clínicas donde prestaba los servicios. Para el pago de salario se le exigía expedir facturas cuyo valor variaba de acuerdo con la prestación del servicio según turnos y horarios, las que dejó de cancelar desde el mes de mayo de 2015. Su labor era consulta de pacientes (3 por hora), recibir turno médico hospitalario a los pacientes asignados al servicio de medicina interna, realizar rondas médicas, analizar la situación de los pacientes, evaluar sus exámenes y definir conductas, valorar los pacientes que le asignara la Dirección Médica, contestar las interconsultas ordenadas por los jefes, médicos generales y especialistas, ordenar exámenes y medicamentos conforme a los procedimientos y guías de manejo de la empresa recibiendo órdenes e instrucciones de su empleador. El salario establecido era de \$65.000 a \$75.000 por pacientes dependiendo del horario diurno o nocturno y del lugar del servicio. Los elementos eran suministrados por la empresa y la relación laboral terminó por despido indirecto pues se impidió al actor prestar sus servicios en la clínica Esimed Cali Norte, porque la clínica dejó de recibir pacientes desde el mes de mayo de 2018, fecha a partir de la cual dejó de

cancelar los salarios al demandante sin dar información alguna, con lo que incumplió en forma sistemática con sus obligaciones como empleador.

ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS ESIMED S.A.S es controlada por la sociedad matriz PRESTMED S.A.S. conforme a la Cámara de Comercio por lo que esta última es solidariamente responsable en el incumplimiento de las obligaciones laborales, lo que fue evidenciado por el Grupo de Control de la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES el 27 de diciembre de 2018 donde se establece que PRESTMED S.A.S. ostenta el 94,68% del capital de ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS S.A. ESIMED.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta ciudad el 18 de marzo de 2019 (fl. 162) se dispuso la notificación a las demandadas y mediante auto del 2 de julio de 2019 (fl. 183) ordenó su emplazamiento y designó Curador Ad-litem. El emplazamiento obra en el CD fl. 223 como archivo digital marcado como 2019-00142.

Posteriormente se notificó la demandada PRESTMED SAS (fl. 188) y contestó la demanda en los términos que obran a folios 192 a 209.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- Aceptó los hechos relacionados con los documentos aportados y manifestó que no le constan o que no son ciertos los demás.
- Propuso como excepciones previas las de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones y como excepciones de fondo las de falta de legitimidad en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, inexistencia de relación laboral como motivo de la litis, inexistencia de responsabilidad solidaria, prescripción y la genérica.

El Curador Ad-item de la demandada ESIMED S.A. fue notificado el 29 de abril de 2021 y contestó la demanda como se observa en el archivo 6 que obra en el CD visto a folio 223.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda.
- Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de las obligaciones demandadas y prescripción.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 28 de junio de 2021 en la cual declaró que entre el demandante ANTONIO ALEJANDRO PEÑA GUEVARA y la sociedad ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A ESIMED S.A., existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1º de diciembre de 2015 hasta el 30 de septiembre de 2018. Condenó a la sociedad ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A. ESIMED S.A., a pagar al señor ANTONIO ALEJANDRO PEÑA GUEVARA los siguientes valores y conceptos:

- a. \$25.375.500 por auxilio de cesantías.
- b. \$2.764.585 por intereses a las cesantías.
- c. \$2.764.585 por indemnización por el no pago de intereses a las cesantías.
- d. \$24.565.500 por prima de servicios.
- e. \$12.687.750 por compensación en dinero de las vacaciones.
- f. \$44.450.000 por salarios adeudados.
- g. \$147.840.000 por 24 meses por día de salarios devengado y a partir del 1 de octubre de 2020 pagar los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos asignados para libre asignación determinado por la superintendencia financiera sobre los valores relacionados en los literales a, d, f y hasta cuando se realice el pago, como sanción del art. 65 del C.S.T.
- h. La indexación sobre los valores relacionados en el literal e.

Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción de la prima de servicios del año 2015, los intereses a las cesantías y la sanción por el no pago oportuno de los intereses a las cesantías causadas con anterioridad al 31 de enero de 2016. Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda y condenó a PRESTMED S.A.S. a responder solidariamente por las condenas impuestas en esta sentencia a la demandada ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A. ESIMED S.A. y condenó en costas.

El A-quo llegó a esta determinación al considerar que se encontraba probada la prestación del servicio del actor con la carta suscrita por la directora de Talento Humano de la demandada ESIMED S.A., los contratos de prestación de servicios suscritos y los testimonios, conforme a los cuales el actor no podía enviar una persona en su remplazo y debía cumplir un horario en las dependencias de las clínicas a las que lo remitían, el que se encontraba establecido en el contrato; recibía órdenes del director o Jefe inmediato; debía entregar la información correspondiente en un cuadro de Excel y recibía un salario por hora de trabajo, por lo que no se daban los elementos de libertad que da el contrato de prestación de servicios, sino

que existen elementos propios del contrato de trabajo, por lo que así lo declaró y para los extremos tuvo en cuenta la certificación expedida por ESMIED S.A., desde el 1º de diciembre de 2015 y hasta el 30 de septiembre de 2018 ya que la última cuenta de cobro presentada tiene fecha 30 de septiembre de 2018 y no se demostró la prestación del servicio con posterioridad, razón por la que impuso las condenas indicadas anteriormente liquidadas sobre el salario promedio mensual resultante de las documentales aportadas. Respecto a la solidaridad manifestó que ESIMED S.A. es una sociedad absorbida y controlada por PRESMET S.A.S., sociedad matriz por ostentar el 94% de las acciones de la primera conforme a la Ley 222 de 1995 artículos 26 y artículo 27, y concluyó que ESIMED S.A. es la contratante para cumplir con actividades propias y en beneficio de PRESMET S.A.S. razón por lo que debe responder solidariamente por las prestaciones laborales, pues ESIMED S.A. es su filial o subordinada, conforme a la certificación de la Cámara de Comercio.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, señaló que no se presentó ninguna reclamación anterior a la presentación de la demanda el 21 de febrero de 2019 por lo que prosperaba parcialmente la prescripción para las prestaciones causadas antes del 21 de febrero de 2016, esto es para la prima de servicios y los intereses a las cesantías. Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda, condenó en costas a las demandadas y asignó gastos de curaduría.

Recurso de apelación

La parte actora. - No interpuso recurso

Parte demandada. -

PRESTMED S.A.S. - Argumentó que PRESTMED S.A.S. es una de las accionistas de ESIMED S.A. pero no ha ejercido ni ejerce la administración de ESIMED S.A. quien goza de autonomía administrativa, jurídica y financiera y que PRESMED S.A.S. es una sociedad completamente ajena a la relación entre el actor y ESIMED S.A. ya que no ha prestado servicios a ella bajo ninguna forma de tercerización laboral, por lo que el contratante es ESMIED, quien debe responder por las obligaciones conforme a los hechos de la demanda que demuestran que solo sucedió la vinculación con ESMIED S.A. y conforme a los testimonios, pues desconocen a PRESTMED S.A.S.

Que PRESTMED S.A.S. no es una sociedad de personas y el actor no ha prestado sus servicios a ella ya que ESIMED tiene autonomía y no ha ejercido una influencia dominante en la gestión del objeto social y no han existido pactos de exclusividad

en la contratación, por lo que solicita la revocatoria respecto de la declaratoria de la solidaridad.

ESIMED S.A. El Curado Ad-litem manifestó que apela respecto de la condena impuesta a su representada para lo que argumenta que el contrato de prestación de servicios era un contrato civil y no laboral, por lo que no hay lugar al reconocimiento de prestaciones laborales.

Alegatos ante este Tribunal

Parte actora: Indica que partiendo de las pruebas documentales, se evidencia que desde la misma redacción del contrato entre el trabajador demandante y la empresa ESIMED S.A. se utilizan conceptos y acuerdos que denotan la clara subordinación a la que estuvo sometido el trabajador, corroborado con las pruebas testimoniales recepcionadas conforme a las cuales el actor cumplió en todo momento ordenes de tiempo, modo y lugar; siempre estuvo obligado a cumplir el horario impuesto, laboró uniformado y utilizó los implementos de trabajo que le fueron dados, estaba carnetizado; el lugar donde debía prestar sus servicios en forma subordinada era determinado por la empresa, incluso tuvo que sujetarse a los diversos traslados que le realizaron, además de que siempre le fueron otorgados los insumos de trabajo, cuadro de turnos, funciones asignadas y las instrucciones precisas de como prestar el servicio, quedando claro y probado que en realidad existió un contrato de trabajo.

Respecto a la solidaridad señaló que PRESTMED S.A.S. es solidariamente responsable por los salarios, acreencias laborales e indemnizaciones que se adeudan al trabajador demandante pues eran prácticamente la misma empresa. PRESTMED S.A.S. subordina y controla a ESIMED S.A. según la inscripción hecha en la Cámara de Comercio para el efecto y que el objeto social de ESIMED S.A. es la prestación de servicios de salud y el objeto social de PRESTMED S.A.S. es cualquier actividad lícita pudiendo ser representante de empresas de prestación de servicios y se probó que la matriz, propietaria, dominante, controlante de casi la totalidad de ESIMED S.A. es PRESTMED S.A.S., la cual indudablemente fue la beneficiaria de las labores desarrolladas por el demandante y además, fue la que dio manejos irregulares a ESIMED S.A.

Parte demandada ESIMED SA: A través del Curador Ad-litem manifiesta que no procede la condena porque lo que se suscribió entre el señor ANTONIO ALEJANDRO PEÑA GUEVARA y ESIMED S.A.S. fue un contrato civil de prestación de servicios, firmado entre las partes de común acuerdo, pero que establecía que la prestación de servicios sería en forma independiente, autónoma y bajo la propia cuenta y riesgo

del demandante, por lo tanto, no existía subordinación alguna y en caso contrario debía probarse en legal forma, pues el contrato civil de prestación de servicios establecía que el pago por la prestación de servicios sería mediante honorarios en virtud de una factura o cuenta de cobro avalada por el supervisor del contrato civil, que es muy diferente al salario cuya remuneración se efectúa en virtud de una relación laboral, por lo tanto, no existía relación laboral ni salarios, por lo que solicita se declare la inexistencia del contrato laboral a término indefinido y se absuelva a la demandada de las condenas impuestas.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio de los recursos de apelación presentados por las demandadas en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", y en consecuencia se analizará en primer lugar la inconformidad presentada por la demandada ESIMED S.A. en relación con la existencia del contrato de trabajo y posteriormente las inconformidades de la demandada PRESTMED S.A.S. en relación con la solidaridad declarada en la sentencia.

Contrato de trabajo

El Curador Ad-litem de ESIMED S.A. argumenta que el contrato de prestación de servicios era un contrato civil y no laboral, por lo que no hay lugar a la asignación de prestaciones laborales.

Al respecto es necesario señalar que no se ha discutido la prestación personal del servicio, por lo que el actor se encuentra cobijado por la presunción del artículo 24 del CST. y conforme a los contratos aportados con la demanda que no fueron tachados en el proceso (fl. 8 a 12 expediente físico), se tiene que en la cláusula tercera se relacionaron las obligaciones a que se comprometía el actor al prestar sus servicios, entre las que se encuentran en el literal m) "Abstenerse de ceder o subcontratar la prestación del servicio, sin la previa, expresa y escrita autorización del supervisor del contratante" y en el literal o) "El contratista se obliga a cumplir con un mínimo de cien (100) horas efectivamente prestadas so pena de dar por terminado el presente contrato".

En el interrogatorio de parte el demandante manifestó que prestó sus servicios como médico internista a ESIMED S.A. Y PRESTMED porque eran una misma empresa y eran

quienes le cancelaban los salarios, pero indica que no sabe de donde salió el dinero que le pagaron porque no le daban desprendibles o si en el momento en que firmó los contratos la empresa era ESIMED o PRESTMED; nunca trabajó desde su casa, siempre el servicio fue presencial conforme a un cuadro de turnos, funciones asignadas y un horario de trabajo determinado de acuerdo a la necesidad del servicio y nunca recibió un comunicado respecto de trabajo desde casa.

El testigo Héctor Fabian Moreno, manifestó ser medico interno, compañero de labores del demandante, dice que trabajaban para PRESTMED que era el dueño de ESIMED, con contratos escritos donde aparecía como ESIMED, pero no vio el contrato del demandante aunque supone que era igual al de él porque tenían la misma función; tenían turnos diarios y en fines de semana de 6 o 12 horas; podían coincidir los turnos de los dos pero no siempre; ganaban por hora laborada \$75.000 y el valor total dependía de los turnos que les asignaban los jefes en las diferentes clínicas que eran Lilia Quintana que era Coordinadora de PRESTMED-ESIMED en la Clínica La Calera y en la Clínica Santa Bibiana no recuerda el nombre; que el actor se fue para Cali en el año 2018 cree que por un traslado por familia con el mismo contrato. Que no podía enviar una persona para remplazarlo, tenía que responder por sus actividades, cumplía un horario obligatorio que asignaba la entidad en un cuadro de turnos, incluidos los fines de semana. El Coordinador o Gerente o Coordinador de cada clínica era quien daba las órdenes y debía seguir los protocolos, con los sistemas, formatos y papelería que ellos establecieran y con los implementos e insumos que les daba la institución, así como el uniforme que era igual para todo el personal y le asignaban un consultorio. Debía presentar una cuenta de cobro donde indicaba los turnos y los horarios, lo que se comparaba con el cuadro de turnos que establecía la institución. Para el ingreso se debía identificar con celaduría. Que se empezaron a limitar las posibilidades de ordenar exámenes y otras limitantes por lo que se quejó MEDIMAS. Sabe que PRESTMED maneja ESIMED como tal, lo que también conoció por la prensa. Respecto a la prestación del servicio desde casa no tiene conocimiento. Sabe que había atrasos en los pagos, pero no sabe como se dio la terminación del contrato.

La testigo Ana Patricia Ascencio Angulo, dijo ser médico internista, compañera de trabajo del actor entre junio y septiembre de 2018 en la Clínica Jorge Piñeros en Bogotá, que el actor laboraba para ESIMED S.A. con contrato de prestación de servicios; sabe que él venía desde el 2015 por las conversaciones que tenían; el salario era por hora a razón de \$63.000 hora diurna y \$75.000 hora nocturna, presentaban cuenta de cobro con el sistema que tuviera la institución donde estuvieran prestando el servicio, no se podía hacer nada con papelería externa, lo que era obligatorio para todos; los protocolos estaban diseñados por cada institución y eran obligatorios; tenía que cumplir un horario y atender las actividades que le señalaran; no podía enviar una

persona a remplazarlo y no eran permitidos los cambios; el horario era obligatorio y no podían ausentarse salvo fuerza mayor como incapacidades; los elementos de trabajo los daba la institución con el logo de la empresa y el nombre del trabajador; todo lo suministraba la institución y ellos colocaban la parte de los conocimientos. El control del horario era con las cámaras y si salían antes de la hora les descontaban el tiempo. Les asignaban un tiempo de atención a los pacientes (3 por hora). Sabe que el actor se fue para la clínica de Cali en septiembre de 2018, pero no conoce nada más. ESIMED les cancelaba el salario y les quedaron debiendo desde mayo en adelante y por eso se terminó el vínculo, cree que el renunció como la mayoría pues cerraron la clínica. Conoce que PRESTMED tiene a su cargo varias empresas entre ellas ESIMED, pero no conoce más detalles. Ella también demandó a las empresas, pero no conoce el estado del proceso porque no ha hablado con su apoderado.

Sobre la existencia de un contrato realidad cabe recordar que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación y dependencia, caso en el cual surge la obligación de pagar prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales.

En consecuencia el contrato realidad aplica cuando se demuestra en el proceso la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad de la entidad contratante, para cumplir funciones dentro de las propias dependencias o instalaciones de la contratante, con sus elementos de trabajo, bajo órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, lo que se encuentra demostrado en este asunto, con la copia de los contratos de prestación de servicios y las pruebas testimoniales recaudadas, pues como se indicó anteriormente está acreditada la prestación del servicio por parte del actor, así como una retribución por hora laborada y la subordinación y dependencia, toda vez que el actor cumplía un horario obligatorio que asignaba la clínica en la que estuviera prestando sus servicios, el cual se establecía en un cuadro de turnos que incluía los fines de semana. El Coordinador o Gerente de cada clínica era quien daba las órdenes y debía seguir los protocolos de cada institución y utilizar los sistemas, formatos y papelería que ellos establecieran con los implementos e insumos que le daba cada institución, así como el uniforme. Atendía las actividades que le señalaban, no podía enviar una persona a remplazarlo, y no eran permitidos cambios; tampoco podía ausentarse salvo fuerza mayor como incapacidades; los elementos de trabajo se los entregaba la institución, el uniforme tenía el logo y el nombre del trabajador; el control del horario era con cámaras y le descontaban el tiempo si no cumplía el horario; le asignaban un tiempo de atención a los pacientes (3

por hora) en actividades directamente relacionadas con el objeto social de ESIMED S.A., de manera permanente, por lo que no puede hablarse de coordinación, ya que el desempeño de las funciones por parte del actor estaba sujeto a la imposición de instrucciones de la institución, lo que demuestra que la empleadora tenía la posibilidad de disponer del trabajo del demandante, lo que acredita una verdadera subordinación.

En razón a lo anterior es clara la existencia del contrato realidad y como no fueron objeto de controversia los extremos de la relación laboral, el salario devengado ni la liquidación de las prestaciones efectuadas por el juzgado de primera instancia, se confirmará en estos aspectos las sentencia objeto de apelación.

Solidaridad. - PRESTMED S.A.S. argumentó que es una de las accionistas de ESIMED S.A. pero no ha ejercido, ni ejerce la administración de ESIMED S.A. quien goza de autonomía administrativa, jurídica y financiera y que PRESTMED S.A.S. es una sociedad completamente ajena a la relación entre el actor pues el contratante es ESIMED, por lo que es quien debe responder por las obligaciones.

Frente a la responsabilidad solidaria de los empresarios, se debe tener en cuenta que el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores. Asimismo, el beneficiario del trabajo o dueño de la obra también será solidariamente responsable, en las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.

En este caso es claro que ESIMED S.A. contrató al demandante para prestar servicios como médico internista en las sedes o centros de atención que ella determinara, conforme a los contratos de prestaciones de servicios que obran a folios 8 a 12 del expediente y conforme a la Cámara de Comercio ESIMED S.A. tiene como objeto social la administración y/o prestación directa de servicios de salud (fl. 84 a 97). Además, en la misma documentación se observa que se comunicó por parte de PRESTMED S.A.S. como sociedad matriz, que mediante documento sin número de fecha 3 de agosto de 2017 se configuró una situación de control con la sociedad ESIMED S.A. y que se configuró un grupo empresarial el 27 de julio de 2017, por lo que se encuentra demostrado que PRESTMED es la sociedad matriz, la que fue sometida a control por parte de la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES mediante Resolución expedida dentro del radicado 2018-01-442394, conforme a las documentales que obran a folio 104 a 129, donde se indica que PRESTMED S.A.S. ostenta el 94,68% del capital de ESIMED S.A. (fl.107 numeral 2.6) y que el 19 de septiembre de 2018 se inscribió la

situación de control por parte de PRESTMED (controlante) sobre ESIMED (en calidad de subordinada)

En el certificado de la Cámara de Comercio de PRESTMED S.A.S. (fls. 132 a 135) se estableció como objeto social entre otros "cualquier actividad comercial lícita", ser "representante de empresas de servicios... en todos los campos del conocimiento humano", por lo que dentro de su objeto social se encuentra la actividad realizada por ESIMED S.A. (en calidad de subordinada de PRESTMED S.A.S.), con lo que se puede entender que si desarrollan actividades similares, conexas o complementarias, pues dentro del objeto social de PRESTMED S.A.S se encuentra el representar a empresas de servicios como lo el objeto social de ESIMED S.A.

El artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo establece la solidaridad entre el beneficiario de la obra y el contratista independiente, respecto de las obligaciones laborales de los trabajadores de éste y para que surja la responsabilidad solidaria del beneficiario, no es suficiente que la actividad desarrollada por el contratista independiente cubra una necesidad propia del beneficiario, sino que aquella constituya una función directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto social, esto es que la labor realizada por el contratista este directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico, sin que deban ser iguales, sino que exista entre los objetos sociales de las dos sociedades una relación, conexidad o complementariedad entre las actividades propias y ordinarias, como en este caso, de PRESTMED S.A.S. como beneficiaria del servicio y ESIMED S.A. como la contratista del demandante. Así lo indicó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL4873 del diecinueve (19) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Por otra parte la subordinación o dependencia entre las sociedades se presenta cuando la matriz derive su control o dirección del denominado predominio económico, elemento que necesariamente debe concurrir para configurar la unidad de empresa; por lo que para que se configure dicho predominio económico de la sociedad principal sobre la subsidiaria se requiere que aquella posea más del 50% del capital al tenor del artículo 261, numeral 1º del C. de Co. lo que puede suceder directamente, o por intermedio o en concurrencia con sus subordinadas, o con las filiales o subsidiarias de éstas, y en este caso PRESTMED S.A.S. tiene el 94,69% del capital de ESIMED S.A.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 16 diciembre 2009 dentro del radicado, 32212, señaló que la unidad de empresa consiste en el "reconocimiento administrativo o judicial que tiene por objeto impedir el desmejoramiento de la situación del trabajador provocado por la fragmentación del capital o del tiempo necesario para obtener algunas prestaciones establecidas en la ley o en las convenciones colectivas.",

por lo que el efecto jurídico, es tener a las varias personas jurídicas como una sola empresa en beneficio del trabajador, con miras a que éste pueda obtener el reconocimiento y pago de acreencias laborales que están a cargo de la empresa, por lo que cuando concurre el predominio o dependencia económica, es dable entrar a declarar la unidad de empresa, siendo una de sus consecuencias la responsabilidad laboral de dichas sociedades sobre las acreencias reconocidas al trabajador.

Conforme a lo expuesto, se **CONFIRMA** la decisión de primera instancia.

COSTAS. – Las de primera instancia se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de la demandada PRESTMED S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de un millón de pesos m/l. (\$1.000.000).

DECISIÓN

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

RESUELVE

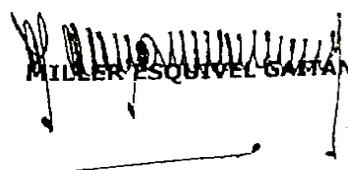
PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de junio de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – COSTAS Las de primera instancia se confirman. Costas en esta instancia a cargo de la demandada recurrente PRESTMED SAS. Se fija como agencias en derecho la suma de un millón de pesos M/L (\$1.000.000).

Notifíquese y cúmplase


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA CUSTODIA DE JESUS BELTRÁN GARZÓN CONTRA PAULA MILENA HERNANDEZ CAÑAVERAL. Rad. 2015 00132 JUZ 11.

En Bogotá D.C., a los catorce (14) días de octubre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARÍA CUSTODIA DE JESÚS BELTRÁN GARZÓN demandó a PAULA MILENA HERNANDEZ CAÑAVERAL para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 5 a 7.

- Contrato de trabajo a término indefinido desde el 01 de octubre de 2002 al 21 de marzo de 2013.
- Prestaciones sociales.
- Vacaciones.
- Indemnización moratoria.
- Sanción por no consignación de las cesantías.
- Indemnización por despido injusto.
- Sanción por el no pago de los intereses a las cesantías.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls 4 y 5. Se vinculó con la demandada de forma verbal el 01 de octubre de 2002, para realizar actividades de servicio

doméstico, su horario fue de 7am a 5pm, el último salario ascendió a \$30.000 el que no incluía el auxilio de transporte ni dominicales. Su contrato feneció el 21 de marzo de 2013 verbalmente y sin justa causa. Nunca se le afilió a seguridad social. Durante la vinculación laboral no se consignaron las cesantías ni sus intereses, tampoco las vacaciones. Considera procedente el pago de las indemnizaciones previstas en los artículos 64 y 65 del CST.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Once Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la demanda fue contestada a través de curador ad litem en los términos del escrito visible a folios 89 a 95.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ningún hecho.
- Como excepción de mérito propuso prescripción extintiva de los derechos laborales.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso absolver a la demandada de las pretensiones incoadas. Llegó a esa determinación luego de citar las normas que regulan el contrato realidad y la carga de la prueba, para concluir que en el asunto el material probatorio había resultado insuficiente para demostrar los hechos en los que se edificaron las súplicas de la demanda, resaltó que los testigos (hijos de la promotora del proceso) si bien coincidieron en aspectos tales como el domicilio donde la actora prestó sus servicios y el salario, en cuanto al horario todos incluso la demandante se equivocaron, pues ninguno coincidió en la hora de salida, además ellos solo fueron testigos de oídas ya que no presenciaron los aspectos que revisten las relaciones de trabajo, es más ni siquiera se acreditó la prestación personal del servicio.

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante: No se pronunció en esta etapa.

Parte demandada: Guardó silencio.

CONSIDERACIONES

La Sala procede a resolver el **grado jurisdiccional de consulta**, teniendo en cuenta que el fallo fue totalmente adverso a las pretensiones de la demandante y ninguna de las partes interpuso recurso de apelación.

MARÍA CUSTODIA DE JESUS BELTRÁN GARZÓN persigue se declare la existencia de un contrato de trabajo con la demandada entre el 01 de octubre de 2002 al 21 de marzo de 2013, donde desempeñó labores domésticas, y en consecuencia pide se ordene el pago de todas las acreencias laborales derivadas de ese vínculo. Por lo que se procede a verificar las pruebas que integran el expediente, a efectos de determinar si son o no procedentes las súplicas de la demanda.

De la existencia de la relación laboral

Al respecto se deben tener en cuenta las siguientes normas: El Código Sustantivo de Trabajo define en el artículo 22 el contrato de trabajo como *"aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración"*. El artículo 23 agrega que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales: a) la actividad personal del trabajador, es decir la 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 se debe mantener por todo el tiempo de duración del contrato y c) un salario como retribución del servicio. Así mismo se debe hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 24 *ibidem* el cual determina que *"Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo"*. Así se consagra una ventaja probatoria a favor del trabajador, en virtud de la cual una vez se acredite la prestación del servicio, se presumen los demás presupuestos requeridos para que se configure la relación laboral, lo cual determina que la carga de la prueba se traslada al empleador a quien le corresponde desvirtuar la presunción, demostrando que la relación estuvo

desprovista del elemento de subordinación o dependencia, es decir, debe probar la autonomía del servicio prestado.

Acorde al sustento normativo, procede La Sala a examinar el material probatorio allegado el que consiste en el interrogatorio de parte rendido por la demandante y las declaraciones de Manuel Ramírez y Jenny Andrea Ramírez.

MARÍA CUSTODIA DE JESÚS BELTRÁN GARZÓN en su interrogatorio reiteró lo expuesto en los hechos de la demanda, expuso en síntesis que laboró para la actora entre octubre de 2002 y marzo de 2013, que los acuerdos a los que llegó con la demandada fueron verbales en un momento dado, se le entregaron las llaves del apartamento de la llamada a juicio para ejercer las labores domésticas, sus funciones consistieron en arreglar el apartamento, organizar el mercado o lo que la demandada necesitara. Como salario al inicio se le canceló la suma de \$ 25.000 diarios y a la finalización este ascendía a \$37.000, valores que los que debía deducir su propio transporte. La demandada le daba las indicaciones de lo que debía hacer, a la finalización del vínculo llamó a HERNANDEZ CAÑAVERAL para que se pagara sus prestaciones sociales, no obstante, la demandada nunca le contestó y al buscarla en su domicilio se le informo que ella se había mudado.

MANUEL RAMÍREZ (hijo de la demandante) indicó que la actora trabajó desde octubre del 2002 hasta la semana santa del 2013 como empleada doméstica, asistía un día a la semana, todo el tiempo laboró en el edificio San José ubicado en la carrera 7 con 82 y esto lo sabe porque en una época fue conductor de taxi y la transportaba. Afirmó que el horario de su progenitora era de 8am a 9-10pm esporádicamente 11pm. El salario fue de \$37.000 por día, ella no fue afiliada a seguridad social, las órdenes se la impartía la demandada, pero no le consta los acuerdos pactados entre las partes, el contrato terminó porque no la volvieron a llamar.

Finalmente, **JENNY ANDREA RAMÍREZ** (hija de la actora) sabe que la demandante trabajó para la demandada entre octubre o noviembre del 2002 hasta marzo del 2013, sabe que el contrato se terminó porque la demandada no volvió a llamar a su progenitora quien trabajaba en un edificio en la 82 con 7 cada 8 días. Las labores eran de aseo en general y el horario estaba comprendido entre las 8 -9 am y hasta las 7 o 9 pm. Su hermano a veces la transportaba. Ella no tenía seguridad

social, no se le pagaron prestaciones sociales, la remuneración era diaria. La demandada no volvió a contestar el teléfono y las órdenes las impartía HERNANDEZ CAÑAVERAL.

Conforme lo anterior La Sala resalta dos situaciones, en cuanto a los testigos se tiene que ellos fueron de oídas, pues por su cercanía con la demandante (hijos) a ellos solo les consta aspectos externos de la relación laboral que se demanda, sin embargo, la información brindada además de no evidenciar siquiera la prestación personal del servicio o las órdenes impartidas por PAULA MILENA HERNANDEZ CAÑAVERAL a MARÍA CUSTODIA DE JESUS BELTRÁN GARZÓN, La Sala de ellos no tiene certeza de la veracidad de los hechos expuestos ya que no fueron percibidos de manera directa, y en el proceso de comunicación la información pudo haber sido tergiversada. En cuanto al interrogatorio rendido por la demandante, es de recordar que tal medio probatorio solo es valedero en tanto contenga una confesión, la que debe versar sobre los hechos que le produzcan consecuencias jurídicas adversas o que favorezcan a la contraparte, por tanto, las manifestaciones que elevó la actora en su interrogatorio no pueden ser tenidas en cuenta a su favor porque sus aseveración solo son afirmaciones encaminadas a reafirmar los hechos de la demanda, pero que no son suficientes para tener por acreditado su deber probatorio conforme las exigencias del art. 167 del CGP, que dispone *"incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"*

Así las cosas, se evidencia que le asiste razón al A quo en absolver a la llamada a juicio de las pretensiones elevadas, como quiera que en el asunto no se comprobó la existencia de los tres elementos que prevé el art. 23 del CST, y bajo estas consideraciones no queda otro camino que **CONFIRMAR** la sentencia consultada.

Sin costas en la instancia por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá el día 03 de febrero de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – Sin costas.

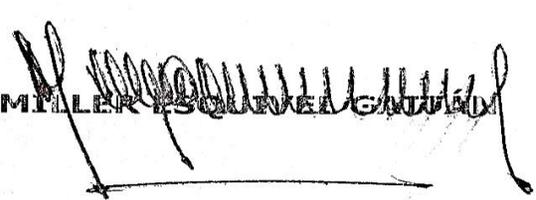
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESCOBAR GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ESPERANZA EMMA VANEGAS LOZANO
CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CACAOTEROS. Rad.
2016 00088 02 Juz 12.**

En Bogotá D.C., a los dieciocho (18) días de octubre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ESPERANZA EMMA VANEGAS LOZANO demandó a COLPENSIONES y a LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CACAOTEROS, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas de folio 54.

- Corrección de historia laboral del causante Víctor de Jesús Cardona Ramírez.
- Pensión de vejez.
- Sustitución de la pensión.
- Subsidiariamente Pensión de sobrevivientes con aplicación de la condición más beneficiosa.
- Pago de daños y perjuicios.
- Condena en costas.

Los hechos de la demanda se describen a folios 51 a 53. Víctor de Jesús Cardona Ramírez nació el 18 de diciembre de 1942 y falleció el 02 de abril del 2013. Desde el año 2002 solicitó la corrección de su historia laboral al ISS y posteriormente a Colpensiones para que se incluyera el tiempo laborado ante la Federación Nacional de Cacaoteros comprendido entre el 01 de noviembre de 1971 al 31 de marzo de 1974. El ISS lo hizo incurrir en error al asesorarlo mal y hacerlo realizar cotizaciones como independiente en los años 2007 y 2008, a pesar de haber cumplido con el

requisito de las semanas exigidas para su pensión. Mediante fallo de tutela del 01 de marzo de 2011, se ordenó a la Federación Nacional de Cacaoteros y a Colpensiones que resolvieran la solicitud de corrección de historia laboral la cual no se hizo y se mantuvo el número de 929 semanas cotizadas, razón por la cual el 12 de septiembre de 2013 le fue negado el reconocimiento pensional a Cardona Ramírez. Posterior al fallecimiento del afiliado, la demandante (esposa de Cardona Ramírez) solicitó nuevamente el reconocimiento pensional o en su defecto la pensión de sobrevivientes, la que se siguió negando en resolución No. GNR 1126658 del 14 de abril de 2014, decisión que fue confirmada el 19 de diciembre de ese mismo año. Presentó acción de tutela con radicado "215-669", la que fue negada por improcedente, pero ordenó a COLPENSIONES que verificara la historia laboral del causante.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de esta ciudad (fl. 65) y corrido el traslado las accionadas Colpensiones, y Federación Nacional de Cacaoteros contestaron de la siguiente manera:

La demandada **COLPENSIONES**, en los términos del escrito visible en folios 85 a 89.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento y fallecimiento de Víctor de Jesús Cardona, la respuesta generada por Colpensiones el 12 de septiembre de 2013 donde se negó el reconocimiento pensional el que fue confirmado en decisión el 19 de diciembre de 2014.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, inexistencia del derecho y la obligación por falta de reunir los requisitos legales, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, y genérica.

La demandada **FEDERACIÓN NACIONAL DE CACAOTEROS**, en los términos del escrito visible en folios. 117 a 130.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento y fallecimiento de Víctor de Jesús Cardona, las solicitudes que el causante adelantó ante esa entidad, las acciones de tutela promovidas, las peticiones para el reconocimiento y pago de la prestación pretendida a favor de Cardona Ramírez y que han sido negadas.

- Formuló como excepciones de mérito; pago, inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, prescripción, buena fe, y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la existencia de relación de trabajo entre Víctor de Jesús Cardona Ramírez y la Federación Nacional de Cacaoteros desde el 01 de noviembre de 1971 hasta el 31 de marzo de 1974, condenó a la Federación Nacional de Cacaoteros a trasladar a favor de Colpensiones el valor del cálculo actuarial por las cotizaciones correspondientes a los ciclos 01 de noviembre de 1971 y el 31 de marzo de 1974, el cual debe ser computado en el historial de semanas cotizadas por Víctor de Jesús Cardona Ramírez, conforme los términos del Decreto 1887 de 1994, precisó la fecha de nacimiento (18 de diciembre de 1942) y el salario percibido (de \$7.470). Se abstuvo de acceder a la pensión de vejez post-mortem y la pensión de sobrevivientes, y condenó en costas a la Federación Nacional de Cacaoteros en \$1.800.000.

Llegó a esa determinación al advertir que la Federación Nacional de Cacaoteros es una entidad de derecho privado, y Víctor de Jesús Cardona Ramírez tuvo una relación laboral con dicha empresa desde el 01 de noviembre de 1971 hasta el 31 de marzo de 1974, como consta en el contrato de trabajo aportado. En cuanto a los tiempos respecto de los cuales versa la actualización de la historia laboral, indicó que la demandada incumplió con sus deberes como empleador ya que, entre el 01 de noviembre de 1971 al 31 de diciembre de 1973, no hizo los aportes a pensión de su trabajador, teniendo la obligación de hacerlo. El a quo citó jurisprudencia de la SL CSJ relacionada con la necesidad de que las empresas hicieran las provisiones del caso para los aportes pensionales tal como ocurrió en el asunto, por lo que ante tal omisión ordenó a la Federación Nacional de Cacaoteros que pagara el cálculo actuarial correspondiente a Colpensiones, por las cotizaciones dejadas de efectuar en el ciclo ya indicado. En cuanto a la pensión de vejez post mortem, dijo que la misma no era posible analizarla en este momento, hasta tanto no se contara con el cálculo actuarial necesario para determinar con certeza la procedencia de la prestación con base al monto cotizado por el causante, las semanas, y los valores de cada uno de los salarios que éste devengó. Respecto a la pensión de sobrevivientes, adujo que el causante efectuó su última cotización el 12 de agosto del año 2008 y falleció el 02 de abril del año 2013, pero en este momento tampoco era dable determinar la densidad de semanas definitivas a efectos de estudiar la prestación. En cuanto a la aplicación de la condición más beneficiosa en los términos

establecidos por la SL CSJ en el tránsito legislativo entre la Ley 100/93 y la Ley 797/03, dijo que no se cumplía con ninguna de las condiciones impuestas por la Corte, también analizó la prestación conforme lo dicho por la SC CSJ en sede de tutela y la Corte Constitucional, habiendo realizado un test de ponderación que no superó la actora quien cuenta con una pensión de vejez. Respecto a la prescripción, como lo ha señalado la Corte Constitucional, por perseguirse en este proceso la determinación de un estatus pensional dijo que tal excepción no operaba en el caso.

Recursos de apelación

LA DEMANDANTE: Interpone recurso de apelación parcial contra la sentencia por no compartir la decisión del A quo de abstenerse del reconocimiento de la pretensión subsidiaria - pensión de sobrevivientes. Dice que no es procedente supeditar los reconocimientos deprecados hasta tanto la Federación Nacional de Cacaoteros no realice el pago del cálculo actuarial, considera que está plenamente demostrado que con el tiempo comprendido en el cálculo ya se completa la densidad de semanas para que se acceda a la pensión de vejez y que su pago es un asunto que solo compete a Colpensiones y a la Federación, que en caso de no cumplirse Colpensiones debe iniciar un proceso ejecutivo para hacerlo efectivo. Indica que la actora lleva con el causante más de 14 años reclamando este derecho, el que no puede quedar suspendido. De otra parte, precisa que si bien la demandante goza de una pensión, ella es de salario mínimo, y es una pensión que causó por derecho propio, diferente a la reclamada con el proceso. El juez, confunde el derecho a la pensión de sobrevivientes con la de vejez, las cuales tienen requisitos diferentes, insiste en que tiene derecho a la prestación de sobrevivientes, y si el causante no cumplió con la densidad de semanas (50 o 26 como las menciona el juez) es porque precisamente se estaba reclamando un derecho y no podía exponerse a perder su retroactivo pensional. En cuanto a la condición más beneficiosa, esta exige que para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se haya cotizado 300 semanas al 01 de abril de 1994, la CSJ en ese sentido ha estipulado que sí bien la muerte se ha producido en vigencia de una Ley distinta se debe aplicar el principio de la condición más beneficiosa que señala el artículo 53 de la Constitución Política a fin de definir la situación pensional, y como el causante contaba con las 300 semanas cotizadas, son esas las que se deben valorar en el asunto. Precisa que no hay duda sobre el régimen de transición que beneficiaba al causante y por ende a la hoy reclamante. En cuanto al test de proporcionalidad que hace el juez, lo encuentra improcedente pues si bien la actora goza de una pensión de salario mínimo, la misma no alcanza para cubrir unas condiciones dignas, y concluye solicitando además del pago del cálculo actuarial, se reconozca la pensión de vejez y los perjuicios morales causados

a la reclamante generados de la negativa en el reconocimiento de la pensión lo que va en detrimento en su patrimonio.

LA DEMANDADA FEDERACIÓN NACIONAL DE CACAOTEROS: No está de acuerdo con la sentencia, dice que la condena al pago del cálculo actuarial además de que la demandante no está legitimada para elevar reclamo alguno, no procede. En cuanto a la pensión de sobrevivientes, precisa que la misma no depende del cálculo actuarial para su análisis y procedencia. Resalta que el juez no valoró el lugar de trabajo del causante (municipio de Chaparral – Tolima) ni la temporalidad de la prestación del servicio, pues para esa data, el empleador no tenía la obligación de afiliarlo al sistema de seguridad social por falta de cobertura en esa localidad, y en esa medida el empleador no puede ser obligado a lo imposible, adicional a que ni la Ley ni la jurisprudencia vigente contemplaban esa situación, y como apoyó jurisprudencial citó las sentencias de la CSJ SL con radicado 13347 del 09 de junio del 2000, sentencia del 18 de abril del 1996 con radicado 5453, 12 diciembre de 1996 con radicación 9216, del 24 de febrero de 1998 con radicación 10339 y la del 01 de julio del 2009 con radicación 3942. Respecto al pago de los perjuicios reclamados, adujo que lo ellos no están acreditados, el actuar de la Federación no está encaminado a causar un daño o perjuicio, en ningún momento se presentó reclamación alguna donde la actora actuara en calidad de cónyuge de Víctor Cardona, por lo que insiste en el proceso ostenta una calidad que no está probada.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Solicitó la confirmación de la decisión en lo atinente a la orden emitida a FEDECACAO del pago del cálculo actuarial entre 1971 a 1974, porque se demostró la existencia de la relación laboral y del incumplimiento de la entidad de realizar los aportes a seguridad social, sin embargo, reiteró su inconformidad respecto de la decisión del A quo de no estudiar el reconocimiento pensional, ya que, al ordenarse el pago del cálculo actuarial de las semanas pendientes se cumplen los requisitos establecidos en la Ley 71 de 1988, por lo que, tener que iniciar un nuevo proceso para solicitar el reconocimiento pensional es desgastante para la actora y genera perjuicios patrimoniales notables, aun mas teniendo en cuenta su avanzada edad. Aseveró indicando que no se aplicó el principio de la condición mas beneficiosa por parte de COLPENSIONES, que en el proceso no puede aplicarse el fenómeno de la prescripción y que, en conclusión, debe revocarse la decisión de no reconocer la prestación pensional. Adicionalmente, allegó registro de matrimonio entre el causante y la actora y registro civil de nacimiento de la hija en común de la

pareja, en razón a que FEDECACAO puso en tela de juicio la condición de cónyuge de VANEGAS LOZANO.

Parte demandada:

COLPENSIONES: Solicitó la revocatoria de la decisión, en razón a que no es procedente el reconocimiento pensional post-mortem conforme a ninguna de las normas pensionales, tanto las derogadas como las vigentes, por no cumplimiento de los requisitos, no obstante, precisa la Sala que no existió reconocimiento pensional alguno en la sentencia de primera instancia.

FEDECACAO: En síntesis, reiteró los argumentos expuestos en la alzada y ratificó que no tenía obligación de afiliar al trabajador en ese momento temporal, dado que en el lugar donde prestaba sus servicios no existía cobertura para los riesgos de Vejez, Invalidez y Muerte.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de alzada procede La Sala a determinar si es dable condenar a la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CACAOTEROS al pago del cálculo actuarial ante la no afiliación del demandante a los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte, por el vínculo laboral comprendido entre el 01 de noviembre de 1971 hasta el 31 de marzo de 1974. Posteriormente se va a analizar si la demandante tiene derecho a que se reconozca y pague una pensión de vejez post-mortem, la pensión de sobrevivientes y los perjuicios morales que reclama.

Contrato de trabajo

No se controvierte la relación laboral que existió entre VÍCTOR DE JESÚS CARDONA RAMÍREZ y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CACAOTEROS por el periodo comprendido entre el 01 de noviembre de 1971 y el 30 de mayo de 1984. Tampoco se discute que entre el 01 de noviembre de 1971 y el 31 de diciembre de 1973, la demandada no hizo los aportes a pensión del trabajador CARDONA RAMÍREZ, por lo que procede La Sala a determinar si es dable ordenar la actualización de la historia laboral tal como lo dispuso el A quo.

Cálculo actuarial

La jurisprudencia actual de la Sala Laboral de la CSJ, ha reiterado en diferentes oportunidades que los empleadores deben asumir la totalidad del cálculo actuarial

correspondiente a los periodos en los que la prestación del servicio estuvo a su cargo, pese a que para la época no tuvieron la obligación de afiliar a los trabajadores al ISS por falta de cobertura, ya que para ese momento era el empleador el único responsable del riesgo pensional. Así se ha precisado en las sentencias SL CSJ SL17300-2014 reiterada en la SL673-2021 en la SL1173-2022, en la que se dijo:

"El artículo 76 de la Ley 90 de 1946 clarificó la situación al disponer (...); de forma que al contemplar esas situaciones, no puede entenderse que excluyó al empleador de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo, relacionadas con las prestaciones del trabajador.

En efecto, el concepto de que no existía norma reguladora del pago de las cotizaciones en cabeza del patrono en el período en que no existió cobertura del I.S.S., equivale a trasladar al trabajador las consecuencias de la orfandad legislativa de la época, solución que no se compadece con el contexto de un ordenamiento jurídico que parte de reconocer un desequilibrio en la relación contractual laboral, en tanto esos períodos no cotizados tienen incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional y en todo caso propiciaría un enriquecimiento sin causa al permitir un desequilibrio patrimonial, que carece de justificación.

Desde luego, el «mejoramiento integral de los trabajadores», que implicó la asunción de riesgos por el ISS, sólo puede concebirse si tal cobertura se hace efectiva, porque de lo contrario, antes que existir aquel postulado, lo que se propicia es que quede desprovisto de la atención plena e integral, que se le debe por el trabajo desarrollado.

Estima la Sala que, si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de la contingencia, ésta sólo cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser desconocido; menos puede imponérsele al trabajador una carga que afecte su derecho a la pensión, sea porque se desconocieron esos períodos, ora porque el tránsito legislativo en vez de garantizarle el acceso a la prestación, como se lo propuso el nuevo esquema, se le frustró ese mismo derecho.

El patrono, por tanto, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los tiempos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento puede considerarse liberado de la carga que le correspondía."

Así las cosas, la decisión del A quo sobre esta condena resulta acertada, ajustada a derecho y acorde con la jurisprudencia actual sobre la materia, pues además no se puede olvidar que el artículo 72 de la Ley 90 de 1946, impuso el deber de los patronos de hacer los aprovisionamientos del capital necesarios para efectuar los aportes al ISS en los casos en que éste asumiera dicha obligación, posición que fue asumida por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 41745 del 16 de julio de 2014, la que fue reiterada en proveído del 15 de marzo de 2017 radicado 47532, y

que constituye la actual posición jurisprudencial como ya se indicó. En esta última decisión se dijo:

"Sin embargo, en el 2014, la corporación fijó un criterio mayoritario a partir de las sentencias CSJ SL9856-2014 y SL 17300-2014 y, así, abandonó antiguas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador en cuanto entendía que no incurría en omisión de afiliación de sus trabajadores y pago de cotizaciones para cubrir el riesgo de vejez, en aquellas regiones del país en las que no había cobertura del ISS."

En consecuencia, y sin que sean necesarias consideraciones adicionales, La Sala confirma la decisión impuesta respecto del cálculo actuarial.

Pensión de vejez post-mortem

Al revisar las resoluciones emitidas por Colpensiones y que militan a folios 3 a 18 del expediente, se advierte que la entidad negó la pensión de vejez a Cardona Ramírez Víctor de Jesús por no acreditar el número de semanas exigidas por el Acuerdo 049/90, ni en la Ley 100/93 modificada por la Ley 797/03, como quiera que solo se acreditaron 929 semanas. En esa oportunidad Colpensiones abordó lo relacionado con la corrección de la historia laboral por los tiempos comprendidos entre el 01/11/1971 y el 31/03/1974 para lo cual pidió a ESPERANZA EMMA VANEGAS LOZANO las pruebas de tal relación laboral, las que al parecer no fueron allegadas. Ahora, en el asunto el juez negó este reconocimiento al considerar que la prestación no puede ser estudiada hasta tanto COLPENSIONES no cuente con el pago del cálculo actuarial aquí reconocido, en la medida en que para el análisis de la pensión no solo se necesita saber el número de semanas, ya que también es necesario contar con el monto de lo cotizado durante toda la relación laboral y los salarios.

Pues bien, al respecto es de indicar que no se puede efectuar el reconocimiento pretendido en este momento, teniendo en cuenta que para determinar el monto de la prestación se hace necesario contar con el ingreso base de cotización de cada ciclo laborado, bajo ese entendido y, en la medida en que no obra prueba de ello, tan solo hasta cuando se consolide la totalidad de las semanas laboradas junto con sus factores salariales para efectuar los aportes, COLPENSIONES no podrá hacer los cálculos respectivos para establecer esta pensión, en ese orden, hasta tanto la entidad no cuente con la información referida, no queda habilitada para proceder con el estudio respectivo, pues de procederse de otra manera se estaría tanto como partiendo de suposiciones. Así las cosas, y como COLPENSIONES no puede proceder a un pago con dineros que ni siquiera ha recibido, La Sala también confirma esta decisión del juez.

Pensión de Sobrevivientes

No se controvierte en esta instancia que el causante VÍCTOR DE JESÚS CARDONA RAMÍREZ falleció el 2 de abril de 2013 (fl. 3) por lo que la norma que gobierna la situación pensional es la contenida en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003. Tampoco es objeto de debate que la demandante fue reconocida por COLPENSIONES como beneficiaria para solicitar esta prestación, pues acreditó la calidad de cónyuge de CARDONA RAMÍREZ (fl 5 vlto y 6, con lo que además se establece la legitimación en la causa de la demandante para promover todas las pretensiones de este litigio) y que la demandada negó la prestación perseguida en las resoluciones GNR 428172 del 19 de diciembre de 2014 y GNR 396548 del 09 de diciembre de 2015. Así las cosas, como quiera que CARDONA RAMÍREZ falleció el 2 de abril de 2013, se procede a verificar como primer requisito para acceder a la pensión, la densidad de semanas que obran en la relación de aportes (fls. 142 A 152) y se acredita que entre 02 de abril de 2010 y el 02 de abril de 2013 no cotizó ni una sola semana, por ende, ante el incumplimiento del requisito de las 50 semanas de cotización durante los tres años anteriores a la fecha del deceso, se concluye que la decisión del a quo se ajustó a derecho, ya que CARDONA RAMIREZ no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes bajo la normatividad aplicable.

En cuanto a la aplicación de la condición más beneficiosa, la cual se estudia por esta Sala con los parámetros que la SL CSJ ha enseñado y sin que sea dable acudir a otras interpretaciones para definir en asunto (como mal lo hizo el juez al acudir a decisiones proferidas por la SC CSJ y la Corte Constitucional, en sede de tutela), se advierte que al estudiar la prestación bajo el gobierno del artículo el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 sin modificación, tampoco se cumple con la exigencia legal en tanto que el causante no se encontraba activa al momento de su muerte, y tampoco cuenta con semana alguna dentro del año anterior a su fallecimiento, sin que sea posible estudiar el Acuerdo 049 de 1990, pues en aplicación del citado principio solo es viable remitirse al precepto anterior a la norma vigente al momento del fallecimiento. Además de lo anterior, para aplicar el referido principio, es necesario acreditar los parámetros establecidos por la SL CSJ desde la sentencia SL4650-2017 del 25 de enero de 2017 con radicación 45.262 cuyos ponentes fueron el Dr. Fernando Castillo Cadena y Dr. Gerardo Botero Zuluaga. Esto porque el causante se encontraba cotizando al momento del cambio normativo (entre Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003) y para que proceda el mismo se debe verificar que El causante estuviera: cotizando al 29 de enero de 2003, haber aportado 26 semanas en cualquier tiempo, anterior al 29 de enero de 2003, que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, que al momento de la fallecimiento estuviese cotizando, y que hubiese cotizado

26 semanas en cualquier tiempo, antes del deceso; sin que tales exigencias se encuentran acreditadas en el expediente, pues se reitera el deceso de VÍCTOR DE JESÚS CARDONA RAMÍREZ ocurrió fuera del término establecido por la jurisprudencia, criterio este que La Sala de decisión ha acogido siguiendo los lineamientos que al respecto ha venido sosteniendo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema, máximo órgano de nuestra jurisdicción, además de que no encuentra este Juez colegiado fundamentos suficientes para apartarse de tal entendimiento.

Perjuicios morales

Indica la actora en síntesis que la negativa de las demandadas en reconocer sus derechos y los de su cónyuge que por varios años vienen solicitando ante cada uno de ellos, le han generado un perjuicio moral que debe ser indemnizable. Sobre el daño moral la SL CSJ en sentencia SL1900-2021 que citó la CSJ SL4794-2018, dijo: *"la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada ha sostenido que el daño moral debe ser analizado desde dos perspectivas, los objetivados y subjetivados, respecto de los que en la sentencia CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 39867, reiterada en la CSJ SL1525-2017, se dijo «Los primeros, son aquellos daños resultantes de las repercusiones económicas de las angustias o trastornos síquicos que se sufren a consecuencia de un hecho dañoso; y, los segundos, los que exclusivamente lesionan aspectos sentimentales, afectivos, y emocionales que originan angustias, dolores internos, síquicos, que lógicamente no son fáciles de describir o de definir.»* A partir de estas definiciones, y en consonancia con el análisis de las pretensiones de la demanda, La Sala advierte que si bien la actora viene reclamando la pensión de vejez y la de sobrevivientes (desde el deceso de CARDONA RAMÍREZ) lo cierto es que conforme los resultados del proceso las actuaciones de la Federación Nacional de Cacaoteros hasta el año 2014 fueron acordes con los mandatos jurisprudenciales y es ahora en virtud de esta demanda que se le impone la obligación de pagar el respectivo cálculo actuarial por lo que no se advierte que su actuar estuviera encaminado a generar el perjuicio reclamado. En cuanto a Colpensiones, lo que se demostró fue que la entidad en todas sus resoluciones actuó conforme a las normas que regulaban cada situación fáctica, por lo que ésta tampoco tiene responsabilidad alguna en el perjuicio que se reclama.

Así las cosas y sin que haya más puntos por analizar, La Sala **CONFIRMA** la sentencia apelada.

COSTAS: Las de primera instancia se confirman. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de julio de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera instancia se confirman, Sin costas en esta instancia.

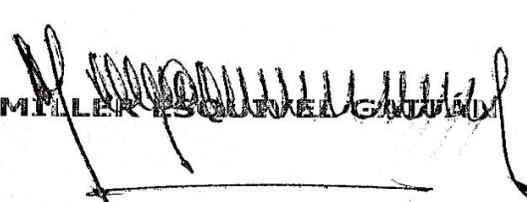
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESCOBAR GONZALEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JUDITH ELENA ACERO PÉREZ CONTRA PORVENIR S.A. PENSIONES Y CESANTIAS Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2019 00199 01 Juz 03.

En Bogotá D.C., a los dieciocho (18) días de octubre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

JUDITH ELENA ACERO PÉREZ demandó a PORVENIR y a COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas de folio. 33.

- Nulidad o ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Indexación.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades Ultra y Extra Petita.

Los hechos de la demanda se describen a folios 5 a 7. Cotizó al ISS desde el año 1974 hasta el 2002, fecha para la cual se trasladó a Porvenir. Al momento de la asesoría no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen, así como las características propias del RAIS. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni se hizo un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le informó de la disminución de su mesada pensional. Presentó demanda ordinaria laboral solicitando la pensión de vejez, pero le fue negada. El 10 de septiembre de 2018 mediante derecho de petición requirió a la AFP Porvenir y a Colpensiones para que se declarara la nulidad de su traslado, sin embargo, recibió respuestas negativas por parte de dichas entidades.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad (folio 41) y corrido el traslado, las accionadas Colpensiones y AFP Porvenir, contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos del escrito visible en folios. 47 a 52.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó el periodo en que cotizó al ISS, la demanda en la que solicitó la pensión de vejez, la solicitud de la nulidad de la afiliación en el RAIS y la respuesta negativa.

- Formuló como excepciones de mérito; prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe, petición anticipada, declaratoria de otras excepciones.

La **AFP PORVENIR** contestó en los términos del escrito visible a folios 59 a 69.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó que la actora cotizó a Porvenir entre el 2002 y el 2010, la respuesta negativa expedida por esta entidad a la petición de nulidad de traslado.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, saneamiento por ratificación, el traslado de régimen de la demandante es inviable por tener la calidad de pensionado, prescripción, buena fe, compensación, y genérica o innominada.

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Igualmente, la **AFP PORVENIR** presentó demanda de reconvencción contra JUDITH HELENA ACERO PÉREZ, para que se profieran las condenas contenidas de folio 95.

- Reintegro de \$13.766.855 por concepto de devolución de saldos.
- Indexación.
- Subsidiariamente: Autorizar a Colpensiones descontar \$13.766.855 del retroactivo.

Los fundamentos fácticos de su petición se describen a folio 95. Judith Helena Acero Pérez se trasladó a Porvenir S.A. el 28 de febrero de 2001. El 21 de enero de 2011 solicitó a la AFP la pensión de vejez, pero fue rechazada su petición por no acreditar el cumplimiento de los requisitos legales para acceder a tal prestación, y se le indicó que, en su caso procedía la devolución de saldos, la cual se haría solamente si existía una petición expresa que así lo solicitara, razón por la cual, el 14 de febrero de 2011 ACERO PÉREZ manifestó a la AFP PORVENIR que autorizaba la devolución de saldos, actuación que se materializó el 24 de febrero de 2011.

Admitida la demanda de reconvencción (folio 97) y corrido el traslado, Colpensiones y Judith Helena Acero Pérez contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos del escrito visible en folios. 102 a 103, indico que ni se opone ni se allana.

La demandada **JUDITH HELENA ACERO PÉREZ**, en los términos del escrito visible en folios. 108 a 109.

- Aceptó que prospere la pretensión de descontar los valores entregados por devolución de aportes, en el caso de que se ordene el reconocimiento pensional y el pago del retroactivo pensional.
- No aceptó ningún hecho.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de la demandante, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad que se efectuó a través de la AFP Porvenir el día 28 de febrero del 2004, además condenó a JUDITH ELENA ACERO PÉREZ a reintegrar a la AFP Porvenir \$13.766.855 por concepto de devolución de saldos, y ordenó a esta AFP devolver a Colpensiones todos los valores que hubieran recibido con motivo de la afiliación hasta el 24 de febrero del año 2011, condicionando esta condena al anterior

cumplimiento de lo ordenado a la demandante. Así mismo, impuso a Colpensiones aceptar dichos valores, y actualizar la historia laboral de la actora. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el momento del traslado de régimen, esto debido a que solo aportaron al proceso el formulario de afiliación de la actora al fondo privado, evidenciándose que no se brindó una información de las características del régimen. Señaló que al estar la nulidad de traslado relacionada con los derechos pensionales de la actora no opera la prescripción ante esta situación, y accedió a lo solicitado en la demanda de reconvención, en razón a las condenas decretadas, las cuales condicionó previo reintegro de los valores que recibió la demandante por devolución de saldos, pues se otorgó la ineficacia del traslado y por lo tanto la demandante debe restituir a la AFP los dineros que le fueron pagados por tal concepto.

Recurso de apelación

LA DEMANDANTE: Solo está inconforme en lo atinente a condicionar el traslado de aportes desde Porvenir a Colpensiones por la suma que le fue cancelado por devolución de aportes, los cuales ya no hacen parte de su patrimonio, por lo que solicita que la controversia sobre tales dineros se solucione descontando de la prestación que se reconozca a la demandante tal rubro.

LA DEMANDADA PORVENIR: Indicó que el traslado fue válido al ser libre y voluntario, que en 16 años de permanencia en el RAIS la actora efectuó actuaciones que confirman conocer del funcionamiento del régimen y sus beneficios, tal es así que le fue realizada una devolución de saldos por no tener derecho al pago de una pensión. Los valores devueltos corresponden a lo cotizado, la demandante los recibió libremente. Respecto de la carga de la prueba, sostuvo que no puede juzgarse un acto jurídico bajo normas posteriores, reitera que el fondo cumplió con la normativa vigente al momento del traslado y por ende, no había lugar a la declaratoria de la ineficacia.

LA DEMANDADA COLPENSIONES: Solicitó que la suma a devolver por concepto de devolución de saldos sea indexada, respecto de la ineficacia del traslado de régimen, dijo que no puede declararse en razón a que el traslado fue válido conforme a las normas que regulaban el acto jurídico al momento del cambio y si bien, la jurisprudencia de la CSJ tiene un criterio general donde prosperan estas pretensiones, en otros pronunciamientos de la Corte Constitucional se ha adoptado una postura diferente, por lo que deben tenerse en cuenta dichos pronunciamientos para estos casos. Pidió no tener en cuenta los argumentos de la demandante, porque se basa en una situación futura que no se sabe si vaya a ocurrir (reconocimiento pensional), por ende, no puede condicionar la devolución del dinero pagados por la AFP a una circunstancia futura e incierta. Además, el reconocimiento de la prestación ya fue un hecho discutido previamente y negado, por lo que lo más probable es que continúe sin haber cumplido los requisitos necesarios para acceder a tal prestación.

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante: No se pronunció en esta etapa.

Parte demandada.

- **COLPENSIONES:** Reiteró los argumentos expuestos en la alzada e indicó que con la decisión se afecta notablemente el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.
- **PORVENIR:** En síntesis, reiteró los argumentos expuestos en la instancia.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen y en consecuencia, si proceden las condenas decretadas.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición del 10 de septiembre de 2018 (fls. 19), mediante la cual se solicitó la nulidad de la afiliación que hizo la actora al RAIS a través de la AFP PORVENIR, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que desde el 28 de febrero de 2002 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad cuando solicitó su vinculación a la AFP PORVENIR, según formulario que reposa a folio 73, donde permaneció hasta el 24 de febrero de 2011, fecha en la que a la demandante se le efectuó una devolución de saldos por parte de la AFP PORVENIR (fl. 75), por valor de \$13.766.855.

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la actora el 28 de febrero de 2002 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir (fl. 73), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Quando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

² *"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"*

³ *"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

No obstante lo anterior, y teniendo claro que PORVENIR no cumplió con el deber de información que le correspondía al momento del traslado de régimen, la Sala no puede desconocer los pronunciamientos jurisprudenciales, en especial, la sentencia de la CSJ con radicado SL373-2021 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en la cual, respecto a la invalidación del traslado de régimen cuando quien demanda es un pensionado, abandonó el criterio adoptado en sentencia con rad. 31989 de 2008. Lo anterior, luego de determinar que no es posible que bajo la figura de la ineficacia de la afiliación, el afiliado pensionado en el RAIS regrese al RPM en el mismo estado en que se encontraba previo a su traslado, por tratarse la calidad de pensionado de un hecho consumado, un status jurídico que no es razonable retrotraer, debido a las afectaciones al sistema en su conjunto, pues reversar el acto del traslado y el reconocimiento pensional, conlleva que sufra la misma suerte todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según la modalidad pensional que se hubiera elegido.

En virtud de lo anterior y por analogía, La Sala, acoge el criterio que adoptó la SL CSJ en la sentencia referida, pues en el caso concreto si bien la demandante no tiene una pensión en el RAIS, a ella sí le fue reconocida una prestación que contempla el sistema (devolución de saldos) por la suma de \$13'766.855 el 24 de febrero de 2011, por ende, no es posible autorizar a estar alturas el traslado del régimen pensional perseguido, pues la actora ya se benefició de una prestación que la Ley establece para los afiliados en el RAIS, que para el caso se reitera es la es la devolución de saldos por no haber cumplido los requisitos para obtener una pensión. Así, como la devolución de saldos también comprende una situación consolidada la que implica incluso el pago de bonos pensionales, y bajo el entendido de que la figura del afiliado con devolución de saldos ya reconocida se asemeja a la de la calidad de pensionado, en el sublite a pesar de que la AFP PORVENIR no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión al momento del traslado de régimen, por cuanto el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, y sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019), aquí no hay lugar a declarar la ineficacia del acto jurídico del traslado por contar la demandante con un status jurídico consolidado que como se expuso, no es posible revertir.

Así las cosas, y por sustracción de materia en el asunto el estudio de los demás puntos de apelación resulta irrelevantes, pues con el análisis efectuado no queda otro camino que **revocar** en su integridad la sentencia apelada.

COSTAS

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

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

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

Las de primera se **REVOCAN**, quedan a cargo de la demandante. Las de alzada estarán a cargo de la demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR en su integridad la sentencia proferida el 17 de junio de 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS. Las de primera se revocan, quedan a cargo de la demandante. Las de alzada estarán a cargo de la demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITAN

Salvo voto

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ ILLE ANDREA DÍAZ ORTÍZ contra CORPORACIÓN ESCUELA DE ARTES Y LETRAS. Rad. 2019 - 00608 - 01. Juz. 19.

En Bogotá D.C., a los dieciocho (18) días de octubre dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

LUZ ILLE ANDREA DÍAZ ORTÍZ demanda a la CORPORACIÓN ESCUELA DE ARTES Y LETRAS para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 42 a 47.

- Se declare que entre las partes existió una relación laboral emanada de un contrato realidad desde el 2 de marzo de 2009 al 30 de julio de 2018, que terminó por causa imputable al empleador
- Se declare la ineficacia del "anexo 1" incorporado al contrato de trabajo que estableció auxilios con pólizas de exclusión salarial que excedía el 41% de la retribución básica.
- Que el último salario fue la suma de \$2.248.400.
- Se declare que la demandada adeuda el reajuste de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social.
- Se condene a la demanda al pago de los reajustes al auxilio de cesantías por el tiempo laborado.
- El reajuste de la prima de servicios por el tiempo laborado.
- El reajuste de los intereses a las cesantías correspondiente a todo el tiempo de la relación laboral.
- Pago de salarios adeudados.
- Sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.
- Reajuste a los aportes a seguridad social.
- Sanción establecida en la Ley 52 de 1975.
- Indemnización por terminación del contrato de trabajo de que trata el artículo 64 del C.S.T.
- Indemnización del artículo 65 del C.S.T.
- Indexación.
- Facultades ultra y extra petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folios 47 a 54. La actora se vinculó laboralmente con la demandada el día 2 de marzo de 2009 mediante contrato de prestación de servicios para ejercer como "diseñadora institucional" ejerciendo

labores propias de los trabajadores de planta, por lo que percibía un salario de \$2.500.000 hasta el 6 de febrero de 2014, fecha en que suscribió contrato de prestación de servicios como docente de tiempo completo con un salario de \$3.137.525. con sujeción al reglamento docente.

Que posteriormente suscribió los siguientes contratos:

- El 11 de agosto de 2014 un contrato de prestación de servicios por 4 meses con una asignación mensual de \$2.951.707.
- El 10 de febrero de 2015 como docente hora cátedra de medio tiempo con un salario de \$1.560.720.
- El 10 de agosto de 2015 suscribió un nuevo contrato para docente hora cátedra de tiempo completo por 4 meses con una asignación de \$3.557.680.
- El 8 de febrero de 2016 un nuevo contrato de prestación de servicios como docente de tiempo completo con un salario de \$4.203.065.
- El 9 de agosto de 2016 mediante contrato de trabajo a término indefinido como docente de tiempo completo con un salario de \$4.084.160 de los cuales el salario básico fue la suma de \$2.452.896 y unos beneficios no salariales por la suma de \$1.631.264 conforme al anexo 1 del contrato.

Que, en el anexo al contrato, se discriminaron factores no salariales de la siguiente manera:

- \$327.053 como auxilio de transporte.
- \$327.053 por concepto de auxilio de alimentación.
- \$981.158 por concepto de auxilio de teléfono.

Que el 8 de agosto de 2018 su empleador le indicó que, por motivos de la carga prestacional, en lo sucesivo se daría el contrato por medio tiempo, por lo que se firmó un otrosí modificando el horario y el salario por la suma de \$2.248.400 de los cuales el salario básico era de \$1.349.040 y unos beneficios con factor no salarial por la suma de \$899.360 de manera permanente.

La demandada canceló los salarios de manera parcial en diferentes meses durante la relación laboral y adeuda los salarios de los meses de septiembre a diciembre de 2017, razón por la que el 25 de julio de 2018 presentó renuncia motivada ante la Institución, la que fue aceptada el 30 de julio de 2018 pero se opuso a los argumentos expuestos. El 8 de agosto de 2018 la demandada le manifestó que para efectos del pago de la liquidación debía firmar una transacción, documento que la demandante firmó, aunque hizo la aclaración de no aceptarla, por lo que le hicieron entrega de la suma de \$6.142.214.

Como la demandada no dio respuesta al derecho de petición que presentó el 9 de agosto de 2018, interpuso acción de tutela la que fue resuelta en su favor mediante providencia del 19 de septiembre de 2018 por el Juzgado Sexto Municipal de Pequeñas Causas Laborales, por lo que la demandada dio cumplimiento al fallo el 24 de septiembre de 2018.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de esta ciudad el 11 de diciembre de 2019 (fl. 77), notificada la accionada y corrido el traslado respectivo, contestó la demanda en los siguientes términos: (fl. 196 a 232).

- No se opuso a las pretensiones de la demanda.
- Aceptó que se suscribió contrato de prestación de servicios por el periodo comprendido entre el 11 de agosto y el 29 de noviembre de 2014 y que el 9 de agosto de 2016 suscribió un contrato de trabajo a término indefinido donde se vinculó a la demandante como docente investigador con un salario de \$2.452.896 y que los valores contenidos en el anexo 1 fueron reconocidos por mera liberalidad ya que iba a tener su cargo horas de investigación, por lo que no son factor salarial; que la institución no cuenta con planes complementarios de educación; que es cierto que hizo unos abonos parciales en abril y agosto de 2016 y en febrero de 2018. Aceptó el derecho de petición presentado por la actora y la acción de tutela, la suscripción de una transacción y la manifestación de desacuerdo con la liquidación final de prestaciones sociales. Negó los demás hechos de la demanda.
- Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, validez del acuerdo o pacto de exclusión salarial, falta de causa petendi, cobro de lo no debido, terminación del contrato de trabajo por renuncia voluntaria de la trabajadora, buena fe, enriquecimiento sin causa, compensación y la innominada o genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 15 de julio de 2021 en la que declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 9 de agosto de 2016 y el 30 de julio de 2018, como docente y declaró que los beneficios de transporte, alimentación y teléfono constituían factor salarial. Condenó a la demandada al pago de los siguientes valores y conceptos:

Auxilio de cesantías	\$ 2.904.243
Intereses sobre cesantías	\$ 473.847
Prima de servicios	\$ 2.904.243
Vacaciones	\$ 1.452.121
Indemnización por despido	\$ 3.214.462,53
Sanción por no consignación de las cesantías del año 2016	\$ 28.601.495
Indemnización por intereses a las cesantías	\$ 473.847
Indemnización moratoria	\$ 53.961.600

Condenó al pago de los aportes a seguridad social en pensiones sobre los valores correspondientes a los beneficios, con los intereses de mora. Absolvió a la demandada de las demás pretensiones y la condenó al pago de las costas del proceso.

Llegó a esta determinación luego de manifestar que quedó demostrado que entre las partes se suscribieron varios contratos de prestación de servicios con diferentes interrupciones por lo que no podía declararse un solo contrato de trabajo. En consecuencia declaró un contrato de trabajo a término indefinido desde el 9 de

agosto de 2016 hasta el 30 de julio de 2018; declaró la ineficacia de la exclusión como factor salarial de los auxilios (Anexo 1 del contrato) recibidos por la demandante que no fueron tenidos en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales, por cuanto se probó por la demandante que estos valores eran cancelados de manera habitual y no correspondían a los conceptos allí relacionados, como tampoco por su labor investigativa. Revisado el contrato anterior, la demandante continuó percibiendo el mismo valor y con el contrato de trabajo a término indefinido percibió el mismo valor, pero excluyendo como factor salarial estos conceptos, razón por la que los auxilios relacionados eran percibidos como retribución de sus servicios y en consecuencia constituían factor salarial por lo que dispuso la reliquidación de las prestaciones sociales durante el contrato declarado.

En cuanto a los motivos por los que se dio la terminación del contrato de trabajo consideró que están demostradas las causas para ello, toda vez que la demandada incumplió de manera sistemática en sus obligaciones como empleador al no efectuar el pago oportuno de los salarios (fl. 114 y siguientes) incluso en el año 2018 en que la demandante presentó la carta de renuncia motivada en esta causa, por lo que impuso la condena al pago de la indemnización por despido. Ordenó la reliquidación de los aportes a pensiones liquidados con el valor del salario realmente devengado.

Respecto a la sanción por no consignación de las cesantías y de la sanción del artículo 65 del C.S. del T. la demandada no demostró justificación en su actuar por lo que no obró de buena fe en la relación laboral, pues no encontró que la parte demandada pudiera considerar que los factores salariales estuvieran destinados a los conceptos señalados para cumplir su función como investigadora, además no era concebible que al suscribir el contrato a término indefinido percibiera un salario inferior al devengado con anterioridad, y que el pago de las prestaciones fue incompleto y por ello impuso dichas condenas y condenó en costas a la demandada.

APELACIÓN

Parte demandada. – Interpuso recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la decisión de primera instancia, porque los subsidios recibidos no constituían factor salarial por cuanto se demostró que la actora fue contratada como investigadora conforme al contrato de trabajo, pues ella tenía asignadas horas de docencia y horas de investigación, por lo que la institución reconoció estos auxilios para que contara con los medios económicos para realizar la labor de investigación, para lo que se incurre necesariamente en gastos adicionales porque se tiene que hacer un trabajo de campo y salir a diferentes sitios para realizarlo, lo que no requería soportes conforme al artículo 84 de la Constitución política.

En cuanto a la indemnización por despido; la demandada cumplió a cabalidad con las obligaciones laborales y fue la demandante quien no cumplió con los contratos de investigación, por lo que la renuncia fue para evadir sus responsabilidades respecto al cumplimiento de los trabajos de investigación y que si algunos pagos se hicieron por fuera del término, no fue por culpa de la empleadora sino por moras en los pagos por parte del Icetex y otras situaciones externas o de terceros que le impidieron cumplir con sus obligaciones a tiempo, por lo que considera que debe revocarse dicha condena.

Respecto a la sanción moratoria solicita se tenga en cuenta la buena fe de su representada en el pago de las prestaciones y salarios durante la relación laboral

conforme al salario real devengado y pactado entre las partes y en caso contrario, se tenga en cuenta que cuando se reconoce una diferencia no procede el reconocimiento de esta sanción. Por otra parte, manifestó que consignó las cesantías correspondientes a los años 2016 y 2017 sobre los salarios reales, teniendo en cuenta que no eran factor salarial los auxilios o bonificaciones que estaban excluidos. Solicita se revoque la condena al pago de la reliquidación de los aportes a seguridad social por los mismos motivos expuestos en cuanto al acuerdo válido de exclusión salarial.

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante: Manifiesta que no le asiste razón jurídica a la apoderada de la institución demandada al afirmar que los auxilios y/o beneficios consagrados en el documento denominado «Anexo 1» visible a folios 7, 11, 111 y 113 del expediente, fueron válidos, toda vez que de su lectura, se evidencia que se trata de la imposición directa del empleador, al indicar lo siguiente: «Por Decisión interna y siguiendo los lineamientos del presente contrato (clausula séptima "Auxilios y/o Beneficios", parágrafo segundo) El EMPLEADOR determinó que se pagará al TRABAJADOR...(…). y que "Por tratarse de una decisión interna, dichos auxilios se podrán modificar en cualquier momento y de los cuales se avisará al empleado respectivamente..."» más aún cuanto éstos eran periódicos y se reconocían indistintamente si la docente realizaba o no investigación y no era necesario poner de presente a su empleador soporte de pago o facturas de celular, transporte o alimentación.

En cuanto a las condenas impuestas a título de indemnización por no consignación al fondo de cesantías regulado por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y sanción moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T.SS, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, indicó que es claro que la institución encausada, al encubrir el salario de la forma como lo hizo, actuando en contravía de la Ley y la Constitución, trasladando una presunta responsabilidad en la falta de pago a la demandante, al afirmar que no cumplió con sus cargas laborales, incurrió en una conducta denotativa de mala fe. A folios 12 a 21 del plenario, obran los desprendibles de nómina, los cuales dan cuenta de que el empleador cancelaba tardíamente los salarios, llegando a retrasar sus pagos hasta por tres (3) meses, justificando sus retrasos en que entidades como el ICETEX no les había cancelado; situación que no es propia de un actuar recto, además de cancelar en mora los aportes a seguridad social (folios 114 a 165, 188 a 189 y 171 a 187) dejando desprovista a la docente de la seguridad social integral, lo que también permite concluir que la terminación de la relación laboral se dio por estos motivos, lo que hace procedente también la condena por despido sin justa causa.

Parte demandada: Solicita se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia para lo que reitera todos los argumentos expuestos tanto en la contestación de la demanda, como en los alegatos de conclusión presentados en primera instancia y los argumentos expuestos al momento de presentar el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio de los recursos de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "La

sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación” sin que sean objeto de análisis los puntos que no fueron objeto de apelación, entre otros, la existencia del contrato de trabajo.

Factores salariales. - El fundamento de la apelación al respecto radica en que se demostró que la actora fue contratada como investigadora, conforme al contrato de trabajo, razón por la que institución le reconoció estos auxilios, lo que no requería soportes conforme al artículo 84 de la Constitución política.

Sea lo primero a tener en cuenta que el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo permite al trabajador y al empleador acordar que ciertos pagos no constituyan salario.

En el caso bajo examen se observa que en el contrato de trabajo el 9 de agosto de 2016 (fl.5 y 6) se pactó lo siguiente:

Salario mensual	\$2.452.896 (fl. 8)
Factor no salarial otrosí	\$1.631.264 (fl. 11)

Los ingresos que no constituyen factor salarial están distribuidos de la siguiente manera:

Auxilio de transporte	\$327.053
Auxilio de teléfono y/o celular	\$327.053
Auxilio de alimentación	\$981.158

Ahora, respecto de la posibilidad de suscribir un acuerdo o pacto para excluir como factor salarial algunos pagos que se cancelan al trabajador, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-5159 de 2018, ha indicado lo siguiente:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017). (negritas fuera de texto)

Si con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes, no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que, pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.

(...)

Además de lo anterior, esta Corte ha sostenido que estos acuerdos en tanto son una excepción a la generalidad salarial que se reputa de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, deben ser expuestos, claros, precisos y detallados de los rubros cobijados en él, «pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo» (CSJ SL1798-2018).

(negrilla fuera de texto)

Así las cosas, como por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, debía la parte demandada acreditar que el pago de los auxilios de transporte, alimentación y teléfono eran para que la demandante realizara las labores de investigación, ya que, conforme al recurso de apelación, ella requería de estos auxilios para realizar trabajos de campo.

En el otrosí, se indica que “Dichos auxilios se otorgan con el fin de retribuir los gastos en que incurra el trabajador durante el desarrollo de sus funciones en relación a movilizaciones, alimentación y comunicaciones” (fl.111), es decir, que no se hizo mención alguna a la labor investigativa.

Pasa La Sala a analizar si estos dineros tuvieron la destinación anunciada por la empresa, pues su destinación debe ser real o si por el contrario la demandante podía emplear esos dineros en la satisfacción de otras necesidades, por lo que la demandada debe acreditar la destinación específica al fin para el que fueron creados. En el caso en estudio se advierte que se cancelaron mensualmente sin que la actora acreditara haber efectuado una labor de investigación para hacerse acreedora del pago de los auxilios mencionados. Este punto es importante, porque si se hace un pago no constitutivo de salario para que el trabajador adquiriera un beneficio, se debe garantizar que ese beneficio sea adquirido.

Es de tener en cuenta que la carga de la prueba le correspondía al empleador, por cuanto es quien se encuentra en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los mencionados auxilios, conforme a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL 12220- 2017, toda vez que, al ser auxilios entregados directamente en dinero a la trabajadora para ser administrados por ella, la empresa debe hacer llegar los documentos que acrediten su destinación.

Revisado el contrato de trabajo a término indefinido que se suscribió el 9 de agosto de 2016 (fl. 108 a 110) establece que se vinculó a la demandante como docente investigador; sin embargo, nada se indica respecto a cuál es la labor investigativa que debía realizar, no se aportaron informes, proyectos y demás, que acreditaran la labor investigativa que debía cumplir para la institución.

La testigo Claudia Marcela Molina, manifestó que no había instrucciones para realizar investigación y que no tenía que realizar gastos adicionales porque no debía desplazarse a ninguna parte, sino que se realizaba con los estudiantes en las aulas de la institución. Que los auxilios eran para sus actividades normales y personales como pago de deudas.

Lizbeth Riveros Vanegas, manifestó que por razones contables les dividían el monto en dos fracciones pero que el salario era el mismo y el destino era para sus gastos, sus estudios y demás. El auxilio de teléfono estaba en el otrosí pero que no lo usaban porque las clases eran presenciales y no requerían teléfono porque no estaban en pandemia y no se le suministró ningún equipo, no había que presentar facturas o acreditar en que se había gastado, que cada uno traía su alimentación de la casa y no debía desplazarse para realizar trabajos de campo para la investigación, sino que se hacían dentro de la universidad en las salas que estaban destinadas a investigación.

Por último, el representante legal de la demandada indicó que “se le dieron unos auxilios y por dos o tres años la demandante no presentó ningún reporte. Para el año 2017 la institución tuvo consulta por Colciencias a quienes presentó el problema sobre la investigación a lo que le dijeron que ajustara el reglamento institucional al de Colciencias y cuando los docentes contratados se dieron cuenta, empezaron a renunciar, entre ellos la demandante.” “La Directora de investigación era Sofía Palma quien le manifestó que ella (la demandante) no presentó nada en relación con la investigación.” Que la finalidad de los auxilios era para los implementos que necesitaba para la investigación para salir a campo, viajar, entrevistar gente y reitera que los docentes contratados nunca hicieron nada, por lo que esto fue una estafa”.

Conforme a lo anterior, advierte La Sala que los denominados auxilios de transporte, teléfono o celular y alimentación en realidad eran salario, pues no estaban destinados al pago de estos conceptos sino en general eran de libre disposición de la trabajadora. Además, en los periodos para los que fue contratada mediante contratos de prestación de servicios sus honorarios se pagaron así: En el año 2014 la suma de \$3.137.525 (fl.101); en el año 2015 un valor de \$\$3.557.680 (fl.103) y en el contrato anterior en el año 2016 un valor de \$4.203.065 (fl. 106), es decir que venía devengando un salario equivalente al que se pactó en el contrato a término indefinido (fl. 5 y 6) donde sumado el salario y los auxilios arroja un total de \$4.084.160, es decir que la diferencia es que se fraccionó el salario al tener como factores no salariales los auxilios ya mencionados, lo que es acorde con lo manifestado por la testigo Claudia Marcela Molina quien indicó que “no les socializaron la metodología para el pago de los auxilios, sino que les dijeron que era por temas contables de la institución”.

En otros términos, los auxilios eran en realidad la remuneración que percibía la demandante, pues se encontraban ligados al desempeño o a la actividad de la trabajadora, que, por lo tanto, son claramente retributivos.

Por los motivos expuestos, se confirma la decisión de primera instancia en lo relacionado con el ordinal segundo que declaró como factor salarial los beneficios percibidos por la demandante por concepto de transporte, alimentación y teléfono y el ordinal tercero mediante el cual se condenó a la demandada al pago de las diferencias respecto al auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones.

Indemnización por despido. - En cuanto a la indemnización por despido, argumenta la recurrente que cumplió a cabalidad con las obligaciones laborales y fue la demandante quien no cumplió con los contratos de investigación, por lo que la renuncia fue para evadir sus responsabilidades respecto de los trabajos de

investigación y que, si bien algunos pagos se hicieron por fuera del término, fue por moras en el pago del Icetex y otras situaciones externas.

Sobre esta condena, a folios 28 a 30 se indica por la parte actora como motivos de su renuncia entre otros, "**la continuada sustracción de los deberes legales en relación con el pago de mi salario dentro del término pactado, adeudándome a la fecha el mes de junio de 2018 y fracciones desde 2016...**". A folios 12 a 27 obran comprobantes de nómina, conforme a los cuales se revisan los posteriores al inicio del contrato, esto es del 9 de agosto de 2016 en adelante, de lo que se tiene en cuenta que se cancelaron en mora las siguientes nóminas:

- El mes de septiembre de 2016 se pagó en noviembre de 2016 (fl. 14)
- Los meses de marzo y abril de 2017 se pagaron en mayo de 2017 (16)
- La prima de junio de 2017 se pagó en octubre del mismo año (fl. 18)
- Se hizo un abono a nómina por el mes de noviembre de 2017 y otro respecto al mes de febrero de 2018 (fl. 19 y 26)
- Y sucesivamente se pagaron en mora de 3 o 4 meses los pagos correspondientes a los meses de julio, agosto, septiembre y octubre de 2017, enero, febrero y abril de 2018 (fls. 20 a 27)

Incluso, conforme a los comprobantes aportados por la demandada y que obran a folios 114 a 163, es claro que incurrió en mora en el pago de salarios en casi todos los meses y específicamente en el año 2018, cuando pagó en abril el mes de enero (fl. 150) febrero y marzo y abril en el mes de mayo (fl. 152 a 158), mayo en el mes de julio (fl. 160) y julio en el mes de agosto (fl. 162), es decir que de manera sistemática la demandada incumplía con sus obligaciones como empleador, con lo que se acredita la motivación indicada en la carta de renuncia que presentó la demandante y que obra a folios 28 a 30, sin que sea de recibo la respuesta dada por la Institución demandada en cuanto a que "hasta ahora presenta la renuncia", toda vez que dentro de las causales de terminación del contrato de trabajo por parte del trabajador en el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 se indica en el literal b) numeral 6) "el incumplimiento **sistemático** sin razones válidas por parte de empleador de sus obligaciones convencionales o legales", y en este caso se probó que la conducta del empleador fue reiterada o prolongada durante toda la relación laboral.

Respecto a los motivos o razones que argumenta la demandada, por los cuales incurrió en mora en el pago de salarios, no obra prueba alguna respecto al incumplimiento por parte del ICETEX y de otras entidades en la cancelación de las acreencias que le adeudaban a la institución, máxime cuando en la contestación de la demanda, respecto a la declaratoria de la terminación del contrato por causa imputable al empleador (numerales 2º y 55 de la demanda), la demandada no hizo mención alguna a esta justificación y se limitó a decir que la motivación de la renuncia era falsa, lo que tampoco demostró. Nótese que era la misma demandada la que asignaba las horas y en el último semestre no asignó ninguna para investigación, lo que sí hizo en los contratos de prestación de servicios aportados al proceso; por lo que no basta para justificar el incumplimiento del pago de salarios, la simple manifestación que hace la apoderada en el recurso de apelación, pues carece de respaldo probatorio. En razón a lo expuesto, se confirma el ordinal cuarto de la sentencia recurrida.

Sanción por falta de consignación de las cesantías y la indemnización del artículo 65 del C.S.T.- Solicita la recurrente demandada se tenga en cuenta la buena fe de su representada en el pago de las prestaciones y salarios durante la relación laboral incluido su final conforme al salario real devengado y pactado entre las partes. En caso contrario se tenga en cuenta que cuando se reconoce una diferencia no procede el reconocimiento de esta sanción y que consignó las cesantías correspondientes a los años 2016 y 2017 sobre los salarios reales, teniendo en cuenta que no eran factor salarial los auxilios o bonificaciones que estaban excluidos del salario.

Al respecto, según lo analizado en precedencia es claro que la demandada no actuó de buena fe, pues que no puede tenerse como buena fe la exclusión de los auxilios reconocidos; además incumplió evidentemente con sus obligaciones laborales, como fue el pago oportuno de salarios durante todo el periodo en que la actora estuvo vinculada a la institución. Razones por la que se confirman las decisiones tomadas en los ordinales quinto y séptimo de la sentencia recurrida.

En cuanto a que cuando se reconoce una diferencia por concepto de cesantías canceladas al fondo, no procede el reconocimiento de esta sanción, se tiene en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de vieja data ha establecido, entre otras en la sentencia SL-8216 de 2016, lo siguiente:

“Ni que decir de las consecuencias perversas que esta interpretación podría traer, pues bastaría con que el empleador consignase cualquier valor por cesantías, para enervar los efectos de la norma, no obstante que con dicho proceder se estaría perjudicando al trabajador y al sistema de administración de cesantías.

Con tal interpretación se debilitaría la protección que el legislador quiso dar a las cesantías en el nuevo sistema, en compensación a la pérdida de la retroactividad, porque se estaría flexibilizando el plazo que, de forma perentoria, fijó la ley para realizar la consignación; es claro que la norma ordena la consignación del valor de las cesantías correspondientes a 31 de diciembre de cada año, antes del 14 de febrero del año siguiente; si, a esta fecha, solo se efectúa un pago parcial, no se está atendiendo el plazo legal, pues es bien sabido que el pago parcial no extingue la obligación.

Por lo anterior, esta Sala se aparta de la interpretación del ad quem que conlleva la exclusión de la aplicación de los efectos contenidos en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 para el caso de la consignación deficitaria de cesantías. En esta dirección, se ha de decir que la consecuencia contenida en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 está prevista tanto para el pago parcial como para el no pago.”

Así las cosas, la sanción que fue ordenada en el ordinal quinto de la sentencia de primera instancia, procede igualmente para el pago parcial que efectuó la demandada respecto de las cesantías al Fondo de cesantías, pues con ello no se extinguió la obligación y en consecuencia procede esta condena.

Reliquidación de aportes a seguridad social. - Solicita la demandada se revoque la condena al pago de la reliquidación de los aportes a seguridad social por los mismos motivos expuestos en cuanto a la validez del acuerdo de exclusión salarial, pero está demostrado que los auxilios contenidos en el otrosí (fl. 11) constituyen factor salarial, luego debe efectuarse la reliquidación y pago de los

aportes a seguridad social, tal como se dispuso en el ordinal octavo. En consecuencia, se **confirmará** en su totalidad la sentencia de primera instancia.

Costas. - Las de primera instancia se **CONFIRMAN**. Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente demandada. Se fijan como agencias en derecho un salario mínimo legal vigente.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de julio de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. - Las de primera instancia se **CONFIRMAN**. Costas en esta instancia a cargo de la CORPORACIÓN ESCUELA DE ARTES Y LETRAS. Se fijan como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente para la fecha.

Notifíquese y cúmplase


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Salvo voto

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ANA MARÍA HUERTAS CEBALLOS
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA Rad. 2019 – 00737 - 01
Juz. 26.**

En Bogotá D.C., a los dieciocho (18) días de octubre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ANA MARÍA HUERTAS CEBALLOS demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a la **AFP PORVENIR S.A.**, y a **SKANDIA S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 5 y 6.

- Ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 6 a 9. Se afilió al ISS el 1 de enero de 1986 y cotizó 327,86 semanas previo a su traslado de régimen al RAIS, el cual se efectuó el 20 de junio de 1994 a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, sin embargo, solo se le manifestó que el ISS se iba a acabar y que perdería sus aportes, pero no fue informada de las ventajas o desventajas de pertenecer al régimen privado, no le efectuaron una proyección pensional ni le manifestaron la posibilidad de retornar

al RPM, entre otros aspectos importantes. Posteriormente se trasladó a la AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA, quien tampoco le brindó información clara sobre temas como la posibilidad de retornar al RPM antes de cumplir 47 años de edad. Radicó petición ante PORVENIR el 14 de julio de 2017, en la que solicitó se invalidara la afiliación realizada, no obstante, en respuesta del 10 de agosto de 2017, la solicitud fue rechazada porque la AFP no encontró elementos de juicio suficientes para invalidar la afiliación. Presentó el 14 de julio de 2017 ante COLPENSIONES formulario de traslado de régimen, pero, el fondo público en respuesta emitida el mismo día, rechazó la solicitud por estar a diez años o menos del requisito de tiempo para acceder al beneficio pensional.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de esta ciudad (Fl. 67) y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (OLD MUTUAL) en los términos del escrito visto a folios 101 a 113.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la entrada en vigencia de la Ley 100/93, la afiliación actual de la actora a dicho fondo y la cantidad total de semanas cotizadas por HUERTAS CEBALLOS.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto a folios 90 a 93.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de afiliación al ISS, la entrada en vigencia de la Ley 100/1993, el traslado efectuado a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, la reclamación presentada ante el fondo público y la respuesta emitida.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción y caducidad, falta de reclamación administrativa, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** en los términos del escrito visto a folios 162 a 168.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la entrada en vigencia de la Ley 100/1993, el traslado efectuado a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR y la suscripción del formulario de afiliación, el derecho de petición presentado por HUERTAS CEBALLOS y la respuesta emitida.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo y genérica.

Mediante auto del 10 de octubre de 2019 el Juez Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá se declaró impedido para continuar con el conocimiento del proceso y ordenó la remisión del expediente al Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, quien avocó conocimiento mediante auto del 7 de noviembre de 2019.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen realizado en junio de 1994, por lo que condenó a OLD MUTUAL a trasladar todos los aportes, rendimientos y gastos de administración a COLPENSIONES, quien debe aceptar el traslado de dichos valores y actualizar la historia laboral de HUERTAS CEBALLOS. Llegó a esa determinación al considerar que la AFP PORVENIR, fondo al que se trasladó inicialmente la actora, no suministró la debida información que permitiera que HUERTAS CEBALLOS tomara una decisión consciente y debidamente informada, situación que también ocurrió al momento del traslado horizontal con OLD MUTUAL, quien debió indicarle de la posibilidad de retornar al RPM antes de cumplir diez años para la edad de jubilación. Consideró que la excepción de prescripción no es aplicable al caso, al discutirse un acto jurídico declarativo y en ningún momento resolver asuntos relacionados con beneficios prestacionales ya consolidados.

Recurso de Apelación

OLD MUTUAL: está en desacuerdo con la orden de devolver los dineros correspondientes por gastos de administración, por cuanto dicho porcentaje se origina de una disposición legal y es el resultado de la buena gestión de administración de los recursos de la afiliada, además de que ya no reposan esos valores en las arcas de la AFP.

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante: Fueron allegados previamente (1 de septiembre de 2021) al auto que ordenó correr traslado a las partes (7 de septiembre de 2021) por lo tanto, la Sala no los tendrá en cuenta y, cuando retornó el expediente al Tribunal se volvió a correr traslado mediante auto del 3 de marzo de 2022, momento en el cual guardó silencio.

Parte demandada:

PORVENIR: En las dos oportunidades en que se corrió traslado para alegar, no se manifestó específicamente sobre el punto de apelación, sino que buscó atacar la declaratoria de ineficacia, la cual no fue recurrida por ninguna de las partes, por lo que la Sala se abstiene de citarlos.

COLPENSIONES: En las dos oportunidades en que se corrió traslado para alegar, no se manifestó específicamente sobre el punto de apelación, sino que buscó atacar la declaratoria de ineficacia, la cual no fue recurrida por ninguna de las partes, por lo que la Sala se abstiene de citarlos.

SKANDIA: En la primera oportunidad para alegar, buscó atacar la declaratoria de ineficacia, la cual no fue objeto de reproche por parte de ninguna de las partes, por lo que dichos argumentos no se tendrán en cuenta y, sobre el objeto de la apelación reiteró lo expuesto en la fundamentación del recurso. En la segunda oportunidad para alegar, guardó silencio.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "La

sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”, el cual se limita a establecer si resulta procedente la orden de devolver las sumas descontadas por gastos de administración como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folio 63, contentiva de la reclamación de fecha 14 de julio de 2017, en la que solicitó la activación de su afiliación al RPM, y la correspondiente respuesta negativa del fondo público contentiva en el folio 64, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP SKANDIA S.A. (Fl. 114), fondo al que se afilió el 28 de enero de 2005 proveniente de HORIZONTE hoy PORVENIR, fondo al que se trasladó el 20 de junio de 1994 conforme se advierte de la documental obrante a folio 169 del plenario.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra la Sala que no existe reparo alguno respecto a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen realizado el 20 de junio de 1994 a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, el cual, según concluyó la A quo, estuvo precedido por la falta al deber de información por parte del fondo privado, por ende, procede La Sala a resolver lo que fue objeto de reparo por parte de la AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA.

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración.

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración y seguro previsional, impartida en contra de la AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA y es objeto de reproche por parte de dicha entidad, es preciso indicar que tal condena es consecuencia necesaria de la ineficacia del acto inicial de traslado al régimen de ahorro individual, y si bien no fue el fondo que incurrió en la falta al

deber de información que originó la declaratoria de ineficacia, su obligación al momento de generarse el traslado horizontal era asegurarse que la actora conociera todas las ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, así como la posibilidad de trasladarse al RPM, ya que aún no se encontraba inmersa en la prohibición de la Ley 797/2003, por lo que, al no haber cumplido con el mencionado deber, SKANDIA deberá transferir a COLPENSIONES todo concepto que recibió y/o descontó en razón de la afiliación de la demandante y asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y seguro previsional, sin que resulte valedero el argumento de que éste se origina en una disposición legal, pues por el contrario no haberlo hecho legitima aún más tal condena, ya que se está obligando a esa entidad (Colpensiones) a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo. Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere 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.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Suficientes son los anteriores planteamientos para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **SKANDIA**, fíjense como agencias en derecho la suma de **UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000)**.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida el diecinueve (19) de enero del dos mil veintiuno (2021) por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **SKANDIA**, fíjense como agencias en derecho la suma de **UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000)**.

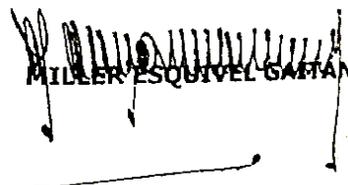
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.

**PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL – ACCIÓN DE REINTEGRO DE
LUIS ANTONIO MACHUCA CONTRA SEGURIDAD DE COLOMBIA LTDA.
RAD. 2022 00347 01 JUZGADO 41.**

Bogotá D. C, trece (13) de octubre de dos mil veintidós (2022)

En Bogotá D.C., a los trece (13) días de octubre dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a decidir el recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia del 28 de septiembre de 2022.

SENTENCIA

LUIS ANTONIO MACHUCA demandó a SEGURIDAD DE COLOMBIA LTDA para que se declare que su vínculo laboral feneció sin permiso del juez del trabajo, el que era necesario por su calidad de secretario jurídico del sindicato nacional de profesionales de la seguridad – SINPROSEG, en consecuencia y en aplicación de la garantía de fuero sindical, pide su reintegro al cargo desempeñado u otro similar, y a título de indemnización el pago de la totalidad indexada de salarios, prestaciones, aportes a seguridad social y vacaciones, dejados de percibir desde la terminación del contrato hasta que se haga efectivo el reintegro.

Los hechos de la demanda se sintetizan así; se vinculó el 24 de mayo de 2016, mediante contrato a término fijo con la demandada para desempeñar el cargo de guarda de seguridad, las prórrogas iniciales fueron cada 3 meses, y desde el 01 de mayo de 2017 en adelante las prórrogas lo fueron por un año. El 01 de abril de 2022 la empresa informó al demandante de la terminación del contrato de trabajo,

para ese momento su salario ascendía a \$1.000.000. En la empresa existe el SINDICATO NACIONAL DE PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD – SINPROSEG, los días 13 y 14 de abril de 2021 se eligió la junta directiva del sindicato para el periodo 2021 – 2023 y allí LUIS ANTONIO MACHUCA fue elegido como secretario jurídico de esa organización sindical, novedad que fue comunicada a la empresa el 27 de abril de 2021.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de esta ciudad y vinculada a la organización sindical SINDICATO NACIONAL DE PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD “SINPROSEG”, la demandada contestó en los siguientes términos:

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la vinculación laboral, modalidad, prorrogas, extremos y salario.
- Propuso como excepciones de mérito; inoponibilidad del fuero porque no fue debidamente notificado, inexistencia de las obligaciones pretendidas ya que el contrato de trabajo finalizó por expiración del plazo fijo pactado la que no requiere de autorización judicial y compensación.

La **organización sindical** indicó en síntesis que siempre ha tramitado en tiempo las constancias del caso para notificar a la empresa de los cambios de los líderes sindicales a través de los diferentes canales, incluso aclaró que ha utilizado los mismos correos electrónicos mediante los cuales se conceden los permisos sindicales.

La demanda fue **modificada** para agregar 3 hechos en los que se exponen los correos electrónicos a través de los cuales se llevaron a cabo las notificaciones de los cambios de la junta directiva del sindicato SINPROSEG, con lo que se evidencia que la empresa conoció en término la calidad de aforado del demandante.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso negar las pretensiones. Llegó a esa determinación al advertir que si bien el demandante al momento del despido contaba con la garantía foral al ostentar la calidad de secretario jurídico de la junta directiva del SINDICATO NACIONAL DE PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD – SINPROSEG, calidad que fue debidamente notificada a la empresa conforme los correos electrónicos a los que dio plena validez en aplicación del art. 247¹ del CGP, lo cierto, era que conforme lo dispuesto en el Art. 411 del CST, la terminación del contrato de trabajo del actor no requería de previa calificación judicial, en la medida en que la vinculación laboral obedeció al vencimiento del plazo fijo pactado.

Recurso de apelación

La parte actora no está conforme con la decisión del A quo, la que se profirió sin tener en cuenta los diferentes pronunciamientos expuesto por la O.I.T. ratificados en el país, el juez se apartó de aplicar las garantías constituciones del derecho de asociación sindical, e impartió una inadecuada lectura a las normas del C.S.T., que consagran la garantía sindical deprecada. Precisa que en el asunto la demandada no acreditó la existencia de alguna justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo. Se cuestiona la apelante cuál es la forma correcta de finalizar las relaciones laborales de los trabajadores que gozan de fuero sindical y la aplicación de las facultades legales que de ningún modo pueden prevalecer sobre las garantías de rango constitucional. Alegó que las causas que motivaron el contrato de trabajo aún están vigentes, y que la Corte Constitucional exige que se adelante el permiso del juez del trabajo en todos los casos independientemente de la razón del finiquito a efectos de no atentar contra el derecho de asociación sindical. Considera que cuando el trabajador está amparado por fuero sindical, el solo hecho del vencimiento del plazo no basta para que el empleador se aparte de renovar el contrato de trabajo, ya que, en aplicación del principio de la primacía de la realidad, tenía que verificarse si el contrato subsiste y si la decisión del

¹ **ARTÍCULO 247. VALORACIÓN DE MENSAJES DE DATOS.** *Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud.*

La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos.

empleador es justa o discriminatoria. Además, se debe tener en cuenta que el actuar de la demandada vulnera los derechos de relación, libertad, fuero sindical y debido proceso, fue el empleador el que impuso el término de vigencia del vínculo laboral. Insiste en que más allá de las causas objetivas, los contratos cuentan con un componente subjetivo que necesariamente debe ser analizado en este proceso. Alega que el objeto real de la demanda no fue analizado de fondo.

CONSIDERACIONES

No existe discusión respecto al contrato de trabajo que unió a las partes, la modalidad contractual (*término fijo*), los extremos, cargo y salario del actor, tampoco se controvierte que LUIS ANTONIO MACHUCA ostenta la calidad de secretario jurídico de la Junta Directiva del Sindicato Nacional de Profesionales de la Seguridad – SINPROSEG, por lo que el demandante es beneficiario de la garantía de fuero sindical al ser miembro de la junta directiva de la referida organización sindical. En cuanto a esta protección el artículo 405 C.S.T., precisa: *“Se denomina fuero sindical la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto sin justa causa previamente calificada por el juez del trabajo”*.

Hechas estas precisiones, procede La Sala a resolver las controversias expuestas en el recurso de apelación, el que se limita básicamente a determinar si en los contratos de trabajo a término fijo es necesaria la autorización del juez del trabajo, para dar por terminado el vínculo laboral, cuando el trabajador es beneficiario del fuero sindical, pues está fue la razón para absolver a la demandada del reintegro demandado y para zanjar la discusión, es de indicar que la existencia de esta figura no prorroga la vigencia de los contratos de trabajo suscritos por la partes,², pues son ellos (trabajador y empleador) quienes desde un principio concertaron la duración del vínculo laboral. Sobre este punto, la SL CSJ en la sentencia SL 3535 – 2015, señaló:

*“(…) En efecto, esta Sala de la Corte ha definido que, a diferencia de los contratos de trabajo a término indefinido, en los **pactados a término fijo la***

² *“En el caso de los trabajadores amparados con fuero sindical vinculados a término fijo, la terminación de sus contratos por expiración del plazo pactado **no requiere de calificación judicial**, ya estos por ministerio de la ley pueden darse por terminados por parte del empleador al fenecer el respectivo periodo con el lleno de las formalidades de ley. **En otras palabras, el fuero solo ampara a estos trabajadores durante la vigencia del contrato”**. (Mintrabajo, Conc. 25813, oct. 3/95)”*

condición extintiva se concibe desde el mismo instante en el que los contratantes han celebrado el acuerdo de voluntades, pues convienen las condiciones de su vinculación y fijan de forma clara e inequívoca el término de duración de la relación, **de manera que esa manifestación de voluntad surte efectos a partir de la suscripción del contrato. Es por ello que la expiración del plazo pactado no constituye una terminación unilateral del contrato**, con o sin justa causa, **sino un modo**, modalidad o forma **de ponerle fin a un vínculo contractual, previsto en el literal c) del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el 5 de la Ley 50 de 1990.**

(...)

Al respecto conviene traer a colación lo dicho por la Sala en sentencia del 3 de julio de 2008 radicado 33396, en la cual se explicó el **por qué el vencimiento del plazo fijo pactado no puede tener la connotación de un despido**, y en esa oportunidad se puntualizó:

"(...) según lo preceptuado en el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 6° del Decreto 2351 de 1965, y posteriormente subrogado por el artículo 5° de la Ley 50 de 1990, **existen varios modos legales de terminación del contrato de trabajo que se enlistan en esta normatividad, dentro de los cuales se cuenta para lo que interesa al recurso de casación, con la expiración del plazo fijo pactado -literal c)- y la decisión unilateral en los casos de los artículos 7° del Decreto Ley 2351 de 1965 y 6° de la Ley 50 de 1990 –literal h-, donde no es dable confundir estas dos formas de finalización del vínculo y entrar a calificar el vencimiento del plazo como un "despido"**, pues mientras la del literal c) requiere desde el momento de la celebración del contrato de trabajo, el concurso de voluntades para pactar una duración determinada o fija, en el evento del despido la terminación se origina en la voluntad unilateral del empleador de poner fin a la relación laboral con o sin justa causa. (Negrilla fuera del texto)

Lo anterior se ha sostenido de manera inveterada, es así que en sentencia que data del 15 de mayo de 1974, publicada en la Gaceta Judicial Tomo CXLVIII No. 2378 a 2389 páginas 455 a 459, en donde se rememoró el fallo que citó el Tribunal calendado 21 de abril de 1972, se puntualizó:

<No puede confundirse la terminación por vencimiento del plazo con el despido, pues en el primer caso se requiere el concurso de voluntades para la terminación del contrato; y en el segundo solamente se necesita la voluntad del patrono.>

Conforme lo anterior, La Sala encuentra que la decisión del A quo de negar el reintegro fue acertada, en la medida en que la desvinculación obedece a una causa legal que pone fin al vínculo laboral, circunstancia que se ajusta a las exigencias del art. 411 del C.S.T., el que señala:

"ARTICULO 411. TERMINACIÓN DEL CONTRATO SIN PREVIA CALIFICACIÓN JUDICIAL. <Artículo modificado por el artículo 9o. del Decreto 204 de 1957. El nuevo texto es el siguiente:> La terminación del contrato de trabajo por la realización de la obra contratada, por la ejecución del trabajo accidental, ocasional o transitorio, por mutuo consentimiento o por sentencia de autoridad competente, no requiere previa calificación judicial de la causa en ningún caso".

Además, en un caso similar, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia con radicado 34142 del 25 de marzo de 2009, respecto a esta garantía en los contratos de trabajo a término fijo, indicó:

"(...) tratándose de contratos a término fijo, la garantía de estabilidad laboral que se le brinda al trabajador con fuero sindical, no puede extenderse más allá del vencimiento del plazo fijo pactado, pues si lo que prohíbe el legislador es el despido, tal supuesto fáctico no se transgrede, cuando la terminación del contrato se produce por uno de los modos establecidos legalmente, como sucede con el fenecimiento de la relación laboral por cumplirse el plazo que, por consenso, acordaron las partes.

*En efecto, **todas las garantías que se derivan del fuero sindical, deben ser acatadas y respetadas por los empleadores durante el término de vigencia del contrato, cuando de nexos contractuales por período fijo se trate. De ahí, que no se requiera autorización judicial para dar por terminado un nexo contractual laboral a término fijo, en el evento de ostentar el trabajador la garantía que se deriva del fuero sindical.** (Negrilla fuera del texto)"*

Por ende, y sin desconocer que el derecho de asociación sindical cuenta con una protección especial conforme lo previsto en el art. 39 constitucional, y los Convenios 87 y 98 de la O.I.T., ratificados por el Estado integrados al ordenamiento en virtud del Bloque de Constitucionalidad, lo cierto es, que no se puede perder de vista que en este caso, no es dable extender la garantía foral más allá del término que se pactó para la vigencia del contrato de trabajo, y por esta razón la llamada a juicio no tenía la obligación de solicitar autorización alguna ante el juez laboral; es más, en el asunto se evidencia que la demandada cumplió con las exigencias legales que prevé el art. 46 del C.S.T. para terminar el vínculo laboral, en tanto, comunicó al trabajador 01 de abril del año en curso, que el contrato a término fijo fenecía el 25 de mayo de los corrientes.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la **confirmación** de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la demandante recurrente, Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR LA SENTENCIA proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de septiembre de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. – COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada están a cargo del demandante, se fija como agencias en derecho un salario mínimo mensual legal vigente (\$1.000.000).

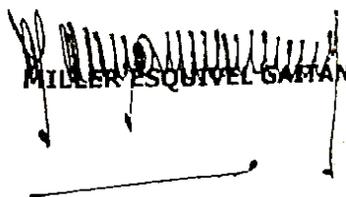
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JORGE NEIRA VARGAS CONTRA COLPENSIONES. Rad 2018 00348 01 Juz. 06.

En Bogotá D.C., a los dieciocho (18) días de octubre de dos mil veintidós (2022), día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

JORGE NEIRA VARGAS demandó a **COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 3 y 4.

- Pensión de vejez.
- Mesadas adicionales.
- Indexación.
- Indemnización moratoria.
- Uso de las facultades ultra y extra petitia.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a folios 4 a 9. Nació el 20 de septiembre de 1957, ya cumplió los 60 años de edad, contrajo matrimonio por el rito católico con CLARA INÉS REYES VARGAS, en el año 2016 se cambió el nombre de JORGE VARGAS a JORGE NEIRA VARGAS. Laboró aproximadamente 30 años al servicio de la compañía INDUSTRIA DE BATERÍAS COLOMBIA INBACOL LTDA., donde presentó diferentes inconsistencias en las semanas reportadas al sistema, las que fueron zanjadas en sentencia del 28 de febrero de 2014, por el Juzgado 14 Laboral de Descongestión del Circuito de Bogotá, en la sentencia se ordenó a la compañía al pago de los aportes al sistema por los ciclos: 1992-11-01 al 1994-12-31, 1997-02 al

1997-12, 1998-01 al 1998-12 y 1999-01 al 2006-07-10 junto con los intereses moratorios. El salario básico devengado fue \$530.000, elevó reclamación administrativa el 21 de febrero de 2017, la que reiteró el 16 de noviembre de ese año. Alega que cada vez que consulta el reporte de las semanas cotizadas, éstas disminuyen.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de esta ciudad, y corrido el traslado respectivo, COLPENSIONES contestó la demanda en los términos del escrito visible a folios 112 a 136.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante y la reclamación administrativa.
- Como excepciones de mérito propuso; inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia del 31 de agosto de 2020 (fl. 157) reconstruida el 24 de febrero del año en curso (fl. 184) puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones elevadas en su contra. Llegó a esta determinación luego de calcular en la historia laboral del actor, la densidad de las semanas cotizadas por este con la inclusión de los ciclos contenidas en la sentencia proferida por el Juzgado 14 Laboral de Descongestión de Bogotá. La juez determinó que el demandante había superado las condiciones del régimen de transición establecidas en el art. 36 de la Ley 100/93 y el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que estudió la pensión con los requisitos establecidos por el Acuerdo 049/90, el cual no cumplió el actor, porque si bien al 31 de diciembre de 2014 contaba con más de 1554 semanas, para ese año no tenía la edad que exigía la norma, ya que los 60 años los cumplió en el 2017.

Recurso de Apelación

La parte actora Interpuso recurso de apelación donde expone de forma insistente en que el demandante cuenta con las semanas que exige la Ley para que se le reconozca una pensión de vejez, resaltó el arduo trabajo que le significó recuperar las semanas que no fueron pagadas en tiempo por su empleador, la importancia que reviste el derecho de la seguridad social y la necesidad de que los jueces de la república lo protejan, resalta la densidad de semanas cotizadas (1554) las cuales deben ser tenidas en cuenta para que se reconozca la prestación.

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante: Hizo mención a los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición, los principios rectores que guían al sistema general de seguridad social en pensiones a fin de indicar que no se tuvo en cuenta que conforme a la norma anterior a la Ley 100/1993 ya había cotizado mas de mil semanas y tenía mas de 57 años, por lo que es acreedor de la pensión reclamada, razón por la cual procede la revocatoria de la decisión.

Parte demandada: Indicó que no se demostró que realmente existieran periodos de cotización en mora, por lo que, si bien no perdió su régimen de transición en virtud de las semanas cotizadas, sin embargo, cumplió con sus 60 años con posterioridad al 31 de diciembre de 2014, fecha límite en la que perdía vigencia dicho régimen, por ello, no procede el reconocimiento pensional conforme al régimen de transición y tampoco bajo la Ley 100/1993, ya que no tiene la densidad de semanas requeridas conforme a dicha norma.

CONSIDERACIONES

Reclamación Administrativa

Dentro de las actuaciones que obran en el expediente, La Sala no advierte el agotamiento de este requisito de procedibilidad (*artículo 6º del CPTSS*), sin embargo, como la demandada en su oportunidad no elevó manifestación alguna al respecto, dicha falencia se entiende saneada según lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en sentencia 12221 del 13 de octubre de 1999, MP: GERMÁN VALDÉS SÁNCHEZ, en la que enseñó:

"Pero puede suceder que el Juez Laboral admita la demanda sin advertir la falta de cumplimiento por parte del accionante de la exigencia contemplada en el pluricitado artículo 6° del C. de P.L. En este caso es deber procesal de la parte demandada, así como un elemental ejercicio de la lealtad que se deben los sujetos procesales entre sí y que éstos le deben al Juez, alertar a éste sobre la omisión del agotamiento del procedimiento gubernativo, pero no de cualquier manera, sino mediante la proposición de los medios de defensa que en su favor consagra la ley adjetiva del trabajo en su artículo 32, cuáles son las excepciones previas o dilatorias respectivas, que para el caso concreto que se examina se contrae a la de falta de competencia, por no agotamiento previo de la vía gubernativa, de conformidad con lo previsto en el numeral 2° del artículo 97 del C.de P.C., modificado por el D.E. 2282 de 1989, art. 1°, num.46, disposición a la cual fuerza remitirnos por mandato del artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral. O también puede formularse la excepción dilatoria de no agotamiento del procedimiento gubernativo o reglamentario, que como ya ha tenido oportunidad la Corte de expresarlo, "...bien puede entenderse que constituye una excepción en el proceso laboral, propia y autónoma" (Sentencia de Julio 21 de 1981. Rad. N° 7619).

(...)

Ahora, si la entidad demandada no utiliza en tiempo procesal oportuno las excepciones atrás indicadas para corregir o enmendar el vicio de procedimiento de la falta de competencia del Juez Laboral, surgido como consecuencia de haberse admitido por este funcionario judicial la demanda sin avistar el incumplimiento del requerimiento consagrado en el art. 6° del Estatuto Procesal Laboral, lo que, como ya se vio, constituye no sólo una carga procesal para aquélla sino un deber y una obligación en virtud del principio de lealtad procesal, la anomalía procedimental proveniente de tal falta de competencia quedará saneada a la luz de lo preceptuado en el numeral 5., del artículo 144 del C. de P.C., modificado por el D.E. 2282 de 1989, art. 1°, núm. 84, norma que dispone que "La nulidad se considerara saneada... Cuando la falta de competencia distinta de la funcional no se haya alegado como excepción previa. Saneada esta nulidad, el Juez seguirá conociendo del proceso."

En consecuencia, como quiera que COLPENSIONES guardó silencio al no proponer la excepción de falta de competencia por no agotamiento de la reclamación administrativa, dicha falencia se tiene saneada.

Régimen de transición y aplicación del Acuerdo 049/90.

Sobre este punto es de indicar que le asiste razón a la juez en el estudio realizado, el que se concentró en examinar la pensión bajo los lineamientos del Acuerdo 049/90 (*conforme los argumentos expuestos en el acápite de fundamentos de derecho*), para lo cual basta con indicar que el demandante no puede beneficiarse de la transición analizada, pues pese a contar con una densidad de semanas suficientes (1554, según lo referido por la juez en su sentencia) que le permiten superar las exigencias tanto del art. 36 de la Ley 100/93 y las del Acto Legislativo 01 de 2005, lo cierto es, que los 60 años de edad los acreditó hasta el 20 de septiembre de 2017 (*pues nació el 20 de septiembre de 1957, fl 16 – copia de la C.C.*), con lo que se colige que no estructuró el requisito de la edad que exige el Acuerdo en cita dentro de los límites establecidos por el legislador para mantener el beneficio de la transición, lo que imposibilita el reconocimiento de la pensión en aplicación de disposiciones anterior a la Ley 100/93.

No obstante, La Sala debe llamar la atención de la Juez al haberse restringido a estudiar la pensión con una sola normatividad (049/90), sin tener en cuenta que la pretensión del demandante es que se le reconozca una **pensión de vejez**, por lo que, si advirtió que el actor no cumplía con el requisito de edad para acceder a la prestación con el Acuerdo 049/90, debió en uso de sus deberes y conforme el inciso 4¹ del art. 281 del CGP, proceder a verificar si el actor contaba con los requisitos de la pensión en vigencia de la Ley 100/93, en observancia de los principio mínimos fundamentales que le asiste a los afiliados al sistema, siendo la pensión uno de estos derechos. Sobre este punto se desarrolló en la SL 2148 de 2017 – M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, que:

*"Para tales efectos conviene recordar que de acuerdo con el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un derecho subjetivo de carácter irrenunciable. **Esto quiere decir que, en tanto derecho subjetivo, es exigible judicialmente ante las personas o entidades obligadas a su satisfacción** y, en cuanto irrenunciable, es un derecho que no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular, como **tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo o por imposición de las autoridades.***

¹ **En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda,** siempre que **aparezca probado** y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o **que la ley permita considerarlo de oficio.**

Ahora bien, la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma ajustada al ordenamiento jurídico.

*En efecto, el calificativo irrenunciable de la seguridad social no procura exclusivamente por el reconocimiento formal de las prestaciones fundamentales que ella comporta, **sino que, desde un enfoque material, busca su satisfacción completa, a fin de que los derechos y los intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables.***

Así las cosas, y si bien en el asunto el actor reclamó ante la justicia su pensión en el año 2018 data para la cual NEIRA VARGAS contaba con 61 años de edad, lo cierto, es que para el momento en que se dictó sentencia en la instancia, el actor ya había acreditado otros requisitos legales que inciden directamente en su derecho pensional (*hecho sobreviniente – SL 4058²-2021, sentencia en la que si bien se analizó aspectos nuevos que incidieron en el monto de la primera mesada pensional, La Sala los acoge para estudiar la pensión de vejez pedida en la demanda objeto de litigio*), por lo que bajo este entendido, procede La Sala a estudiar la prestación con las condiciones establecidas en la Ley 797/03.

Pensión de vejez con Ley 797/03

Para el reconocimiento de esta prestación bajo esta normatividad, el art. 9 consagra los siguientes requisitos:

"ARTÍCULO 9o. *El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:*

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

²Conviene destacar que en el trámite del recurso extraordinario de casación, la parte actora informó del reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes por parte de COLPENSIONES, e incorporó a dicho escrito copia de la Resolución n.º VPB11916, del 24 de julio de 2014 que da cuenta de dicho suceso, así como que tal beneficio económico le fue concedido a partir del 1 de julio de 2010, en cuantía de \$1.320.262, valor establecido conforme a un ingreso base de liquidación de \$1.760.349 y una tasa de reemplazo del 75%; de igual forma, se le canceló un retroactivo de \$71.891.067.

Lo anterior, tiene respaldo además en el inciso final del artículo 305 del CPC, vigente para la época en que se profirió la decisión de segunda instancia, hoy 281 del CGP, el cual preceptúa: «En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando este no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio» (Negrillas fuera de texto original), precepto que debe ser tenido en cuenta por los jueces de instancia para derivar y deducir de las condenas a que haya lugar, a fin de evitar un doble pago de la prestación reclamada. De ahí que sea viable considerar el mencionado documento para las deducciones monetarias atinentes al sub judice.

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

El requisito de la edad se cumplió el 20 de septiembre de 2019. En lo que respecta a las semanas, obra sentencia proferida por el Juzgado 14 Laboral de Descongestión de Bogotá, del 28 de febrero de 2014 (fls 42 a 61) donde se concluyó que la empresa INDUSTRIA DE BATERÍAS COLOMBIA LTDA no pagó al ISS los aportes de su trabajador JORGE VARGAS. Los ciclos adeudados eran: 1992-11-01 al 1994-12-31, 1997-02- al 1997-12, 1998-01 al 1998-12, y 1999-01 hasta el 2006-07 (10 de julio), por lo que se ordenó a la empresa el pago de esos aportes al Instituto de los Seguros Sociales junto con sus respectivos intereses, esto arroja un total de 238 semanas pendientes de ser incluidas en la historia laboral del demandante. Ahora, al revisar el último historial de semanas del actor actualizado al 17 de enero de 2018 (*expediente administrativo – fl 143*), se advierte que allí se registra un total de 1.093 semanas, en las que no se incluyen aún los ciclos comprendidos entre: el 01/11/1992 y el 31/12/1994, el 01/12/1997 y el 31/12/1997, el 01/01/1998 y el 31/12/1998 y el 01/01/1999 al 10/07/1999, para un total de 195.29 semanas; además de la revisión del historial tomado, Colpensiones registra en cero el ciclo comprendido entre el 01/07/2012 al 31/01/2013, para 30 semanas más sin contabilizar porque registra como no afiliado al régimen subsidiado, sin embargo, de tal historial en las pág. 4 y 5 se corrobora que el demandante todo el tiempo se tuvo como afiliado a ese régimen. Por tanto, al totalizar todos los ciclos resaltados, se advierte que el demandante cumple con 1.318.29 semanas.

En este orden, al actor le asiste derecho a que se le reconozca y pague la pensión de vejez con Ley 797/2003. Ahora, como del historial del IBC se advierte que NEIRA VARGAS en los últimos 10 años (*art. 21 de la Ley 100/93*) hizo aportes sobre el salario mínimo, y como el art. 35 *ibídem* prevé que ninguna pensión puede estar por debajo del salario mínimo legal mensual vigente, el demandante tiene derecho a que se pague

la pensión en trece mesadas, desde el 01 de julio de 2018 (*último aporte al sistema*), en cuantía de un salario mínimo mensual legal vigente para cada anualidad, valor del que se deberá descontar los respectivos aportes a salud.

Conforme se desarrolló el reconocimiento pensional, La Sala no otorga los intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100/93, sin embargo, si se ordena a COLPENSIONES que pague el retroactivo de forma indexada.

Sin costas en la alzada.

Bajo estas estas consideraciones se **REVOCA** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se **REVOCAN**. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000), para esta anualidad.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. –REVOCAR la sentencia proferida el 24 de febrero de 2022 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – CONDENAR a COLPENSIONES a que reconozca y pague una pensión de vejez a **JORGE NEIRA VARGAS**, a partir del 01 de julio de 2018, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente para esa anualidad y en adelante, por trece mesadas.

TERCERO. – CONDENAR a COLPENSIONES a que reconozca y pague al actor el retroactivo pensional causado desde el 01 de julio de 2018 y hasta que lo incluya en nómina de forma indexada.

CUARTO. – COSTAS. - Las de primera se **REVOCAN**. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000).

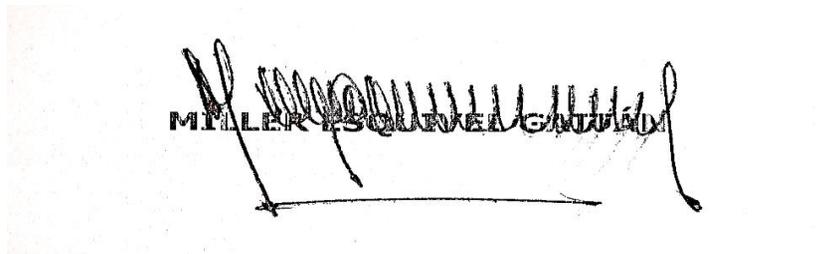
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ADRIANA CRUZ GALINDO CONTRA
OSCAR JAVIER ROJAS TÉLLEZ. Rad. 2016 00595 01 Juz 14**

En Bogotá D.C., a los dieciocho (18) días de octubre dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ADRIANA CRUZ GALINDO demandó a **OSCAR JAVIER ROJAS TÉLLEZ** para que se profieran las declaraciones y condenas descritas a folios 8 y 9.

- Contrato de trabajo entre el 27 de octubre de 2011 y el 04 de julio de 2016.
- Prestaciones sociales.
- Indemnización moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías.
- Indemnización moratoria del artículo 65 del CST.
- Reajuste salarial.
- Auxilio de transporte.
- Trabajo suplementario.
- Aportes a pensión.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 9 y 10. Se vinculó con el demandado el 27 de octubre de 2011 mediante un contrato de trabajo verbal, el cargo fue de mesara en la Panadería la Marinera O.J.R. de propiedad del demandado, el horario fue de lunes a domingo de 5 am hasta las 2.30 pm, el último salario ascendió a \$720.000 mensuales, el 04 de julio de 2016 se retiró voluntariamente. Se adeuda la

totalidad de las prestaciones sociales de toda la relación laboral lo que genera a su vez el pago de la indemnización moratoria del art. 65 del CST. También se deben vacaciones, trabajo suplementario, la sanción por la no consignación de las cesantías, auxilio de transporte y los aportes a pensión.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de esta ciudad el 15 de noviembre de 2016 (fl. 14) como no fue posible la comparecencia del demandado, en proveído del 28 de junio de 2019 (fl 49) se dispuso su emplazamiento y la demanda fue contestada en los términos descritos a folios 53 a 56.

- Se opuso a las pretensiones salvo a la declaratoria del vínculo laboral.
- Aceptó los hechos relacionados con la vinculación, cargo e inicio de la relación laboral.
- Como excepciones propuso la innominada o genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado Catorce Laboral del Circuito puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo el 11 de agosto de 2021, en la cual declaró la existencia de una relación laboral a término indefinido entre las partes desde el 15 de febrero de 2012 y el 14 de febrero de 2016; condenó al demandado a pagar a favor de la actora por concepto de cesantías \$2.706.577, intereses a las cesantías \$87.367, prima de servicios \$1.817.723, vacaciones \$814.871, también condeno el pago de los aportes a pensión previo cálculo actuarial que haga el respectivo fondo de pensiones, condenó la indemnización moratoria del Art. 65 del CST en \$20.399.997 liquidada entre el 5 de febrero de 2016 y el 4 de febrero de 2018 y a partir del mes 25 los intereses moratorios conforme lo dispone la norma, además ordenó el pago de la indemnización prevista en el art. 99 de la Ley 50/90 en la suma de \$23.743.843,33 e impuso condena en costas a la demandada.

La juez llegó a esta determinación al advertir que no se logró desvirtuar en juicio la presunción del artículo 24 del CST. Para declarar el contrato de trabajo, sus extremos y verificar el cargo, tuvo en cuenta las certificaciones laborales allegadas, el extremo

inicial lo determinó con la referida documental en contraste con la información que se registró en la matrícula de persona natural expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, para fijar el extremo final se apoyo en la jurisprudencia de la CSJ SL que indica las reglas a tener en cuenta cuándo no se conoce con exactitud el finiquito del contrato y para esto tuvo en cuenta la otra certificación aportada. En lo que respecta a la liquidación de las prestaciones sociales comprendidas entre el 15 de febrero de 2012 y el 14 de febrero de 2016, resaltó que en el asunto no se propuso la excepción de prescripción, por lo que procedió con los respectivos cálculos habiendo tomado como salario el mínimo legal mensual vigente para cada anualidad. No accedió a reajustar el salario, ni al pago de trabajo suplementario porque no hubo pruebas que permitieran inferir cual fue el pago de la demandante para el año 2014 y tampoco demostró que hubiese laborado domingos y festivos. Ordenó el pago de aportes a pensión al ser in derecho indiscutible. Condenó la indemnización del art. 65 del CST porque no se probó que a la terminación del contrato se hubiese pagado la liquidación de las prestaciones sociales, además de que encontró en el asunto un actuar de mala fe del llamado a juicio quien fue debidamente notificado en la dirección que milita en su registro comercial, habiéndose agotado todos los medios de notificación hasta llegar a su emplazamiento sin que en ningún momento hubiese cambiado su conducta rebelde y renuente. Así las cosas, como el último salario certificado sí fue mayor al mínimo legal, ordenó el pago de esta indemnización por un salario diario por 24 meses y a partir del mes 25 con los intereses moratorios certificados por la Superfinanciera. Finalmente, también accedió a la indemnización moratoria del art. 99 de la Ley 50/90 porque no se probó que el empleador hubiese cumplido su deber legal de consignar las cesantías a un Fondo.

Recurso de apelación

Parte demandada representada a través de curador ad litem, dijo que no está de acuerdo con la sentencia la cual se fallo solamente con pruebas documentales, las que tenían que ser cotejadas con testimonios que no se practicaron porque la demandante desistió de ellos, por tanto, al no existir una seguridad absoluta considera que las pruebas son precarias. De otra parte, alega que sí propuso la excepción de prescripción y que debe ser revisada la contestación de la demanda.

Alegatos ante este Tribunal (Artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022)

Parte demandante: No se pronunció en esta etapa.

Parte demandada: Guardó silencio.

CONSIDERACIONES

En estricta consonancia con el recurso de alzada procede La Sala a estudiar si en el asunto obra el suficiente material probatorio para declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y sí fue propuesta la excepción de prescripción.

Existencia de la Relación Laboral.

Al respecto se deben tener en cuenta las siguientes normas: El Código Sustantivo de Trabajo define en el artículo 22 el contrato de trabajo como *"aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración"*. El artículo 23 agrega que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales: a) la actividad personal del trabajador, es decir la 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 se debe mantener por todo el tiempo de duración del contrato y c) un salario como retribución del servicio. Así mismo se debe hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 24 *ibídem* el cual determina que así se consagra una ventaja probatoria a favor del trabajador, en virtud de la cual una vez se acredite la prestación del servicio, se presumen los demás presupuestos requeridos para que se configure la relación laboral, lo cual determina que la carga de la prueba se traslada al empleador a quien le corresponde desvirtuar la presunción, demostrando que la relación estuvo desprovista del elemento de subordinación o dependencia, es decir, debe probar la autonomía del servicio prestado.

Al proceso solo se aportó a folios 2 y 3 certificado de matrícula de persona natural del establecimiento de comercio denominado PANADERÍA LA MARINERA O.J.R. de propiedad del demandado OSCAR JAVIER ROJAS TÉLLEZ, el que se constituyó el 19 de enero de 2012, también se cuenta con las certificaciones expedidas el 14 de octubre de 2015, 4 de febrero y 25 de mayo de 2016, donde se hace constar que ADRIANA CRUZ GALINDO laboró en la panadería en el cargo de mesera. Estas certificaciones conformen las disposiciones previstas en los artículos 165¹, 243² y siguientes del CGP, son un medio probatorio aportado al proceso en término y respalda a la demandante a fin de verificar los supuestos de hechos que plantea en la demanda, con lo que cumplió con el principio de su carga probatoria (art. 167 CGP), en la medida en que alegó la existencia del contrato de trabajo con el demandado y demostró la prestación personal del servicio con las certificaciones aludidas, las que en efecto permitieron dar paso a la presunción establecida en el art. 24 del CST.

En el asunto el curador *ad litem* se duele porque la juez emitió una sentencia apoyada solo en pruebas documentales, las que no fueron cotejadas con otros medios probatorios porque la demandante desistió de sus testigos, no obstante, olvida el profesional del derecho que éste en uso de la representación asignada bien pudo hacer uso de los medios probatorios que consagra el CGP, como por ejemplo llamar a la demandante para que rindiera interrogatorio de parte (art. 184 CGP), el cual si bien fue decretado, ni éste ni los testigos se llevaron a cabo porque no se presentaron a la correspondiente audiencia razón por la que fue cerrado el debate probatorio dándose continuidad a la siguiente etapa (alegaciones), punto en el que el curador debió advertir la falta de pruebas que ahora echa de menos a través del recurso de apelación en esa oportunidad a fin de insistir en el interrogatorio en aras de provocar alguna

¹ **ARTÍCULO 165. MEDIOS DE PRUEBA.** Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, **los documentos**, los indicios, los informes **y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.**

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales.

² **ARTÍCULO 243. DISTINTAS CLASES DE DOCUMENTOS.** **Son documentos los escritos**, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, **todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo**, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

Los documentos son públicos o privados. (...).

ARTÍCULO 244. DOCUMENTO AUTÉNTICO. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento. (...)

confesión, o proponer la tacha de los documentos contentivos de las certificaciones conforme el principio de la carga de la prueba, lo cual no hizo.

Así las cosas, en efecto se encuentra que el proceso no tiene pruebas, pero en favor del demandado quien ante su mutismo permitió que operaran las presunciones legales.

Ahora, el apelante también asevera que la juez se equivocó al afirmar que no se propuso la excepción de prescripción porque él si propuso medio de defensa. Sobre el punto basta con verificar el escrito de contestación (fl. 56) donde se indica que se plateó como excepción de mérito conforme el art. 282³ del CGP la innominada o genérica, olvidando el apelante que la norma referida indica que las excepciones de prescripción, compensación y nulidad relativa tienen que ser propuestas en la contestación de la demanda. Por tanto, la indicación de la juez de que en el proceso no se propuso la prescripción es fiel a la realidad del expediente, de ahí que la forma de ordenar las condenas y la prosperidad de las mismas se encuentra ajustada a derecho.

COSTAS: Conforme el artículo 365 del CGP se condena en costas al apelante. Fíjese como agencias en derecho la suma de un salario mínimo mensual legal vigente (\$1.000.000).

DECISIÓN

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

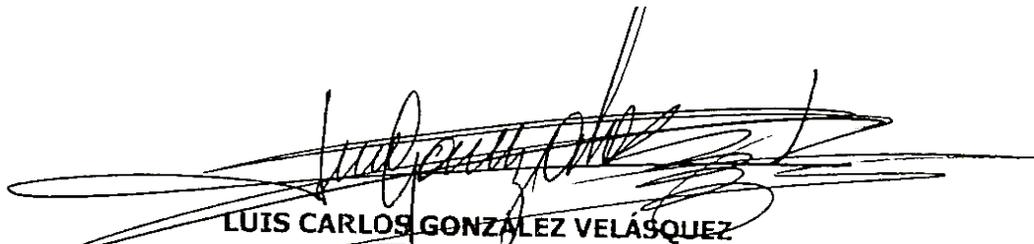
RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de agosto de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

³ **ARTÍCULO 282. RESOLUCIÓN SOBRE EXCEPCIONES.** En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, **salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.**

SEGUNDO. - Conforme el artículo 365 del CGP se condena en costas al apelante. Fíjese como agencias en derecho la suma de un samario mínimo mensual legal vigente (\$1.000.000).

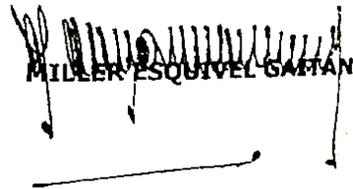
Notifíquese y cúmplase.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DIANA KATHERINE GALVIS GARCÍA
contra EDUARDO LOPEZ LESMES Rad. 2019-00844 01. Juz. 03.**

En Bogotá D.C., a los dieciocho (18) días de octubre dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

DIANA KATHERINE GALVIS GARCÍA demandó a **EDUARDO LÓPEZ LESMES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 6 a 8.

- Contrato de trabajo a término indefinido.
- Prestaciones sociales.
- Indemnización moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías.
- Vacaciones.
- Aportes a seguridad social.
- Indemnización moratoria del Art. 65 del C.S.T.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 5-6 (demanda) y 18-19 (subsanción). El 29 de octubre de 2016 las partes celebraron un contrato de trabajo verbal a término indefinido, para que la actora se desempeñara en el cargo de administradora en la tienda de mascotas de propiedad del demandado, las labores fueron prestadas bajo subordinación exclusiva a LOPEZ LESMES, y dentro de sus funciones se encontraba realizar ventas, organizar el local, atender requerimientos de los clientes, despachar pedidos, entre otras. El salario pactado fue de \$960.000 mensuales.

Indicó que el demandado el 31 de mayo de 2019 le remitió carta de terminación del contrato sin justa causa, el 8 de junio de la misma anualidad se le pagó la liquidación de las prestaciones sociales de forma parcial en cuantía de \$3'572.186, no obstante, considera que esa suma no ésta ajustada a los términos legales. El demandado tampoco efectuó pago alguno por aportes a seguridad social integral.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad el 30 de enero de 2020 (fl. 20) y corrido el traslado, el demandado contestó la demanda como se avizora en el archivo PDF (Fls. 2 a 5) que se encuentra en medio magnético visible a folio 21.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda, salvo la declaratoria del vínculo laboral.
- Aceptó los hechos relacionados con el contrato de trabajo, cargo, labores, salario, la finalización del contrato sin justa causa, la falta de pago de aportes a seguridad social y el pago de la liquidación final de sus acreencias.
- Formuló como excepciones de mérito las de pago, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado Tercero Laboral del Circuito puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo el 29 de septiembre de 2021, en la cual declaró la existencia de una relación laboral a término indefinido entre las partes desde el 29 de octubre de 2016 hasta el 31 de mayo de 2019, momento en el que finalizó el vínculo por decisión unilateral y sin justa causa del empleador, declaró parcialmente probada la excepción de pago propuesta por el demandado, lo condenó a pagar de forma indexada la diferencia en la indemnización por despido sin justa causa en cuantía de \$1.541.363, también condenó el pago de los aportes a seguridad social en pensión previo cálculo actuarial que haga la AFP donde esté afiliada la demandante, para lo cual se debía tomar la suma de \$960.000 como salario y absolvió de las demás pretensiones. Condenó en costas y agencias en derecho al demandado por la suma de un millón de pesos (\$1'000.000).

Llegó a esa determinación luego de observar que no existió discusión respecto de la relación laboral, extremos temporales (para lo cual tuvo en cuenta la contestación de la demanda, la certificación laboral y carta de terminación del contrato), dijo que en el asunto no hubo sustitución patronal y que de haberla esta no alteraba las responsabilidades del empleador, en este punto el juez cotejó los certificados de existencia y representación legal del establecimiento de comercio de los que resaltó que habían dos documentos distintos con dos dueños en fechas de expedición diferentes, no obstante con la revisión de las pruebas en conjunto, como documentales y contestación de la demanda podía concluir que el demandado LÓPEZ LESMES fue el verdadero empleador. Condenó la indemnización del art. 64 del CST al advertir que tal aspecto fue admitido tanto en la contestación de la demanda como en el interrogatorio de parte, donde se adujo que el despidió obedeció a problemas económicos, argumento que no está enlistado en el Art. 62 del C.S.T. literal A. Ordenó el pago de aportes a pensión porque su omisión también fue aceptada, no obstante pese a que se aceptó que los otros aportes tampoco se realizaron (*salud y ARL*) el juez sobre estos recordó que las contingencias que se generan tanto en la EPS como en la ARL son eventos que no se cubren de forma retroactiva y sus prestaciones de causarse tampoco se resguardan con el pago de esos aporte en esa forma, pues de aceptarse tal teoría se estaría constituyendo un fraude al sistema además de un enriquecimiento a favor de las entidades por pagarse un servicio que ya no se puede ni prestar. El juez también tuvo en cuenta que el demandando pagó a la terminación del contrato de trabajo la liquidación final de prestaciones sociales, por lo que al volver a hacer las operaciones de los derechos de la demandante coligió que el pago ya realizado cubría la totalidad de las cesantías e intereses, por lo que estas prestaciones fueron compensadas con ese pago. Para la liquidación el juez aclaró que no podía tomar el salario de \$960.000 para toda la vinculación porque no se probó que ese correspondiera a totalidad de la relación laboral, por lo que tomó el salario mínimo para los otros ciclos. En cuanto a la prima y las vacaciones, el A quo se abstuvo de impartir condena como quiera que la demandante confesó en su interrogatorio que su empleador había pagado salarios y esos conceptos. De la liquidación de las prestaciones y la imputación de pago quedó un saldo a favor que fue sumando por el A quo a la indemnización del artículo 64 del CST y la reliquidó. En cuanto a la indemnización del Art. 99 de la Ley 50 del 90, adujo que conforme a la jurisprudencia de la SL CSJ esta no opera de manera automática, recalcó que, si bien no fueron consignadas dichas sumas a un fondo año a año, lo cierto era que la prestación sí fue cancelada a la finalización del vínculo

laboral, etapa en la que el ex trabajador hace uso de esos recursos y por esta razón no encontró ningún actuar de mala fe en cabeza del demandado. En lo que respecta a la indemnización del Art. 65 del C.S.T., dijo que el llamado a juicio nunca desconoció la naturaleza laboral del contrato, no evidenció la intención de perjudicar a la trabajadora y a lo largo de la vinculación laboral canceló oportunamente sus salario, primas y vacaciones y como no se condenó al pago de prestaciones social alguna, absolvió también de esta pretensión.

Recurso de apelación

Parte Demandante: Considera que con la certificación expedida por el empleador es más que suficiente para acreditar el salario de toda la relación laboral (\$960.000) por lo que es éste el salario a tener en cuenta en las liquidaciones. Pide se revise la liquidación, si bien no se desconoce la misma, indicó que ese valor no cubre la totalidad de sus derechos ciertos e indiscutibles por lo que al estar incompleta proceden las condenas de la sanción del Art. 99 de la Ley 50/1990 y la moratoria del Art. 65 del C.S.T. Aunado a lo anterior, adujo que se debe tener en cuenta la calidad de abogado del demandado, quien tiene una carga adicional como lo es respetar la Ley y la Constitución y con su conducta solo ha defraudado los derechos de la trabajadora al no pagarle de manera completa su liquidación. Indicó que, si bien comparte el criterio del A quo sobre el posible enriquecimiento injustificado de la EPS y ARL al ordenar el pago de dichos aportes, también es cierto que los mismos son derechos ciertos e indiscutibles y de obligatorio cumplimiento por disposición legal, por lo que, consideró que se debió ordenar su pago como sí se hizo con los aportes a pensión. Dijo que el Juez no hizo uso de las facultades ultra y extra petita a pesar que la Ley se lo permite, independiente de que la redacción de los hechos y pretensiones de la demanda no sea la correcta, por lo que hizo hincapié en que, si se había demostrado alguna situación no advertida o solicitada inicialmente el juez debía acceder a su reconocimiento. También considera que el actuar del empleador es de mala fe, pues este aparte de ser abogado evadió sus responsabilidades a cargo, por lo que, tuvo que tenerse en cuenta dicho aspecto subjetivo al momento de resolverse lo pretendido, adicional a que fue el demandado en su interrogatorio quien ratificó su actuar negligente el que cometió por falta de tiempo y dinero. Insiste en el reconocimiento de sus derechos ciertos e indiscutibles, el reconocimiento y pago de la sanción del Art. 99 de la Ley 50/1990 y la moratoria del Art. 65 del C.S.T.

Parte Demandada: Objetó los ordinales 1, 2, 3, 4 y 6 de la sentencia. Suplica se revise el extremo inicial declarado como quiera que cuando la demandada empezó a trabajar su empleadora fue Portilla Meneses. En el asunto se hizo una liquidación laboral y se pagó todas las acreencias a la terminación del vínculo. De otra parte, narra que las partes pactaron de común acuerdo no pagar las prestaciones sociales porque la demandante era beneficiaria de salud en la ciudad de Medellín. También pidió se modificara la sentencia en costas.

Alegatos ante este Tribunal (Artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022)

Parte demandante: Hizo una serie de aseveraciones respecto de la actuación del juez de primera instancia, además, que no realizó una valoración probatoria adecuada ni un análisis mas profundo y objetivo de la situación particular. Respecto de sus puntos de inconformidad manifestó que la trabajadora ganaba una suma superior al salario mínimo vigente para el año 2019 (\$960.000), lo que se demuestra con la certificación allegada al plenario, por lo que la liquidación efectuada por el demandado en dicho momento es incompleta. Indicó que no hay medio probatorio que demuestre que se le hayan pagado las prestaciones sociales y vacaciones, por lo que también debía condenarse a dichos pagos, sin embargo, el A quo los asumió como pagados. Se demostró que existió mala fe del empleador, ya que por su calidad profesional de abogado conocía de la obligación de afiliar a la trabajadora al Sistema General de Seguridad Social, situación que no ocurrió.

Parte demandada: Guardó silencio.

CONSIDERACIONES

En estricta consonancia con el recurso de alzada procede La Sala a estudiar lo relacionado con el salario que se debe tomar para hacer el cálculo de las prestaciones sociales, sí existen acreencias laborales pendientes de pago a favor de la actora que a su turno den paso a la condena de la indemnización moratoria del art. 65 del CST, también se va a determinar sí la liquidación del artículo 64 del CST está incompleta y sí se debe ordenar el pago de aportes a seguridad social en salud y riesgos laborales. De otra parte, La Sala establecerá quién es el verdadero empleador de la actora y si hay lugar a modificar la condena en costas.

Existencia de la Relación Laboral.

Al respecto se deben tener en cuenta las siguientes normas: El Código Sustantivo de Trabajo define en el artículo 22 el contrato de trabajo como *"aquella por la cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración"*. El artículo 23 agrega que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales: a) la actividad personal del trabajador, es decir la 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 se debe mantener por todo el tiempo de duración del contrato y c) un salario como retribución del servicio. Así mismo se debe hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 24 ibídem el cual determina que Así se consagra una ventaja probatoria a favor del trabajador, en virtud de la cual una vez se acredite la prestación del servicio, se presumen los demás presupuestos requeridos para que se configure la relación laboral, lo cual determina que la carga de la prueba se traslada al empleador a quien le corresponde desvirtuar la presunción, demostrando que la relación estuvo desprovista del elemento de subordinación o dependencia, es decir, debe probar la autonomía del servicio prestado.

Extremo inicial del contrato

Sea lo primero indicar que del cd que milita a folio 21 contentivo de la contestación del libelo, se evidencia que el llamado a juicio aceptó todos los hechos de la demanda, así mismo se cuenta con la certificación expedida el 28 de marzo de 2019 por el demandado que no fue tachada, donde éste hace constar que GALVIS GARCÍA prestó sus servicios en esa empresa desde el 29 de octubre de 2016 hasta la fecha de expedición, en el cargo de administradora, con una asignación mensual de \$960.000 y con contrato laboral a término indefinido. Respecto a la aceptación de estos hechos en conjunto con la certificación aludida, a la que se le da el valor probatorio señalado por la Corte Suprema de Justicia en SL 2600-2018, M. P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO donde se adujo:

"Ahora, si bien esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha dicho que los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos «pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad», paralelamente también ha sostenido que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida (SL14426-2014; SL6621-2017)."

Se concluye, que es el convocado a juicio quien fungió como verdadero empleador de la demandante, pues en palabras de la CSJ no tiene ninguna razón de ser que los empleadores expidan este tipo de constancias donde comprometen su responsabilidad. Además, si bien es cierto el demandado en su interrogatorio de parte manifestó que él solo hizo la entrevista a la trabajadora y que asumió las responsabilidades de empleador desde marzo o abril de 2017, en el asunto no existe medio probatorio que respalde su dicho, ni mucho menos desvirtúe lo certificado por él mismo en lo que respecta a la vinculación laboral para el periodo comprendido entre el 29 de octubre de 2016 a marzo de 2017, ciclos que son los que objeta la apelante y se pretenden desconocer. En ese orden, le asiste razón al A quo al declarar que el contrato de trabajo entre las partes, estuvo comprendido entre el 29 de octubre de 2016 y el 31 de mayo de 2019, por lo que este ítem se **confirma**.

Salario y prestaciones sociales

En lo que respecta al salario que se registró en la certificación, éste solo da certeza de que, para el mes de marzo del año 2019 su remuneración ascendía a \$960.000, no obstante, de ella no es posible colegir que esa hubiese sido la remuneración de toda la relación laboral. El demandado en su interrogatorio dijo que la remuneración ascendió a un salario mínimo junto con el auxilio de transporte; la demandante declaró que el salario era cancelado por el demandado, que éste le pago los salarios, las primas a mitad y final de año junto con las vacaciones, y en lo que refiere a la cuantía dijo que LÓPEZ LESMES le cancelaba un salario integral o unificado, el que entendía que tenía incluido el auxilio de transporte pese a que nunca se le manifestó cual era el tope del ingreso y que adicional se iba a pagar tal auxilio.

Pues bien, sobre este punto no se advierte que el juez haya incurrido en error alguno en la valoración de las pruebas que integran el expediente para determinar que las

prestaciones sociales y la indemnización condenada debían ser calculados con el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad que responde a la vinculación laboral, pues evidentemente en el asunto la demandante no cumplió con el su deber probatorio de demostrar cual fue la suma percibida y que coincidiera con la plasmada en la certificación, pues era a ella a quien le correspondía tal demostración. Así las cosas, al no existir una prueba concluyente que evidencie cual fue el salario real de la demandante, La Sala **confirma** la decisión del juez de tomar para los demás ciclos no certificados el valor del **salario mínimo**.

En cuanto a las prestaciones sociales, lo primero que se ha de advertir es que la demandante en su recurso objeta que la liquidación del juez está mal y se apoya precisamente en los salarios que el A quo tomó para hacer los cálculos respectivos, sin atacar ninguna otra situación adicional, por tanto, como en el asunto el mismo no fue alterado, La Sala se abstiene de revisar situaciones relacionadas con operaciones matemáticas, pues se insiste la inconformidad expuesta en el recurso solo ataca la cuantía del salario, sin que sea dable entrar a "*revisar en detalle la liquidación*" realizada, pues si bien la apelación es el recurso con que se reparan los desatinos que se hayan podido presentar en la primera instancia, en el asunto los apelantes no pueden perder de vista que el art. 66 del CPTSS exigen una "*sustentación oral estrictamente necesaria*" sin que se pueda entender que la solicitud de revisión de una liquidación sea suficiente para entrar a revisar errores que ni siquiera la misma parte tiene claros.

También se expone que a la trabajadora se le adeudan derechos ciertos e indiscutibles porque estos no fueron contemplados en la liquidación final de las prestaciones sociales, pero en ningún momento se individualiza cuales fueron esas garantías desconocidos por el empleador y descartados en la sentencia apelada, la que una vez analizada evidencia que el juez se ocupó de pronunciarse derecho por derecho, uno a uno, de forma individualizada y concreta. Es así como se indicó frente a las primas y vacaciones que las mismas no serían objeto de pronunciamiento judicial en la medida en que la demandante confesó que éstas le fueron canceladas en cada oportunidad legal, y en lo que respecta a las cesantías y sus intereses, el A quo las encontró acreditadas con la liquidación de las prestaciones sociales que reposa en el folio 13. Sobre los derechos laborales ciertos e indiscutibles especialmente protegidos por la Ley y respecto de los cuales no existe discusión alguna de su existencia, es importante indicar a la parte actora que, en el caso en

estudio, los derechos legales de carácter económico se encuentran satisfechos, sin que se advierta que existan otros derechos derivados de distintas fuentes normativas como el contrato de trabajo, pacto, laudo, acuerdo o convención o cualquier otra disposición vinculante para el empleador y que permita evidenciar que la demandante tiene un derecho adquirido que le ha sido desconocido. En consecuencia, al no haber lugar a modificar la decisión tomada por el A quo en lo que respecta a las prestaciones sociales, este punto de apelación también se **confirma**.

Indemnización de los artículos 64 y 65 del CST

Se alega que existe un pago parcial de la indemnización por despido injusto porque la liquidación del empleador no contemplo el valor real de la misma, no obstante, esta situación fue debidamente advertida por el juez al punto que sobre ésta se impartió condena en la suma de \$1.541.363 por concepto de la diferencia en la indemnización prevista en el art. 64 del CST, la que se generó en virtud de la prosperidad de la excepción de pago demostrada con la liquidación de prestaciones sociales. En cuanto a la indemnización del art. 65 del CST, basta con indicar que al no existir ni salarios ni prestaciones sociales pendientes de pago, esta indemnización no está llamada a prosperar. En este punto de apelación la actora insiste en que su empleador era abogado conocedor de las normas y que esa condición permite colegir su mala fe e indebido actuar al no cancelar en tiempo sus derechos laborales porque no fueron consignadas las cesantías a un fondo ni los intereses, argumento que resulta cierto ya que en efecto el demandado es un profesional del derecho que pagó estas prestaciones solo cuando se terminó el contrato de trabajo, sin embargo en el juicio se demostró que el demandado cumplió con los deberes a cargo, pagó a la demandante sus acreencias en tiempo, y si bien las cesantías e intereses las canceló solo a la terminación del contrato, lo que aquí se evidencia es que siempre estuvo presto a pagar las diferentes acreencias, los salarios, primas y vacaciones no se desconocieron, y este actuar demuestra su voluntad de pago.

Aportes al sistema de seguridad social

La demandante objeta que se debe condenar el pago de aportes a salud y riesgos laborales y la demandada señala que no está obligada a pagar prestaciones sociales ya que las partes acordaron no hacer aportes en seguridad social porque GALVIS

GARCÍA estaba afiliada en la ciudad de Medellín como beneficiaria en salud. Para resolver el punto es de precisar que la afiliación de un trabajador al sistema integral de seguridad social no es un punto negociable entre las partes, entonces, sin importar las razones o los argumentos que se expongan respecto de esta afiliación cualquier acuerdo que se llegue sobre el tema resulta nulo. Bajo esta perspectiva el llamado a juicio no tiene ninguna excusa para exonerarse de estos pagos, sin que sea dable confundir las erogaciones que se asumen por prestaciones sociales con las derivadas de la seguridad social. No obstante, en lo que respecta a los aportes en salud y ARL basta con recordar la sentencia con radicado No 35554 del 8 de mayo de 2012, M.P. FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ, en la que se refirió que los aportes al sistema de seguridad social en salud, se tienen que realizar durante la relación laboral y no después, como quiera que el sistema requiere semanas de cotización y no su cuantía. Por ello no le asiste razón al demandante en insistir en el reclamo de esta prestación, suerte que también corren los aportes a riesgos laborales.

Costas

La demandada indica que no está de acuerdo con la condena en costas, la cual está ajustada a derecho conforme lo dispone el art. 365 del CGP, ahora, si lo pretendido en esta etapa procesal es atacar la cuantía se recuerda que éste aun no es el momento, por lo que debe estarse a lo dispuesto en el art. 366 *ibídem*.

Sin costas en la instancia ante la improsperidad de los recursos.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. -: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de septiembre de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. -: Costas. - Las de primera instancia se confirman, sin costas en la alzada.

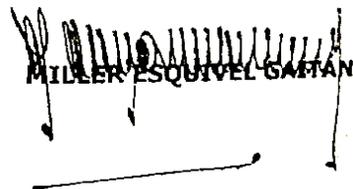
Notifíquese y cúmplase.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE AURA SOFÍA PARRA CABALLERO
CONTRA AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PROTECCIÓN S.A. Y
COLPENSIONES. Rad. 2018 – 00209 01. Juz. 36.**

En Bogotá D.C., a los dieciocho (18) días de octubre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

AURA SOFÍA PARRA CABALLERO demandó a las AFP **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A.** y a **COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 1 a 3 (demanda) y 127 a 130 (subsanción).

PRINCIPALES

- Nulidad del traslado de régimen y los traslados horizontales.
- Declarar que es beneficiaria del régimen de transición Art 36 Ley 100/1993.
- Traslado de aportes.
- Declarar que cumple con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, lo que la hace beneficiaria de la pensión de vejez bajo dicha norma.
- Reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990.
- Retroactivo.
- Intereses moratorios.
- Indexación de las mesadas.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso y agencias en derecho.

SUBSIDIARIAS

- Declarar que está cobijada por el régimen pensional consagrado en los Arts. 33 y 34 de la Ley 100/1993.
- Reconocimiento y pago de pensión de vejez en virtud de esos artículos.

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 a 6 (demanda) y 130 a 134 (subsunción). Nació el 29 de noviembre de 1957, se afilió al ISS el 2 de octubre de 1978, donde cotizó 643 semanas hasta noviembre de 1994, momento en el que se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS, ya que el asesor de dicho fondo le manifestó las ventajas de pertenecer al fondo privado, pero, nunca le indicó las condiciones para acceder a dichos beneficios, tampoco le efectuó una proyección pensional ni le explicó que en el RPM contaba con una expectativa legítima de pensión. Posteriormente se trasladó a COLMENA, la cual se convirtió en ING y luego en PROTECCIÓN, quienes tampoco le brindaron la suficiente información para conocer las características del RAIS y las consecuencias de pertenecer al fondo privado, situación que también ocurrió con PORVENIR en el mes de noviembre del año 1997, pues todas ellas se limitaron a indicar que en ese fondo obtendría mejores rendimientos financieros y que dicho fondo contaba con un respaldo económico más sólido que el anterior. Elevó dos peticiones a COLPENSIONES el 27 de junio y el 13 de septiembre de 2017 a fin de obtener el traslado de régimen al RPM, sin embargo, en ambas oportunidades, recibió respuestas negativas. El 14 de septiembre de 2017 solicitó ante PORVENIR que aceptaran el traslado al RPM, no obstante, el fondo también negó la petición. Una vez verificada la proyección pensional realizada por PORVENIR y el cálculo de pensión en el RPM realizado por la empresa VOLRISK CONSULTORES ACTUARIALES S.A., arrojó un resultado abiertamente favorable en caso de que hubiera permanecido en el ISS hoy COLPENSIONES. Manifestó que al 1 de abril de 1994 tenía 36 años y 4 meses y 606 semanas cotizadas al RPM, de igual manera, que al 25 de julio de 2005 sus aportes eran superiores a las 1.000 semanas y al 29 de noviembre de 2012 cumplió 55 años, por lo que, para dicha calenda, si hubiera permanecido en el RPM, habría obtenido su beneficio pensional de vejez, información que los asesores de los diversos fondos no le indicaron, por lo que aun, debe seguir cotizando a pesar de su avanzada edad y tener 1694 semanas cotizadas.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de esta ciudad mediante proveído del 25 de octubre de 2019 (Fl. 233), corrido el traslado

correspondiente, las llamadas a juicio contestaron la demanda como se evidencia a continuación:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos del escrito visible a folios 264 a 280 del expediente.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento, edad, inicio de cotizaciones al ISS y semanas cotizadas en el RPM, la manifestación de voluntad preimpresa en el formulario suscrito con la AFP, la fusión de COLMENA en ING y posteriormente en PROTECCIÓN, las múltiples solicitudes elevadas por la actora y las respuestas negativas de COLPENSIONES y de PORVENIR, la edad y semanas cotizadas al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y el cumplimiento de los 55 años el 29 de noviembre de 2012.
- Formuló como excepciones de mérito; validez de la afiliación al RAIS, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 488 de la Constitución Política, adicionado por el acto legislativo 01 de 2005, compensación, prescripción y genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** en los términos del escrito visible a folios 297 a 310.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento y edad de la actora y las múltiples fusiones de COLMENA en diversos fondos hasta convertirse en PROTECCIÓN.
- Formuló como excepciones de mérito; Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, traslado de la totalidad de los aportes a PORVENIR y genérica.

La **AFP COLFONDOS S.A.** en los términos del escrito visible en el folio 327.

- Se allanó a las pretensiones.

- No efectuó manifestación sobre los hechos.
- No Formuló excepciones de mérito.
- Solicitó no ser condenada en costas.

PORVENIR S.A., contestó como consta en el escrito que obra en el archivo 02 dentro de la carpeta 04 del expediente digitalizado visible en medio magnético a folio 349.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

Mediante auto del 9 de septiembre de 2021 (Archivo en carpeta 07) el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá dispuso la remisión del expediente al Juzgado 02 Transitorio Laboral, quien mediante proveído del 8 de noviembre de 2021 (Archivo 10) avocó conocimiento y fijó fecha de audiencia de que tratan los Arts. 77 y 80 del C.P.T.S.S.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito puso fin a la primera instancia el 16 de noviembre de 2021, mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS de fecha 21 de noviembre de 1994, traslado que se hizo efectivo el 1 de diciembre de la misma anualidad. Condenó a Porvenir S.A., devolver a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación, sin lugar a descontar sumas por gastos de administración, comisiones o aportes al fondo de garantía de pensión mínima y a Colpensiones le ordenó aceptar el traslado de dichas sumas y reactivar la afiliación de manera inmediata de la actora al RPM. Declaró que la demandante tiene derecho a que COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990, por lo que la condenó al reconocimiento y pago de la misma a partir del 1 de agosto de 2019, en cuantía de \$5'806.998 y por 13 mesadas al año, condenó al pago de \$174'448.697 por el retroactivo causado entre el 1 de agosto de 2019 al 31 de octubre de 2021, el cual debe pagar indexado y autorizó el descuento por los aportes en salud.

Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP COLFONDOS no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la

jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al momento del traslado de régimen pensional sin que allegar el formulario de afiliación fuese suficiente para acreditar tal cumplimiento. De otro lado, del interrogatorio absuelto estableció que no hubo confesión alguna por parte de la actora que soportara los argumentos de las demandadas respecto a que PARRA CABALLERO conocía las características y el funcionamiento del RAIS, sin que los traslados horizontales, ni la permanencia en cada uno convalidaran la actuación incorrecta de COLFONDOS. Respecto de la pretensión de acceder a la pensión, indicó que la demandante si es beneficiaria del régimen de transición dispuesto en el Art. 36 de la Ley 100/1993 por cuanto tenía 36 años de edad para el momento de la entrada en vigencia de tal normatividad y conforme al parágrafo 4 del Acto Legislativo 01 de 2005 temporalmente está facultada para gozar de dichos beneficios hasta el año 2014 si reúne los requisitos para acceder a la prestación. Sobre los requisitos específicos, adujo que conforme a la jurisprudencia de la SL CSJ que permite se contabilicen las semanas cotizadas tanto en el RPM como en el RAIS y en razón a que cumplió la edad en el año 2012 y cotizó en toda su vida laboral 1560 semanas, concluyó que la demandante era beneficiaria de la prestación de vejez conforme lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990. Por las resultas del proceso declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES, en especial la de prescripción, concedió el Grado Jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES y condenó en costas a todas las demandadas.

Recurso de apelación

COLPENSIONES: Indicó que no hay lugar al reconocimiento prestacional hasta tanto no reciba los aportes provenientes del RAIS y en ese momento, se procederá a verificar el cumplimiento de la totalidad de los requisitos para acceder al beneficio y, en caso de que los tenga, se reconocerá la prestación a corte de nómina y no desde el 1 de agosto de 2019 como lo ordenó la A quo. Adujo que dicho reconocimiento tampoco es procedente de ser reconocido bajo los parámetros del Acuerdo 049/1990 por cuanto perdió su beneficio transicional al trasladarse de régimen pensional tal como lo dispone el Art. 36 de la Ley 100/1993 y no tenía 15 años de servicios cotizados (750 semanas) al 1 de abril de 1994, por lo que no se encuentra en los requisitos que estableció la sentencia SU-130 de 2013 y por ello, tampoco es dable su retorno al RPM. Indicó que no es procedente la declaratoria de ineficacia por cuanto la actora está inmersa en la prohibición de la Ley 797/2003, además que el traslado de régimen fue válido y al declararse una ineficacia con estas características se atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, además que se genera una afectación a terceros de buena fe por la actuación negligente del fondo privado, dijo que si bien pudo existir una falta

al deber de información por parte del fondo privado, sin embargo, tal nulidad se saneó por la permanencia en el tiempo de la actora al RAIS y al no preocuparse por retornar al RPM, sino que, al contrario, efectuó traslados horizontales, por lo que era su plena voluntad estar en el fondo privado, por lo que solicitó la revocatoria de la decisión.

PORVENIR S.A.: Indicó que el traslado fue válido conforme a las normas que regían para ese momento, que se le brindó una información completa y suficiente, tan así, que la actora permaneció en el RAIS por bastante tiempo y efectuó múltiples traslados horizontales entre diferentes fondos, situación que también se acreditó con el interrogatorio absuelto por la actora. Subsidiariamente, en caso de que se confirme la declaratoria de la ineficacia, solicitó se revoque lo atinente a devolver los gastos de administración, por cuanto están originados en una disposición legal y son producto de la buena gestión de los aportes de la demandante, por lo que ordenar la devolución de dichos valores constituyen un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES porque son valores que originalmente no están destinados a financiar una prestación de vejez, por lo que hasta dichos valores si puede aplicársele el fenómeno de la prescripción.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Pidió se confirme la decisión por cuanto se demostró que el fondo privado no cumplió con su deber de información al momento del traslado.

Parte demandada.

PORVENIR S.A.: Reiteró los argumentos expuestos en su recurso.

COLPENSIONES: Reiteró los argumentos expuestos en su recurso.

PROTECCIÓN: Guardó silencio.

COLFONDOS: Guardó silencio.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "La

sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”, el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, la orden impartida a PORVENIR de devolver las sumas por gastos de administración y el reconocimiento del régimen de transición de PARRA CABALLERO y, en consecuencia, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990.

De otro lado y por cumplirse los requisitos establecidos en el Art. 69 del CPTSS se estudiará el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES en todo lo que no fue apelado por dicha entidad.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de las peticiones radicadas el 27 de junio de 2017 (Fl. 170) y 13 de septiembre de 2017 (Fls. 172 a 175) y las consecuentes respuestas que negó esas solicitudes (Fl. 171 y fls. 176 y 177), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 1 de diciembre de 1994 cuando se vinculó a COLFONDOS S.A. según consta en el renglón 1 del reporte SIAFP (Fl. 2 del archivo 03 dentro de la carpeta 04 del expediente digitalizado), luego, el 3 de octubre de 1996, solicitó su vinculación a la AFP COLMENA (ING) hoy PROTECCIÓN conforme lo evidencia el formulario suscrito por la actora (Fl. 315) y el 20 de octubre de 1997 se vinculó a HORIZONTE, como se verifica con el formulario de afiliación (folio 3 del archivo 03 dentro de la carpeta 04 del expediente digitalizado), fondo que se convirtió en lo que hoy es PORVENIR, afiliación que se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo o ineficaz el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional así como tampoco le indicó que era beneficiaria del régimen de transición

que dispone el Art 36 de la Ley 100/1993 y que perdería dicho beneficio, en caso de trasladarse al RAIS.

Al respecto, si bien la actora diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLFONDOS S.A., el 1 de diciembre de 1994 (Fl. 2 del archivo 03 dentro de la carpeta 04 del expediente digitalizado), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante en su interrogatorio, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era concedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

² *“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”*

Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que la afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

En el asunto COLFONDOS no logró demostrar que al momento de la afiliación de la actora al RAIS le haya brindado información suficiente, clara y oportuna, además,

³ *La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

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

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

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

sin que la simple suscripción del formulario sea prueba suficiente para demostrar un consentimiento debidamente informado. Por ello, en el asunto la AFP no acreditó de ningún modo haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, es más, el fondo ni siquiera se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas por PARRA CABALLERO, lo cual, demuestra que era consciente del incumplimiento a su deber en el año 1994.

Ahora bien, es de recordar que el formulario de afiliación no es el único medio de prueba idóneo para acreditar el consentimiento informado acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, resultando preciso recordar que se puede allegar cualquier medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, tal y como lo menciona la sentencia CSJ SL 3871 de 2021, que dispuso;

"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria"

En ese orden, los argumentos esbozados por PORVENIR (actual administradora de la demandante) y COLPENSIONES sobre este punto, no son de recibo por la Sala, pues tal documento por si solo no constituye prueba suficiente para acreditar que PARRA CABALLERO se trasladó de régimen teniendo pleno conocimiento de su decisión, más aun, cuando ellos no estuvieron presentes en dicho acto y, el fondo directamente involucrado, no discutió la ineficacia de dicha actuación. Es menester precisar que la omisión o falta al deber de información no se subsana de ninguna forma por el hecho de que la demandante conociere algunas de las características del RAIS o del RPM, además, la permanencia por un lapso de tiempo en el RAIS ni los traslados horizontales entre fondos tampoco acreditan que dicho deber haya sido satisfecho a cabalidad, ni mucho menos ratifica o convalida ninguna situación como lo pretende resaltar PORVENIR y COLPENSIONES, así lo ha indicado la SL CSJ en diversos pronunciamientos, de los cuales se destaca la SL 853-2022 M.P. Carlos Arturo Guarín Jurado:

"Sin embargo, ello no se advierte acreditado por parte de la AFP Colfondos S. A. con el formulario de afiliación, único medio de convicción que allegó para esos efectos, pues el hecho de que lo haya suscrito el demandante, de ninguna manera devela que hubiere conocido, como debió, según se requería para tener por eficaz su migración, las semejanzas y diferencias que puedan tener la regulación propia de cada uno de ellos, la forma en que se estructura o construye la prestación, la aleatoriedad de los recursos que administran las AFP y las modalidades de prestación que se llegare a seleccionar.

*Valga recordar, que como se estableció en la sentencia CSJ SL3349-2021 el incumplimiento del deber en referencia, ni siquiera se sana con: i) la «desidia del interesado en indagar por las condiciones y características» de ambos sistemas prestacionales a efectos de adoptar una decisión ilustrada; ii) **los traslados horizontales que se realizaran entre AFP privadas e incluso del RPMPD y** iii) la profesión y condiciones de adiestramiento del afiliado, concluyendo que, en ningún evento es posible la subsanación de un acto jurídico que, por imperativo legal, no puede producir efectos." (Negrilla y subrayado fuera del texto).*

Así, la ineficacia en análisis se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón¹, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad, ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiario del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: "*Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones".*

En cuanto a que la demandante se encuentra incluida dentro de la prohibición legal para el traslado por encontrarse a menos de 10 años de cumplir el requisito de la edad, es de tener en cuenta que no se trata de declarar un traslado de régimen, como parece entenderlo la apoderada de COLPENSIONES, sino declarar la ineficacia del traslado que se realizó el 1 de diciembre de 1994, razón por la que la afiliación volvió a su estado anterior, es decir que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, y en consecuencia, dicho argumento no es aplicable al caso.

Devolución de los gastos de administración

En cuanto a la orden de la A quo respecto a la devolución de los gastos de administración es de tener en cuenta que el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional implica que la administradora del RAIS devuelva los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrino:

[...]

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere 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.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Así las cosas, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión de la Juez de ordenar a la AFP PORVENIR de devolver los gastos de administración, resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, y como ésta es la actual administradora de la cuenta de ahorro individual de la demandante, es la llamada a asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración, ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, sin que sea argumento válido que dichos descuentos se realizan por disposición legal y por ello no procede su devolución, así como tampoco se genera un desequilibrio o descapitalización del Sistema General de Pensiones porque, precisamente al ordenar la devolución de todas las sumas que constituyen la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los rendimientos financieros y sumas descontadas, se garantiza que la prestación que posiblemente se le reconozca a PARRA CABALLERO en el RPM se encuentre totalmente cubierta con

dichos valores, así como tampoco se constituye un enriquecimiento sin causa a favor del fondo público.

Pensión de vejez

En relación a la pensión de vejez reconocida en la sentencia de primera instancia, es de indicar que en el caso de la demandante aún no se ha efectuado el traslado de los aportes y rendimientos obtenidos en su cuenta de ahorro individual, lo que conlleva a que no exista en este momento obligación alguna a cargo de COLPENSIONES hasta que no se realice el mencionado traslado de los aportes pensionales con sus correspondientes rendimientos, por lo que una vez recibidos dichos valores por parte de COLPENSIONES deberá ésta a proceder con el estudio de los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición y derivado de ello, del posible reconocimiento pensional, motivo por el cual se revocarán los ordinales quinto, sexto y séptimo de la sentencia apelada y consultada. Se precisa que esta decisión se adopta en el grado jurisdiccional de consulta y no por la apelación interpuesta por COLPENSIONES.

Resultan los anteriores razonamientos suficientes para concluir la **REVOCATORIA** de los ordinales quinto, sexto y séptimo relativo al reconocimiento pensional y a **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia.

COSTAS

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de cada una de las recurrentes. Fíjese el valor de un (1) SMMLV para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - MODIFICAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de noviembre de 2021, en el sentido de **REVOCAR** los ordinales quinto, sexto y séptimo de la sentencia apelada y consultada, únicamente en lo que respecta al reconocimiento pensional y las

demás condenas derivadas de esta, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TECERO. - COSTAS. Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjese el valor de un (1) SMMLV para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho

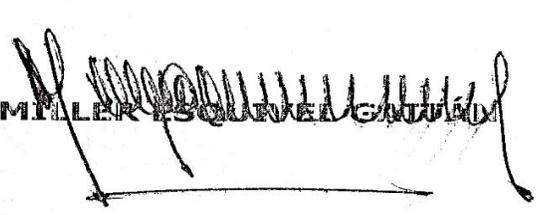
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITAN