



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **017 2018 00498** 01
DEMANDANTE: JULIO ERNESTO SUÁREZ PÁEZ y MAYRA LILIANA SALCEDO GONZÁLEZ
DEMANDADO: UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

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

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver surtir el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida el 28 de enero de 2022, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretenden los demandantes que se declare que con la demandada existió una relación laboral hasta el 15 de enero de 2018 y que se suscribió Convenio de Apoyo Doctoral; en consecuencia, que se condene al pago de \$153.814.794,00 a favor de cada uno con ocasión de la cualificación profesional de 80 horas al mes de la que gozaban en virtud de dicho convenio y \$14.000.000,00 para la compra de tiquetes aéreos, junto con la indemnización por despido sin justa causa y la devolución del pagaré firmado con ocasión de la suscripción del convenio de apoyo doctoral.

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, el demandante Julio Ernesto Suárez Páez refirió que laboró aproximadamente por 10 años y la demandante Mayra Liliana Salcedo González por cerca de 7 años como docentes en la Universidad Santo Tomás en la Facultad de Ingeniería y

Telecomunicaciones; que en el mes de septiembre de 2014, iniciaron un doctorado en Telecomunicación en la Universidad Politécnica de Valencia, España; que el 27 de abril de 2015, el Consejo Superior de la Universidad Santo Tomás, en ejercicio de las facultades otorgadas por el estatuto orgánico, suscribió el Acuerdo 09, en el que se dispuso que los docentes vinculados en todas sus sedes y seccionales y en la Vicerrectoría General de la Universidad Abierta y a Distancia, podían obtener apoyo institucional para participar en programas de Maestría y Doctorado en el ámbito nacional e internacional, para lo cual debían contar con una antigüedad mínima de dos años, con calificación satisfactoria de desempeño, no haber sido objeto de sanción disciplinaria, estar registrados en el sistema de ciencia y tecnología, estar vinculado a algún grupo de investigación, que el mismo guardara relación con las líneas y proyectos de investigación de la Facultad y cumplir con los requisitos exigidos para ingresos al programa.

Afirmaron que solicitaron el apoyo institucional para continuar cursando el Doctorado y el 26 de octubre de 2015 la pasiva suscribió un convenio de apoyo docente para tales estudios; que cumplieron con las obligaciones relativas a completar el plan de estudios, desarrollar un trabajo de grado en temáticas relacionadas con el quehacer académico investigativo y que aportaba conocimiento a la Universidad y constituir pagaré; que adicionalmente se exigía constituir póliza de cumplimiento, lo cual no se hizo debido a que no se indicaron las directrices para hacerlo y no se solicitó la misma durante los 2 años y 3 meses que transcurrieron desde que se firmó el convenio; que también debían acreditar cofinanciación del posgrado, lo cual se garantizaba con la nómina y la suscripción del pagaré; que la Universidad desde la firma del convenio hasta el 30 de diciembre de 2017, cumplió con el apoyo en la compra de tiquetes aéreos y la descarga laboral de medio tiempo; que el 1º de noviembre de 2017, la demandada le envió comunicado de preaviso indicándole que el vínculo fenecería desde el 15 de enero de 2018; y, que el 30 de diciembre de 2017, solicitaron el pago de tiquetes aéreos, para continuar con sus estudios, pedimentos que fue negado por la encartada, indicando que dicho rubro se debía autorizar anualmente, a pesar de que nunca se había hecho así.

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda formulada por Julio Ernesto Suárez Páez se admitió por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de esta ciudad en auto del 3 de octubre de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada.

Por su parte, la demanda presentada por Mayra Liliana Salcedo González, se admitió por el Juzgado 6º Laboral del Circuito de esta ciudad mediante auto del 14 de enero de 2019

La **Universidad Santo Tomás** dio contestación con oposición a las pretensiones, indicando en similar sentido, que con los demandantes se suscribieron sendos contratos de trabajo a término fijo que finalizaron con causa legal debido a la expiración del plazo pactado; y que, la vigencia de los Convenios de Apoyo Docente para cursar estudios de posgrados que fueron suscritos con los actores, estaba supedita a la existencia del contrato de trabajo, por lo cual el mismo no era independiente a la relación laboral, pues justamente su propósito es que el trabajador beneficiario transmita los conocimientos adquiridos en su posgrado a los estudiantes de la facultad académica donde se desempeña. Propuso como excepciones de mérito, las que denominó falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación pretendida, prescripción, carencia del derecho, falta de causa y cobro de lo no debido, buena fe y pago.

Por auto del 10 de abril de 2019, el Juzgado 17 Laboral del Circuito de esta ciudad, dispuso la acumulación de las presentes diligencias con las que cursaban en el Juzgado 6º Laboral del Circuito de esta ciudad bajo el radicado 11001310500620180061201, previa solicitud de la parte demandante.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 28 de enero de 2022, declaró probadas las excepciones de falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones pretendidas y cobro de lo no debido; declaró no probadas las tachas de sospecha propuestas contra los testigos Germán Macías Muñoz y Rossy Esperanza Quintana Machado; y absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra.

La juez de primer grado estableció, en primera medida, que debido a que estaba probado que entre las partes había existido un contrato de trabajo a

término fijo cuya vigencia se acordó hasta el 15 de enero de 2018, la terminación de los vínculos por la expiración del plazo pactado, excluía el pago de la indemnización procurada en la medida en que la encartada efectuó el respectivo preaviso el 1º de noviembre de 2017, de acuerdo con lo previsto en el art. 46 del CST.

Sobre las pretensiones derivadas de la suscripción del Convenio de Apoyo Docente, estableció que del Acuerdo 09 del 27 de abril de 2015 firmado entre el Presidente y el Secretario General del Consejo Superior de la Universidad, se desprendía que antes de someter a condición el apoyo institucional para participar en programas de maestría y doctorado para los docentes que se encontraran vinculados a la institución educativa, se estableció que el mismo sería concedido de manera voluntaria por la pasiva, por lo que aquella se encontraba facultada para retirarlo en el momento en el que lo considerara pertinente, sin que se desprenda en todo caso de su texto que tal beneficio se extendería más allá de la vigencia del contrato de trabajo.

También coligió que no podía considerarse que tal prerrogativa constituyera un derecho adquirido de los demandantes, máxime cuando no se demostró por estos que hubieran obtenido el título de Doctorado y mucho menos que hubieran desarrollado la tesis doctoral planteada como requisito para ello.

Finalmente expuso que tampoco se demostraba la configuración de perjuicios, como quiera que únicamente se había aportado certificación de la universidad en la que informaba que la matrícula correspondía a 300 euros y la expedición de un tiquete de vuelo a Valencia, España que había tenido lugar antes de la finalización del vínculo.

IV. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 28 de marzo de 2022, se admitió el grado jurisdiccional de consulta en favor de los demandantes; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (archivo 4, C002).

Las partes presentaron alegaciones reiterando las razones expuestas en la demanda y en el escrito de contradicción (archivo 5, C002).

V. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a surtir el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el 14 de la Ley 1149 de 2007, conforme a lo cual, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si los contratos de trabajo que existieron entre las partes fenecieron sin justa causa; y, si resulta procedente el pago de \$153.814.794,00 a favor de cada uno de los actores con ocasión de la cualificación profesional de 80 horas al mes de la que gozaban en virtud del Convenio de Apoyo Docente y \$14.000.000,00 para la compra de tiquetes aéreos, así como si hay lugar a ordenar la devolución de los pagarés firmados por los promotores del proceso.

No es materia de debate que entre las partes subsistieron sucesivos contratos de trabajo, habiéndose pactado el último de ellos, a término fijo desde el 1º de febrero de 2017 al 15 de enero de 2018, con ambos demandantes.

Convenio de Apoyo Docente.- Para resolver este tópico, se advierte que los demandantes afirman que la Universidad desde la firma del convenio hasta el 30 de diciembre de 2017, cumplió con el apoyo en la compra de tiquetes aéreos y la descarga laboral de medio tiempo, por lo que se les adeudan los tiquetes aéreos desde noviembre de 2017 hasta el año 2020 y la cualificación profesional de 80 horas al mes, que de acuerdo con los fundamentos de la demanda, corresponden a la mitad de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social que debieron ser pagados, con ocasión de la descarga de medio tiempo laboral que la universidad se comprometió a otorgarles hasta el 26 de octubre de 2020, esto es, por el lapso hasta el que se extenderían los estudios de Doctorado.

En ese orden, se tiene que de las documentales arrimadas al plenario es factible establecer que mediante Acuerdo n.º 09 del 27 de abril de 2015, el Consejo Superior de la llamada a juicio, dispuso:

“Artículo primero: Los docentes vinculados a la Universidad Santo Tomás en todas sus Sedes (...) podrán obtener apoyo institucional para participar en programas de Maestrías y Doctorados, en el ámbito nacional e internacional, siempre y cuando acrediten el cumplimiento de las siguientes condiciones:

1. *Estar vinculado a la Universidad, con una antigüedad mínima de dos años, como docente, con vinculación de tiempo completo o medio tiempo, acreditar evolución satisfactoria de su desempeño docente y no haber sido sancionado disciplinariamente.*
2. *Estar registrado en el Sistema de Ciencia y Tecnología – CVLAC y vinculado con algún grupo de investigación, en el caso de presentarse a Programas de Doctorado.*
3. *Acreditar la cofinanciación de los estudios de posgrado, en el porcentaje pactado de su costo académico.*
4. *El postgrado debe ser coherente con las líneas y proyectos de investigación de la Facultad, Departamento Académico, o Unidad a la que está adscrito el docente.*
5. *Cumplir con los requisitos de edad, competencia diplomática y demás exigencias, establecidas en las bases para ingresar al posgrado al que aspira.”*

Así mismo, se advierte que el 12 de febrero de 2015, la encartada suscribió Convenio de Apoyo Académico para Cursar Estudios de Doctorado en Telecomunicación en la Universidad Politécnica de Valencia - España con Julio Ernesto Suárez Páez, habiéndose establecido que la primera promovía y apoyaba la formación profesional de *“(…) los empleados de la Institución (...) con el ánimo de lograr el mejoramiento continuo de su desempeño dentro de la Cultura de la Excelencia Académica y Administrativa”,* y que por lo anterior, concedería en *“vigencia del contrato de trabajo”* un apoyo económico.

Y se tiene que el 26 de octubre de 2015, la universidad firmó con ambos demandantes sendos Convenios de Apoyo Docente, en los que se estableció que la primera se comprometía a apoyar al *“Docente beneficiario”* cubriendo \$4.000.000 anuales por 5 años para tiquetes aéreos y viáticos y 80 horas al mes de cualificación profesional, que según se desprende de la solicitudes de auxilio educativo presentadas por los trabajadores, correspondía a la comisión de estudios con descarga horaria de 80 horas mensuales. Por su parte, los trabajadores se obligaban, entre otras cosas, a desarrollar el trabajo de grado o tesis en temáticas relacionadas con el quehacer académico investigativo del docente y que aportara al conocimiento propio de la Universidad según las líneas del programa de origen y constituirse en multiplicador de los conocimientos adquiridos en el Doctorado elaborando o entregando productos académicos, según lo pactado con la Facultad de Ingeniería y la Unidad de Investigación.

Teniendo en cuenta lo anterior, encuentra la Sala que de lo dispuesto en el Acuerdo 09 de 2015 y de los Convenios suscritos entre las partes el 12 de febrero y el 26 de octubre de 2015, se desprende ciertamente que el apoyo brindado por la encartada subsistiría mientras la relación laboral con los beneficiados se encontrara vigente, pues expresamente se estableció que son los

Docentes vinculados quienes podrían acceder a dicha prerrogativa, es decir, que la institución educativa demandada, no se obligó de manera expresa y manifiesta a continuar reconociendo suma alguna después del fenecimiento del vínculo laboral y mucho menos a que dicho apoyo tuviera la capacidad de influir o afectar la vigencia o prórroga del contrato de trabajo, extendiéndolo forzosamente hasta que los trabajadores culminaran sus estudios.

A lo anterior, hay que agregar que en el numeral 10º de los Convenios signados el 26 de octubre de 2015 se estableció *“El presente Convenio hace parte constitutiva del contrato de trabajo y de las obligaciones del DOCENTE, surtiendo todos los efectos legales correspondientes; sin perjuicio de lo estipulado en el mismo, en lo referente a la modalidad, vigencia y naturaleza del contrato”*, surgiendo igualmente de dicho clausulado la intención y voluntad de las partes de sujetar la existencia del apoyo de estudios a la de la relación de trabajo que las ataba, no así en sentido contrario, esto es, el contrato de trabajo al convenio de apoyo docente.

En ese orden, al estar acreditado en el cuaderno que el vínculo laboral que existió entre las partes se extinguió desde el 15 de enero de 2018, a partir de ese momento, también desapareció para los demandantes la posibilidad de continuar siendo titulares de los beneficios extralegales que fueron contemplados en el Convenio de Apoyo Docente, sin que con ello se hubiera constituido a su favor el derecho al resarcimiento de algún perjuicio con ocasión de la terminación unilateral del contrato, en la medida en que la empleadora no se obligó a seguir subsidiando sus estudios más allá de la vigencia del contrato.

Así mismo, pese a que los demandantes alegan que la demandada cumplió con el acuerdo de efectuar descarga laboral hasta el 30 de diciembre de 2017, lo cierto es que en lo que comprende al lapso restante hasta la finalización del vínculo, no se demuestra que los trabajadores hubieran tenido que cumplir con la carga e intensidad completa de trabajo, resultando improcedente el pago de lo pedido frente a ese período.

Finalmente, en cuanto al reconocimiento de tiquetes aéreos, afirman los gestores que respecto del año 2017 se quedaron adeudando \$2.000.000,00, de los \$4.000.000,00 que la Universidad se obligó a reconocer, y se advierte que elevaron tal pedimento ante la encartada mediante correo electrónico que fue

respondido el 22 de noviembre de 2017, informándoles que para acceder al beneficio debían solicitar la renovación y aprobación de los mismos por parte del Decano de la Facultad y del Decano de la División a la que pertenecían. Sin embargo, no se adosó prueba al plenario que permita establecer la fecha en la que los actores llevaron a cabo el viaje de estudios sobre el que reclaman el reembolso, a fin de determinar si el mismo se hizo o no en vigencia del contrato de trabajo, de manera que sobre ese punto tampoco es posible imponer condena en contra de la demandada.

Indemnización por despido sin justa causa.- Está probado en el cuaderno que mediante misiva entregada a Julio Ernesto Suárez Páez el 7 de noviembre de 2017 y a Mayra Liliana Salcedo González el 9 de noviembre del mismo año, la llamada a juicio les comunicó el preaviso de la terminación del vínculo laboral, que tendría lugar el 15 de enero de 2018.

Con esto, dada la modalidad bajo la que se encontraban contratados los demandantes, es dable concluir que no hay lugar a disponer el pago de la indemnización que se suplica, comoquiera que la accionada surtió oportunamente el preaviso consagrado en el numeral 1º del art. 46 del CST, con lo que se configuró la causal legal de terminación del contrato consagrada en el literal c) del art. 61 *ibidem*, que dispone que el contrato de trabajo fenecerá por la expiración del plazo fijo pactado.

De acuerdo con lo expuesto, se confirmará la decisión consultada. Sin costas en la alzada por considerar que no se causaron.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 28 de enero de 2022, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Enlace expediente digital:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eoy0Doqe2gJDIVatpl26WxMBstWfgKog3vfemo97qRCJFQ?e=FcwpqW

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **bc81945f621022b23205efc34516866364a889b9d503c89427e011f42349ca18**

Documento generado en 16/11/2022 08:48:52 AM

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

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - SENTENCIA
RADICACIÓN:	11001 31 05 012 2021 00030 01
DEMANDANTE:	LUIS AUGUSTO CORTES DEL VALLE
DEMANDADAS:	SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ – HOSPITAL DE SAN JOSÉ

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

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, respecto de la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2021, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 1º de agosto de 1980 hasta el 31 de enero de 1987 y del 1º de marzo de 1987 al 10 de mayo del 2001, en virtud del cual el demandante desempeñó el cargo de médico jefe del servicio de cirugía general del Hospital de San José; y que, desde el 1º de abril de 2012, tiene la calidad estatutaria de Miembro de Número de la demandada. En consecuencia, que se condene a la demandada a cancelar el 75% de la diferencia prestacional para alcanzar el 100% de la pensión de jubilación, desde el mes de mayo de 2012 hasta septiembre de 2019, fecha en que por una sanción disciplinaria se le dejó de cancelar el 25% de la pensión de jubilación que venía percibiendo; y que, se ordene a la demandada pagar el 100% de la pensión de jubilación debidamente indexada desde el mes de septiembre de 2019, junto con los intereses moratorios.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que se vinculó mediante contrato de trabajo a término indefinido con la demandada desde el 1º de agosto de 1980 hasta el 31 de enero de 1987 y del 1º de marzo de 1987 al 10 de mayo del 2001, en el cargo de médico jefe del servicio de cirugía general del Hospital de San José; que por medio de Resolución n.º 04688 del 15 de diciembre de 1997 del Ministerio de Salud se adoptó una reforma estatutaria, en la que en el artículo 4º se advierte la elección de los miembros de número y el artículo 48 consagra la pensión de jubilación; que es miembro de número y cumplió con los requisitos para acceder a la citada prestación, sin embargo la junta directiva de la Sociedad de Cirugía – Hospital de San José en sesión de abril de 2012 le reconoció un “auxilio de retiro” correspondiente al 25% del 100% de la pensión de jubilación; y que, a otros miembros de número se les reconoció en porcentaje superior la pensión de jubilación.

Afirmó que los pagos recibidos fueron dentro de la nómina de pensionados de la entidad, y en este sentido fueron reportados a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, tal como se puede evidenciar en el aplicativo MUISCA y en el certificado de ingresos y retenciones del año gravable 2017; que elevó derecho de petición el 7 de septiembre de 2018, y obtuvo respuesta parcial el 17 de septiembre de esa misma anualidad, por lo que presentó insistencia el 1º de noviembre siguiente, sin que a la presentación de la demanda se hubiera dado respuesta completa y de fondo; que le fue comunicado el 17 de octubre de 2018 que la Asamblea General de la Sociedad de Cirugía de Bogotá Hospital de San José en sesión realizada el 1º de octubre del 2018, determinó por unanimidad excluir como miembro de la citada Sociedad al actor ante la reincidencia en la infracción del numeral 5º del artículo 7 de los estatutos sociales; que de igual manera se le informó la pérdida de los derechos otorgados por la demandada, tanto los estatutarios como aquellos por mera liberalidad como lo es el auxilio de retiro; que previo a esta comunicación, fue citado a descargos por no haber asistido a las reuniones y a la asamblea general de la sociedad, diligencias a las que no asistió; y que, ante la exclusión de la sociedad presentó nulidad por violación al debido proceso disciplinario, sin que a la presentación de la demanda haya sido resuelta (pág. 1-35, archivo 001, C001).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 16 de febrero de 2021, ordenando su notificación y traslado a la demandada (archivo 03, C001), quien dio respuesta en término oportuno.

La **Sociedad de Cirugía de Bogotá Hospital de San José**, admitió la existencia de la relación laboral y sus extremos, se opuso a las pretensiones de la demanda. Arguyó que el demandante fue aceptado desde el año 2000 como miembro de número de la demandada; que en febrero de 2012 se modificaron los estatutos de la demandada; que en ellos se exigía para acceder al auxilio de retiro 20 años de servicios, los últimos 5 años vinculado a la sociedad, 15 años como miembro de número y 60 años de edad, requisitos que no fueron satisfechos por el demandante pues tan solo contaba con el requisito de la edad; que bajo estas condiciones la Junta Directiva decidió otorgarle un auxilio de retiro por mera liberalidad con base en los antecedentes de salud del actor, tal como quedó plasmado en el Acta 58 del 1º de octubre de 2018.

Advirtió que el Acto Legislativo 01 de 2005 suprimió los acuerdos privados en materia pensional, además los estatutos contemplan el auxilio de retiro al que no puede acceder el actor por no cumplir los requisitos previstos en los mismos estatutos; que se dispuso excluir al demandante como miembro número de la demandada ante la reiterada falta en sus deberes; que el demandante fue afiliado a Colpensiones en vigencia de la relación laboral, por lo que esa administradora es la encargada del reconocimiento pensional a su favor. Formuló las excepciones de inexistencia de la pensión de jubilación, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción (pág. 1-20, archivo 001, C001).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 6 de diciembre de 2021, declaró probada la excepción de inexistencia de la pensión jubilación propuesta por la demandada, en consecuencia, dispuso absolver a la Sociedad de Cirugía de Bogotá – Hospital de San José de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Consideró que no existía controversia en lo relacionado con la existencia de la relación laboral y sus extremos, además porque así fue aceptado por la demandada. De la pensión de jubilación, tuvo en cuenta que la junta directiva de la sociedad aprobó los estatutos en el año 1997, los que fueron modificados

en el año 2012; que el artículo 48 de los estatutos del año 1997 vigentes para abril de 2012, previó la pensión de jubilación extralegal, y como requisitos para acceder a esta: (i) ser miembro de número, (ii) tener más de 20 años de servicios a la sociedad y (iii) cumplir 60 años, presupuestos que cumple el actor. No obstante a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005, se tiene que cualquier pacto perdería vigencia el 31 de julio de 2011, y como quiera que el actor cumpliría los requisitos para acceder a la prestación el 12 de diciembre de 2011, esto es, con posterioridad a la data prevista en el acto legislativo, no tiene derecho a la prestación extralegal reclamada.

En relación con el auxilio de retiro, dijo que se trata de un auxilio económico de mera liberalidad reconocido por la sociedad demandada, sin que se advierta alguna discriminación al demandante, el que fue reconocido teniendo en cuenta que no causó la pensión de jubilación extralegal; y que, no fue objeto de este proceso la reliquidación del auxilio de retiro, pues las pretensiones se encaminaron al reconocimiento de la pensión de jubilación.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante**, inconforme con la decisión solicita la aplicación del principio de favorabilidad existente en materia laboral. Señala que si bien con el AL 01 de 2005 las prestaciones extralegales perdieron su vigencia, debe tenerse en cuenta que con la reforma estatutaria de 2012 lo que la sociedad pretendió fue cambiar la denominación de la misma, pero no su connotación de pensión de jubilación, pues la demandada en el curso del proceso se refiere a “*la pensión de jubilación o auxilio de retiro*” indistintamente; que la mera liberalidad no puede corresponder a un capricho del empleador, pues en el acta en la cual se reconoció el auxilio, no se expusieron las razones por las que se concede tan solo en porcentaje del 25%, cuando a otros miembros se les reconoce en el 75% o el 100%.

Considera, que a pesar de que la solicitud la realizó el demandante en el año 2012 como pensión de jubilación, la sociedad reconoció fue el auxilio de retiro bajo la normativa de unos estatutos que aun no estaban vigentes, pues estos se aprobaron hasta junio de ese año; que debió la sociedad demandada proceder a estudiar la petición como pensión de jubilación según los estatutos de 1997 que se encontraban vigentes para esa época; y que, en aplicación de la favorabilidad se debió reconocer la prestación, en el título que fuera, en cuantía

del 100%, pues el juzgado lo estudió como el artículo 48 de los estatutos de 1997, pero también hubiera podido estudiar como un auxilio pensional conforme al artículo 56 de los estatutos de 2012.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 2 de junio de 2022 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

La parte demandante presentó alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la demanda y en la sustentación del recurso (archivo 07, C002).

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en el artículo 66A del CPTSS, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si resulta procedente el reconocimiento de la pensión de jubilación a favor del demandante, por parte de la demandada Sociedad de Cirugía de Bogotá Hospital de San José, en los términos deprecados en la demanda.

No se discute en este juicio que el demandante prestó sus servicios a la Sociedad de Cirugía de Bogotá Hospital de San José desde el 1º de agosto de 1980 hasta el 31 de enero de 1987 y del 1º de marzo de 1987 al 10 de mayo del 2001, en el cargo de médico jefe del servicio de cirugía general del Hospital de San José, que arribó a los 60 años el 12 de diciembre de año 2011, y así lo ratifica la certificación expedida por la demandada (pág. 39, archivo 01, C001), así como la cédula de ciudadanía del actor exhibida en audiencia (archivo 12 y 19, C001).

A fin de dar respuesta al cuestionamiento planteado, se recuerda que la Sociedad de Cirugía de Bogotá Hospital de San José es una institución de utilidad común sin ánimo de lucro, que mediante Resolución n.º 04688 del 15 de diciembre de 1997 modificó sus estatutos y cambió su razón social, entre otros. Luego, la sociedad demandada reformó nuevamente sus estatutos, los que fueron aprobados mediante Resolución n.º 506 de 19 de junio de 2012 de la Secretaría de Salud, fecha a partir de la cual entran en vigencia según el artículo 61 de los estatutos.

Precisado lo anterior, es claro que el 9 abril de 2012 cuando se resolvió por parte de la junta directiva la solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación (pág. 9-11, archivo 15, C001), los estatutos vigentes eran los del año 1997, en cuyo artículo 48 se preveía:

ARTÍCULO 48. PENSIÓN DE JUBILACIÓN. Los miembros Honorarios y de Número tendrán derecho al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación cuya cuantía fijará la Junta Directiva, cumplidos veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos en el Hospital San José y sesenta (60) años de edad siempre que soliciten a la Junta Directiva la respectiva pensión, solicitud que debe estar acompañada del acta de registro de nacimiento y de las constancias correspondientes del servicio a la institución

De lo anterior se colige, que para beneficiarse de la prestación prevista en los estatutos de la Sociedad de Cirugía de Bogotá Hospital de San José se beneficiase, debía (i) ser miembro honorario o de número (ii) tener 20 años de servicios continuos o discontinuos a la entidad y (iii) 60 años de edad.

Frente a estos requisitos, se advierte que el actor acreditó ser miembro de número desde el 1 de abril del 2012 conforme la certificación expedida por la demandada (pág. 59, archivo 01, C001), en relación con el tiempo de servicios se tiene que acreditó 20,7 años, hasta el 10 de mayo de 2001 (pág. 39, archivo 01, C001), y finalmente, arribó a los 60 años de edad el 12 de septiembre de 2011.

En punto de lo anterior, se advierte que tan solo para el 1º de abril de 2012, cuando fue reconocido como miembro de número, el actor cumplió con la totalidad de los requisitos para acceder a la pensión de jubilación; sin embargo, no se puede perder de vista que conforme a lo previsto en el párrafo transitorio 3º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia del acto legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, deben entenderse vigentes por el término inicialmente estipulado, sin que a partir de esa fecha puedan establecerse condiciones más favorables en materia pensional de las que se encuentren vigentes, las que en todo caso perderían vigencia el 31 de julio de 2010.

De manera que al no haberse causado el derecho con anterioridad al 31 de julio de 2010, es decir, con el cumplimiento de la totalidad de requisitos para su causación, tiempo de servicios, edad y calidad de miembro de número, no se trataba de un derecho adquirido, razón por la cual, expiró tal beneficio pensional

extralegal cuando era solo una expectativa no consolidada, pues se itera, el actor cumplió con el lleno de los requisitos tan solo hasta el 1 de abril de 2012.

Es ese el alcance de lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo primero del AL 01 de 2005, como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y como se desprende igualmente de la sentencia CC SU555-2014 de la Corte Constitucional, en donde se ha indicado que lo que no se puede desconocer, son los beneficios extralegales **causados** antes de la entrada en vigencia del citado Acto Legislativo, por constituir **derechos adquiridos**, en tanto que el otorgamiento de los que se causen en el futuro, deberán articularse o armonizarse con lo trazado en el nuevo sistema general de pensiones; y que, justamente según la exposición de motivos de ese Acto Legislativo, la transición normativa garantiza las **expectativas legítimas** de aquellas personas que se encontraban cercanas al cumplimiento de los requisitos para acceder a una pensión de jubilación, con el fin de que sus derechos no resulten frustrados, **pero** que «*en todo caso*» por voluntad del constituyente, las disposiciones convencionales respecto de las pensiones de jubilación que se encontraban rigiendo a la fecha de expedición del Acto Legislativo No. 01 de 2005, mantendrán su curso **máximo** hasta el 31 de julio de 2010, con lo que se garantizan esas expectativas legítimas.

En gracia de discusión, en caso de que se acogieran los estatutos del año 2012 para el estudio de las pretensiones del actor, se tiene que estos no contemplan una pensión de jubilación, pues estaría en contravía del AL 01 de 2005, como se explicó. No obstante, ese articulado previó un auxilio de retiro, bajo las siguientes condiciones:

ARTICULO 56. AUXILIO DE RETIRO. Los miembros honorarios y de número tendrán derecho al reconocimiento y pago de un auxilio de retiro mensual, cuya cuantía fijará la Junta Directiva, cumplidos veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos en el Hospital de San José, siempre y cuando los últimos cinco (5) años antes de cumplir los requisitos necesarios para recibir dicho auxilio de retiro, los haya pasado vinculado al Hospital de San José; sesenta (60) años de edad y quince (15) años de ser miembro de número de la SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ HOSPITAL DE SAN JOSÉ, solicitando a la Junta Directiva el respectivo auxilio, solicitud que debe estar acompañada de la fotocopia de la cédula de ciudadanía y de las constancias correspondientes del tiempo de servicio en la institución y del tiempo como miembro de número de la Sociedad. Éste auxilio podrá extenderse al cónyuge sobreviviente que el miembro de número haya registrado en el momento de su ingreso a la Sociedad, el cual podrá extenderse hasta su muerte. El auxilio extendido a dicho cónyuge sobreviviente se perderá en el caso en que él o la cónyuge contraigan nuevas nupcias.

Si el miembro de número se incapacita permanentemente y ha ostentado dicha calidad por un tiempo no menor de cinco (5) años, la SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ HOSPITAL DE SAN JOSÉ le asignará un auxilio, cuya cuantía fijará la Junta Directiva.

(...)

PARÁGRAFO TERCERO: Los miembros que cuenten con 20 años de servicio para ser beneficiarios de este auxilio pero que no hayan pasado los últimos cinco años de trabajo en el Hospital, podrán acceder a él, siempre y cuando la ausencia este justificada por haber sido dignatario del Estado a nivel de ministerio, embajada o cuerpo consultar, o por haber ocupado un cargo de importancia en el sector privado, con el visto bueno o la aceptación de la SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ HOSPITAL DE SAN JOSÉ.

Requisitos que no cumple el actor, puesto que, si bien acredita 20,7 años de servicios, y arribó a los 60 años de edad el 12 de septiembre de 2011; lo cierto es que no acredita ser miembro de número por quince (15) años, pues tal calidad fue sólo a partir del 1º de abril del 2012, adicional a ello, los últimos cinco (5) años anteriores al reconocimiento no estuvo vinculado al Hospital de San José, toda vez que su vinculación lo fue hasta el 10 de mayo del 2001 y no alegó que estuviera dentro de las situaciones enmarcadas en el párrafo tercero.

De lo anterior, es dable concluir que la Junta Directiva de la Sociedad de Cirugía de Bogotá, tal como se desprende del acta 232 del 9 de abril del 2012 (pág. 9-11, archivo 15, C001), realizó un reconocimiento al actor por mera liberalidad, en ella se estableció que *“Analizadas las solicitudes los miembros de la junta, en concordancia con el artículo 15 del acuerdo No 222 de Junta Directiva autorizan a partir del 1 de abril del presente año, el pago del 25% de la suma correspondiente al auxilio de retiro, al Dr. Luis Augusto Cortes del Valle, del que habla el artículo No. 48 de nuestros estatutos, ...”*. Nótese, que al fijar la cuantía hace referencia al auxilio de retiro, pero al final se plasmó que se trata de lo consagrado en el artículo 48 de los estatutos, que entiende esta Sala corresponden a los del año 1997, como quiera que ese mismo artículo en los estatutos del año 2012 trata de las funciones del jefe de la oficina jurídica, tal como fue advertido por el *a quo*, además de haber sido aprobada con posterioridad esa reforma estatutaria.

Valga mencionar, que las pretensiones de la demanda giraron en torno al reconocimiento de la pensión de jubilación a cargo de la Sociedad de Cirugía de Bogotá Hospital de San José, tal como fue definido desde la fijación del litigio, y reiterado en la sentencia objeto de apelación, y no puede ahora la apoderada de la parte demandante vía apelación o en las alegaciones de conclusión de esta instancia, pretender que el problema jurídico incluya la reliquidación del auxilio reconocido al demandante, bajo el argumento de que independiente de la denominación que se le otorgue lo cierto es que tiene la connotación de pensión de jubilación. En esta misma senda tampoco es viable estudiar si el actor debía continuar percibiendo el reconocimiento económico luego de ser excluido como miembro de número de la Sociedad demandada en septiembre de 2018, pues se recalca que el objeto de estudio es la pensión de jubilación extralegal.

Ahora, en relación con el principio de favorabilidad que alega la parte demandante (artículo 53 CP y 21 CST), no hay lugar a la aplicación del mismo, como quiera que no existe duda frente al texto de los estatutos aplicables, pues su contenido no se torna ambiguo y, por el contrario, determina de manera clara la pensión de jubilación que reconoce la demandada, así como los requisitos para su causación. Tenga en cuenta el apelante que tampoco existe duda respecto de la entrada en vigor de los estatutos del año 2012, y de esta manera cuales eran los estatutos aplicables a la situación del Dr. Luis Augusto Cortes Del Valle.

En virtud de lo expuesto, se **confirmará** la decisión de primera instancia.

Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2021, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá DC, por las consideraciones expuestas.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

[11001310501220210003001](https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/11001310501220210003001)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: 494631ab611c4a9f2a5f067e0a857ceb65e74a535424d9c3c4a2e7ec224ea806

Documento generado en 15/11/2022 11:01:49 AM

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

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO LABORAL - SENTENCIA
RADICACIÓN.	11001 31 05 012 2020 00462 01
DEMANDANTE:	DORIS JEANETTE BALLÉN GUACHETÁ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

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

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 15 de febrero de 2022, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante, que se condene a la demandada a reconocer y pagar la sustitución del 100% de la pensión de jubilación que era recibida por Ramón Arturo Ruiz Quintero en su calidad de compañera permanente de aquel y a partir de la fecha del fallecimiento, junto con los reajustes de ley, la indexación de las sumas reclamadas y los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que convivió de manera permanente con Ramón Arturo Ruiz Quintero de manera permanente e ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa por más de 7 años hasta la fecha de su muerte ocurrida el 20 de mayo de 2018; que se conocieron por ser primos y cuando ella tenía 21 años inició una relación

sentimental; que debido a esa situación hubo una simple separación material pero no espiritual; que a partir del año 2009, empezaron a tener una relación con fines de convivencia, dado el deceso de quien era la cónyuge del causante, y finalmente la convivencia se concretó desde febrero de 2011; que residieron en dos lugares en la Carrera 56ª n.º 130ª – 86 y en la Carrera 50ª n.º 39ª -18 sur; que en varias oportunidad acompañó al causante a la Clínica Reina Sofía; que a Ramón Arturo Ruiz Quintero le fue reconocida pensión de jubilación por la Empresa de Teléfonos de Bogotá mediante Resolución n.º 1610 del 19 de agosto de 1988; que la ETB SA ESP hizo un acuerdo de conmutabilidad por lo que la pensión del causante quedó a cargo de Positiva Compañía de Seguros SA; que el ISS le reconoció al *de cujus* pensión de vejez mediante Resolución n.º 25587 de 2003, a partir del 19 de noviembre de 2002 y de forma compartida con la prestación pagada por Positiva Compañía de Seguros SA; que mediante Resolución n.º 14200 del 10 de diciembre de 2018, la Gerencia de Positiva le reconoció sustitución pensional; que Colpensiones negó la pensión, basándose en las comunicaciones remitidas por las hijas del causante y en el informe del investigador, sin verificar las entrevistas tomadas por aquel y sin que se le hubiera corrido traslado de las pruebas recaudadas (Pág. 1 a 53, archivo 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el 4 de febrero de 2021, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (archivo 3), a quien se le tuvo por no contestada la demanda (archivo 8).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio (pág. 2 a 3, archivo 5).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 15 de febrero de 2022, absolvió a Colpensiones de las pretensiones incoadas en su contra (archivo 21).

Consideró el juez de primer grado que en el presente caso la demandante no había acreditado el requisito de convivencia exigido por la normatividad

aplicable para ser beneficiaria de la prestación reclamada, lo anterior teniendo en cuenta las afirmaciones realizadas por la misma en el interrogatorio de parte en el que afirmó que durante el año 2013 solo había visitado en tres oportunidades al causante y que en el año 2015 aquel había vivido por tres meses con sus hijas, lo cual le restaba valor probatorio a las documentales adosadas, así como a las versiones de los testigos Álvaro Martín, Ana Margarita Rodríguez y Elba Fernández quienes se contradijeron con la convocante.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** solicitó que se revoque la absolución dispuesta en primera en instancia, indicando que aunque la demandante en el interrogatorio de parte manifestó que no pudo acompañar al causante en todo momento, ello obedeció a que ella se encontraba a cargo del cuidado de sus padres, lo que era conocido y aceptado por Ramón Arturo, de manera que aunque se separaron nunca dejaron de comunicarse y la relación tampoco se rompió, pues permanentemente se apoyaron y socorrieron, de ahí que estima que debe aplicarse el precedente de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 4099 de 2017, máxime cuando los testigos ratificaron el vínculo que existió entre la pareja, y sus versiones fueron espontáneas y les consta lo afirmado debido a que habitaban en el mismo lugar, además, fueron concordantes con las declaraciones recibidas en la investigación administrativa.

Sobre las declaraciones de las hijas del pensionado, dijo que las mismas manifestaron que estuvieron fuera del país y desconocían que la pensión de su padre era compartida, tal como lo manifestó la señora del servicio que cuida los niños de Yeny Milena, quien dijo que se encontró con la demandante en la clínica; y, sostuvo que el hecho de que los residentes del sector de la casa del causante no reconocieran a la demandante como su compañera, no puede ser tenido en cuenta para desacreditar la convivencia, pues con ello se agregan requisitos adicionales a los previstos en la norma, a pesar de que es válido que los compañeros decidan mantener bajo reserva la convivencia material.

Expuso que debía tenerse en cuenta que debido a que la activa y el causante eran primos, hubo inconformidad de la familia sobre su relación y

que Yeny Milena sostuvo que no estaba de acuerdo con esa situación, sumado a que las hijas perseguían derechos económicos y hereditarios y por eso no les convenía que su padre tuviera compañera permanente.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 8 de marzo de 2022 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, y conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (archivo 4, C002).

Las partes presentaron las alegaciones reiterando, los argumentos expuestos en la alzada y los esgrimidos en la contestación a la demanda (archivo 5, C002).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en establecer si la demandante acredita los supuestos necesarios para ser considerada beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada con ocasión de la muerte del pensionado Ramón Arturo Ruiz Quintero, en calidad de compañera permanente.

No es objeto de controversia en este asunto que: **i)** Ramón Arturo Ruiz Quintero falleció el 20 de mayo de 2018 (Pág. 68, archivo 1); **ii)** mediante Resolución n.º 05587 del 2003, el Instituto de Seguros Sociales, le reconoció una pensión de vejez, la cual es compartida con la pensión de jubilación que pagaba Positiva Compañía de Seguros SA, en virtud de la figura de la conmutabilidad pensional; **iii)** Que Positiva Compañía de Seguros SA mediante oficio del 10 de diciembre de 2018, le reconoció sustitución pensional a la convocante en calidad de compañera permanente; y, **iv)** Que Colpensiones negó la prestación económica que aquí se reclama mediante Resoluciones SUB5130 del 14 de enero de 2019 y DPE 871 del 20 de marzo de 2019.

La norma aplicable para resolver la controversia, es la vigente para el 20 de mayo de 2018, fecha de la muerte del causante, esto es, los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL17521-2016 y CSJ SL15873-2017), según los cuales, para el caso, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado que fallezca, y son beneficiarias de la prestación en forma vitalicia, la cónyuge o compañera permanente que a la fecha de la muerte del causante tenga 30 o más años de edad, acredite que hizo vida marital con el pensionado fallecido hasta el momento de su muerte, y haya convivido con él por los menos 5 años continuos con anterioridad a su deceso.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, explicó que según la normatividad citada *“la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605)”*.

Finalmente, se tiene que la Alta Corporación en reiteradas decisiones y particularmente en la sentencia CSJ SL1399-2018, dejó sentado que *“la jurisprudencia laboral ha sostenido que la convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio”*.

Para decidir el caso bajo estudio, debe indicar la Sala que comparte los razonamientos que llevaron al *a quo* a denegar las pretensiones de la demanda, pues se advierte que basta el interrogatorio de parte de la demandante, para restarle eficacia probatoria a las documentales arrimadas con el escrito inicial y a las versiones de los testigos que fueron decretados a su favor, en la medida en que no existe coherencia y concordancia con lo afirmado por Doris Jeanette Ballén Guachetá.

En ese orden, se encuentra que en su declaración la convocante dijo que la convivencia con el causante había iniciado el 5 de febrero de 2011 y se había mantenido vigente hasta la fecha del deceso de aquel; no obstante, puso de presente que a pesar de que supuestamente la mayor parte del tiempo residieron en la casa de sus padres, el pensionado tenía su propia casa en el barrio Iberia, y al indagársele si también vivían juntos en ese lugar, fue evasiva en su respuesta y dijo que estuvieron yendo y viniendo, y que ella siempre entró ahí con él de mano o en el carro, sin embargo, no aseguró haber habitado ahí con él.

Adicionalmente, a pesar de haber expresado previamente que la convivencia nunca sufrió interrupciones, al preguntársele de nuevo por esa situación dijo que debido a que el causante se enfermó de Herpes en el 2013, él se quedó con sus hijas, quienes lo atendieron y cuidaron desde junio hasta noviembre, época en la que ella lo visitó supuestamente en dos o tres oportunidades, manteniendo la comunicación con él; así mismo, mencionó que desde ese momento Ramón Arturo siguió residiendo de manera simultánea en la casa de sus padres y en Iberia a donde ella iba entre semana.

Más adelante relató que a finales del año 2014, al pensionado se le inflamaron las piernas, y por otros tres meses permaneció en la casa de Iberia con las hijas, y que ella lo visitó en tres oportunidades; luego, adujo que el pensionado estuvo hospitalizado en la Clínica Colombia desde el 24 de abril hasta su deceso, y que ella lo visitó allí en 6 oportunidades, última afirmación que no se ratifica con ninguna de las pruebas, pues al respecto únicamente Yeny Milena Ruiz, hija del pensionado, dijo que ella había estado a cargo del cuidado de su padre, y solo había visto en una oportunidad a la promotora del proceso, y un familiar le había informado que ella era una prima lejana pero no más, pues antes de eso no sabía de su existencia.

Por su parte, los testigos convocados por la demandante, su hermano Álvaro Ballén y la esposa de éste Elba Maritza Bernal, dijeron que vivían en la misma casa en la que residía la pareja y que les constaba que la convivencia se había dado sin solución de continuidad, de manera continua; y a pesar de la supuesta cercanía a la pareja, no refieren a las interrupciones señaladas por la convocante, a pesar de haberseles indagado sobre el particular, de manera que la Sala, como lo hizo el *a quo*, considera que no es posible imprimirle credibilidad a sus dichos.

Situación que se predica igualmente de las declaraciones extra juicio que se incorporaron con la demanda (Pág. 110 a 121, archivo 1) y la manifestación escrita de convivencia suscrita el 20 de abril de 2018, por el *de cujus* y la demandante en la que se indicó que sostenían una unión marital desde hace 7 años y que toda la vida habían sido compañeros (pág. 70, archivo 1), máxime cuando sobre este último particular la propia convocante en el interrogatorio de parte dijo que habían sostenido una relación de noviazgo en la juventud, que mientras el pensionado estuvo casado no tuvieron nexo alguno y volvieron a sostener un vínculo sentimental hasta el año 2009.

A su vez, en lo que concierne a la deponente Ana Margarita Rodríguez Rodríguez, dijo conocer a la gestora hace más de 20 años, y en su narrativa refiere haberse enterado mayormente de las cuestiones indagadas, por conducto de la demandante, de manera que no le constan de manera personal y directa los supuestos controvertidos; y, las hijas del causante, Yeny Milena Ruiz Pineda quien residía en la casa contigua a la de aquel en Iberia, dijo pasar gran parte del tiempo con él, debido a que ella permanecía en el hogar, y Luz Adriana Ruiz Pineda, quien señaló que también visitaba a su progenitor con regularidad, refirieron que no conocían a la demandante, y nunca la vieron en la casa del pensionado, que su padre no les contó que sostuviera una relación con ella y que solo Yeny Milena la vio una vez en la Clínica Colombia y en las honras fúnebres de Ramón Arturo, por lo que sus versiones tampoco sirven para acreditar la convivencia aludida en la demanda.

Finalmente, respecto de los registros fotográficos adosados, se advierte que de ellos no se desprenden las circunstancias de tiempo y lugar en que se registraron y tampoco evidencian el requisito de convivencia exigido por la normatividad aplicable (Pág. 71 a 79, archivo 1).

En todo caso, estima esta Corporación que al valorarse de manera conjunta la declaración de parte de la promotora del proceso y las versiones de las hijas, lo que se puede inferir es que entre Doris Jeanette y Ramon Arturo no existía una verdadera comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común, no conformaban un verdadero núcleo familiar, sino que a lo sumo, existía un noviazgo entre ellos.

En ese orden, y como refuerzo de lo considerado se trae a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL 38113, 27 abr. 2010, en la que concluyó:

“La justificación de la no vida en común vale frente a un núcleo familiar conformado, pero no se pueden invertir los términos, como lo hace el Tribunal, de hacer de las circunstancias justificantes de la singular forma de convivencia con techos separados, la prueba de la existencia de una familia auténticamente conformada.

Al juez no le compete sustituir a los miembros de la pareja dándoles la intención de ser una familia que ellos mismos se negaron a constituir; los noviazgos permanentes donde no hay un compromiso de constituir un proyecto de vida común no constituyen familia”.

En consecuencia, al no estar debidamente acreditado que la demandante convivió con el pensionado, en unión marital de hecho, conformando un verdadero núcleo familiar, en los cinco años anteriores a su fallecimiento, pues ninguna de las pruebas recaudadas permite ratificar tal situación, se **confirmará** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la instancia, ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de febrero de 2022, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá DC, por las razones expuestas.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

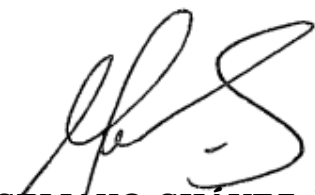
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Enlace expediente digital:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EutoHwqrhYJLpdQLX9gyoPoBa3EUHKmzeEzrlIGlXZBnwA?e=oxacor

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: 5dcd84bc8ba091994808bd86f680814a1bc07f2c59996f03dbd89e970daae97d

Documento generado en 15/11/2022 11:01:48 AM

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

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **012 2020 00210 01**
DEMANDANTE: VERA ELLEN SCHUTZ SMITH
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

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

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 9 de mayo de 2022, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la ineficacia o en subsidio de esta la nulidad o la inexistencia del traslado que se llevó a cabo del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir SA el 31 de agosto de 1998; en consecuencia, que las cosas deben volver al estado en el que se encontraban, entendiéndose que para todos los efectos jurídicos siempre ha permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado actualmente por Colpensiones y advirtiendo que, no existió solución de continuidad en la afiliación, ya que el traslado al Régimen de Ahorro Individual no puede producir efectos, al no haberse realizado en forma libre y espontánea. Así mismo, que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, de conformidad con lo establecido

en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, junto con los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación de los valores condenados.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 14 de septiembre de 1957; que estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, desde el año 1981; que el 31 de agosto de 1998, por no recibir información técnica, adecuada, completa, clara, veraz y oportuna suscribió formulario de afiliación con Porvenir SA trasladándose así al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; que al 1º de abril de 1994 tenía 37 años de edad y es beneficiaria del régimen de transición, de conformidad con lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que al 25 de julio de 2005, fecha en la cual entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, contaba con más de 750 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones; que al 31 de diciembre de 2014, tenía 57 años de edad; que en el mes de marzo del año 2004, se trasladó del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, sin embargo, con su regreso no recuperó el régimen de transición al que tenía derecho; que el promotor o asesor del fondo privado demandado Porvenir SA, al momento del traslado, en ningún momento le advirtió que era beneficiaria del régimen de transición por edad, de acuerdo al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y tampoco que al trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad perdería el beneficio de transición; y que, presentó reclamación ante las demandadas (pág. 7 a 24, archivo 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 30 de septiembre de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (archivo 3).

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones, con fundamento en que el traslado realizado por la parte actora a la AFP privada se presume no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de Régimen Pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 sino plenamente valido, razón por cual la afirmación de vicio del consentimiento, la falta de información necesaria y/o ineficacia acaecido en el trámite de traslado alegado por el interesado, deberá probarse en el desarrollo del proceso judicial y

solo hasta que sea declarado por el Juez de la causa le asistiría a Colpensiones la obligación de recibir y activar su afiliación sin solución de continuidad. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (Pág. 3 a 14, archivo 5).

A **Porvenir SA** se le tuvo por no contestada la demanda (archivo 8).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado guardó silencio (archivo 10).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 9 de mayo de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación realizada en el régimen de ahorro individual con solidaridad por Porvenir SA el 31 de agosto de 1998; y, condenó a Porvenir SA a devolver a Colpensiones lo relativo a los gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados a la accionante durante el tiempo que permaneció afiliada a ese fondo, debidamente indexados y a Colpensiones a recibir todos los valores reintegrados por Porvenir SA. Adicionalmente declaró que la demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 y condenó a Colpensiones a reconocerle y pagarle la pensión de vejez de que trata el art. 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de ese año, a partir del día siguiente en que acredite su retiro al sistema, cuyo IBL y tasa de reemplazo se calcularán con base en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de lo cotizado durante toda la vida laboral o el de los últimos 10 años, el que resulte más favorable, para lo cual, dado el número de semanas cotizadas, se aplicará una tasa de reemplazo del 90%.

Para fundamentar su decisión, la juez de primer grado expuso que a pesar de que con el formulario de afiliación a Porvenir se podía establecer que su vinculación se hizo de manera libre y espontánea, ello no significaba que hubiera recibido la información suficiente por parte de la administradora respecto de las consecuencias de su decisión, pues el fondo estaba obligado a informarle sobre las ventajas y desventajas del traslado, las pérdidas y ganancias que podría tener

su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en los que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, además que era beneficiaria del régimen de transición por la edad y que por el hecho de trasladarse perdería tal prerrogativa. Lo que daba lugar a declarar la ineficacia del tránsito de régimen dispuesto.

En cuanto al reconocimiento de la prestación de vejez, estableció que el mismo era procedente debido a que la demandante contaba con más de 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, el 14 de septiembre de 2012 cumplió 57 años y acreditaba 1637,86 semanas al 31 de enero de 2022, completando las mil antes del 31 de diciembre de 2014.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir SA al efecto adujo que no existe causal, ni norma constitucional o legal que disponga la devolución de los gastos de administración o las primas de seguros previsionales, por lo que al ordenarse se estaría incurriendo en un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, además que la Superintendencia de Colombia en concepto emitido el 15 de enero de 2020, manifestó que en los eventos en los que se declarara la ineficacia del traslado los únicos conceptos que debían reintegrarse eran los aportes y rendimientos, los cuales, en este caso, ya fueron devueltos. Agregó que la aseguradora actuó como un tercero de buena fe dentro del proceso y no participó en el acto del traslado, por lo que no puede pedírsele que efectúe la devolución, máxime cuando la activa estuvo cubierta en la vigencia de la afiliación.

Adujo que debe tenerse en cuenta que en el Régimen de Prima Media también se destina un porcentaje de la cotización a cubrir los rubros antes referidos, sumado a que los mismos no le pertenecen a la activa en ninguno de los dos regímenes y que mucho menos están llamados a financiar la pensión de vejez en el que es administrado por Colpensiones.

Finalmente, expuso que frente a los gastos de administración debe declararse la prescripción, comoquiera que los mismos no sirven para financiar la pensión de vejez.

Colpensiones expuso que en este caso no era procedente disponer el

retorno de la demandante al régimen de prima media ni que aquella es beneficiaria del régimen de transición debido a que la activa no contaba con 750 semanas al 1º de abril de 1994, de acuerdo con lo previsto en la Ley 797 de 2003 y en las sentencias CSJ SL1166-2016 y C-789-2002. Finalmente solicitó que se absuelva de la condena en costas debido a que se aceptó el traslado de la demandante en el año 2003, aquella ha efectuado las cotizaciones de manera libre y voluntaria y la entidad ha recibido tales rubros, lo que denota la buena fe con la que se ha actuado.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 2 de junio de 2022 se admitieron los recursos de apelación interpuestos por la AFP Porvenir SA y por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, y conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

La demandante y las demandadas presentaron las alegaciones reiterando los argumentos expuestos, respectivamente, en la demanda, en la contestación a la misma y en la alzada (archivos 7, 9 y 11, C002).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

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

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a resolver los recursos de apelación y surtir el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria; y, si hay lugar a ordenar a Colpensiones reconocer la pensión de vejez al amparo de lo dispuesto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 y el art. 12 del Acuerdo 049 de 1990 y si es procedente revocar la condena en costas dispuesta en contra de esa entidad.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 14 de septiembre de 1957 (pág. 26, archivo 1); **ii)** cotizó con 90 días de interrupción del 2 de noviembre de 1979 al 29 de septiembre de 1980 a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones (pág. 4, archivo 6) y al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 10 de agosto de 1981 y agosto de 1997 (Pág. 3 a 14, archivo 19); **iii)** se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad

administrado por la AFP Porvenir SA, el 31 de agosto de 1998, con fecha de efectividad de 1º de octubre de 1998 (pág. 74, archivo 7), y retornó al ISS el 21 de enero de 2004 (Pág. 31, archivo 1), mediante traslado que se hizo efectivo desde el 1º de marzo de ese año (Pág. 32, archivo 1).

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

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

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

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

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

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

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

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir, efectivo desde el 1º de octubre de 1998, y si bien en el formulario de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «*consentimiento*» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no supe en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

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

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adocinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz,

estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

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

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

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó la *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 31 de agosto de 1998, con su afiliación a la AFP Porvenir.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores si los hubo, en tal sentido, teniendo en cuenta que la activa retornó al régimen de prima media y que Porvenir SA envió a Colpensiones los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, dicha administradora de fondos de pensiones debe devolver con destino a Colpensiones, adicionalmente, las primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-

2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

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

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

Pensión de Vejez.- Teniendo en cuenta los efectos de la ineficacia del traslado del régimen pensional establecidos previamente, pasa la Sala a resolver la solicitud de pensión de vejez, encontrando que está acreditada, en este caso, la calidad de beneficiaria del régimen de transición de la demandante, según lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues a 1º de abril de 1994, contaba más de 35 años de edad debido a que nació el 14 de septiembre de 1957 (pág. 26, archivo 1); además, que las prerrogativas contenidas en dicha preceptiva se extendieran a su favor hasta el 31 de diciembre del año 2014, ya que al 29 de julio de 2005, fecha en que entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de ese año (fecha de publicación del Diario Oficial 45984 de julio 29 de 2005), registra un total de 783,42 semanas, de manera que le son aplicables las disposiciones contenidas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en cuanto a la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión.

¹ CSJ SL1688-2019.

De acuerdo con lo anterior, el art. 12 del acuerdo 049 de 1990, establece los requisitos para acceder a la pensión de vejez, en primer lugar, contar con 55 años de edad en el caso de las mujeres, y la demandante cumplió dicha edad el 14 de septiembre de 2012, en segundo lugar, tener un mínimo de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para causar la pensión o 1000 semanas en cualquier tiempo, por lo que, revisado el reporte de semanas cotizadas (Pág. 3 a 14, archivo 19), la activa registra un poco más de las 1000 semanas para el año 2010 y 1631,86 en toda su vida laboral hasta el 31 de enero de 2022, por lo tanto, se concluye que cumple con las exigencias de la norma mencionada.

Respecto al goce de la pensión, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 establece que dicha prestación se reconocerá a solicitud de la parte interesada, reunidos los requisitos mínimos, previa desafiliación al régimen y teniendo en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo, tal como se estableció en la primera instancia.

Como se ha establecido en reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL 38776, 1 feb. 2011, el acto de desafiliación al régimen puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta de pago de cotizaciones y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones, que no dejen duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional, consideración que ha sido reiterada en las sentencias SL 4611 de 2015; SL 18447 de 2016; SL 9036 de 2017 y SL 963 de 2018.

Es necesario indicar que, al no encontrarse probada en este caso, la novedad de retiro al sistema, es menester disponer el reconocimiento de la pensión a partir de la fecha en la que se registre el retiro de la demandante al sistema, así mismo, y teniendo en cuenta que para calcular la cuantía de la primera mesada debe contabilizarse hasta la última semana aportada al sistema, la entidad de seguridad social, deberá calcular el IBL con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó la afiliada en toda la vida laboral o con los ingresos de los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, y tomar el que resulte más benéfico, al que se le deberá aplicar el 90% como tasa de reemplazo, al registrarse más de 1250 semanas (art. 20 del Ac. 049 de 1990)

Por otro lado, se debe tener en cuenta que, como el derecho pensional se causó 14 de septiembre de 2012, la prestación debe pagarse en 13 mesadas al año, en los términos del inciso 8º y el Parágrafo Transitorio 6º, del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que sobre el particular se adicionará la sentencia de primera instancia.

Así mismo, en el sentido de autorizar a la entidad de seguridad social a descontar lo correspondiente al aporte a salud en razón a que los pensionados son afiliados obligatorios al sistema de seguridad social en salud en virtud de los artículos 204 y 157 de la Ley 100 de 1993.

Condena en costas.- En lo que a la condena en costas se refiere, la Sala recuerda que éstas son la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial, y comprende las expensas y las agencias en derecho. En ese orden de ideas, de conformidad con el artículo 365 del CGP, las costas son a cargo de la parte vencida en el proceso, en este caso, atendiendo a las circunstancias particulares que rodean el asunto, le asiste razón a la entidad demandada Colpensiones, y debió disponerse dicho rubro únicamente a cargo la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, en la medida en que la primera no tuvo ninguna injerencia en el acto jurídico de traslado de régimen pensional que se declara ineficaz y da lugar a la decisión que se confirmará, ni es ésta consecuencia directa o indirecta de la acción u omisión de la administradora del RPMPD, así como tampoco le era dable resolver sobre la situación de ineficacia que se discutió, y simplemente está llamada a soportar las consecuencias jurídicas de la omisión de la administradora del RAIS, sin que por tanto, en estricto sentido, pueda ser tenida como vencida en el mismo, ajustándose su actuar al ordenamiento legal. Por lo que sobre el particular se **revocará parcialmente** la decisión de primer grado.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 9 de mayo de 2022, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA** deberá devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral quinto de la sentencia apelada y consultada, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la pensión de vejez de la demandante deberá reconocerse en trece mesadas pensionales al año.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada, en el sentido de autorizar a Colpensiones, efectuar los descuentos por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud, del retroactivo pensional causado a favor de la demandante, según lo expuesto en las consideraciones anteriores.

CUARTO: REVOCAR parcialmente el numeral octavo de la sentencia apelada y consultada, en cuanto a la condena en costas impuesta a cargo de Colpensiones, para en su lugar, abstenerse de condenar en costas a esa entidad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Enlace expediente digital:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/ErPmily9uvJJufkQoyBosyABxvfBLST3xzszxwM_MjOeFg?e=btuDpy

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: 9d95a2e2e118ea2c1efb3ec64fba49d0d84f8968e74b7e699f07ea98e5d59115

Documento generado en 15/11/2022 11:01:47 AM

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

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **007 2019 00407 01**
DEMANDANTE: JOSÉ SOLIER SÁNCHEZ PINZÓN
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL
DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES
PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP

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

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, respecto de la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2021, por el Juzgado 7º Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare que las demandadas desde el año 2014 han realizado un incremento arbitrario en los descuentos por concepto de salud, que pasó del 4% al 12%, cuando la pensión de jubilación se reconoció con anterioridad al 1º de junio de 1994. En consecuencia, que se reajusten los descuentos por concepto de salud bajo los parámetros que se venían aplicando; y, se ordene cancelar las diferencias dejadas de pagar, junto con los intereses moratorios (pág. 3-4, archivo 01, C001).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que mediante resolución n.º 6565 de fecha 30 de diciembre de 1993, el extinto ISS PATRONO le reconoció pensión de jubilación con fecha de causación del 29 de noviembre

de 1993, en virtud de lo establecido en el artículo 19 del Decreto Ley 1652 de 1977, prestación sobre la cual se le realizaba un descuento por aportes a salud del 4%; que le fue reconocida pensión de vejez por parte del liquidado Seguro Social, mediante resolución n.º 003462 de 29 de julio de 1999, la que sustituyó la anterior prestación, descontándole el 4% de la mesada con destino a los aportes en salud.

Informó, que la pensión que devengaba a partir del año 2014 fue compartida entre Colpensiones y la Ugpp, momento a partir del cual se incrementaron los descuentos por salud al 12%; que presentó petición a la Ugpp de reajuste de los citados descuentos, sin que se le hubiese brindado una respuesta precisa; que en el mismo sentido elevó petición a Colpensiones, y la administradora al dar respuesta adujo que los descuentos se realizan conforme lo establece la Ley 100 de 1993, sin que a la fecha hayan resuelto de fondo lo pedido; y que, cuenta con 77 años a la presentación de la demanda, pues nació el 25 de julio de 1938 (pág. 1-3, archivo 001, C001).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 1º de agosto de 2019, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (pág. 43, archivo 01, C001), quienes dieron respuesta en término oportuno.

La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, presentó escrito de contestación en el que se opuso a las pretensiones de la demanda. Formuló las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y carencia de causa para demandar (pág. 44-55, archivo 001, C001).

La **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP**, presentó escrito de contestación en el que se opuso a las pretensiones de la demanda. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción y principio de buena fe (pág. 63-69, archivo 001, C001).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 7 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 29 de noviembre de 2021, dispuso absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Consideró que al actor le fue reconocida pensión de jubilación a cargo del ISS empleador mediante resolución del 30 de noviembre de 1993, luego el ISS aseguradora reconoció pensión de vejez conforme las previsiones del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, a partir del 25 de julio de 1998, derecho adquirido en vigencia de la Ley 100 de 1993 por lo que es viable y legal el descuento del 12% sobre esta última.

Tuvo en cuenta que el 21 de abril de 2014 la UGPP informó que para el mes de marzo de 2014 se realizó el ajuste del descuento con destino al sistema de seguridad social en salud en 8.04%, el que fue realizado de manera oportuna. Por lo anterior, señaló que corresponde realizar el descuento completo por este concepto a la mesada del pensional, tanto a la pensión convencional reconocida por el ISS Empleador, como a la pensión legal de vejez a partir de 1998. Por tanto, al tomar como referente las sentencias CC C111-1996 y CC C126-2000, que consideraron legal el incremento en el descuento por salud, se tiene que el descuento que se realiza al demandante en el equivalente al 12% es legal, por lo que negó las pretensiones de la demanda. Condenó en costas al demandante y a favor de las demandadas.

IV. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 8 de marzo de 2022 se admitió el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

Las demandadas Ugpp y Colpensiones presentaron alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la demanda y en la sustentación del recurso (archivo 05 y 06, C002).

V.CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a surtir el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el 14 de la Ley 1149 de 2007, conforme a lo cual, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si resulta procedente reajustar del 12% al 4%, el descuento que se le realiza al actor de su mesada pensional, con destino al sistema de seguridad social en salud, y de resultar procedente, establecer si se debe ordenar el reintegro de las sumas ya descontadas.

Son hechos indiscutidos y acreditados en el proceso, el reconocimiento al demandante de la pensión de jubilación convencional por parte del ISS empleador, mediante resolución n.º 6565 a partir del 29 de noviembre de 1993, en esta resolución se dispuso que esta prestación sería pagada hasta que le fuera reconocida la pensión de vejez, momento a partir del cual quedaría a cargo de la entidad solo el mayor (pág. 17-22, archivo 01, 001). De igual manera, al actor se le reconoció pensión de vejez por parte del ISS aseguradora mediante resolución n.º 003462 de 1999, a partir del 25 de julio de 1998 (pág. 23, archivo 01, C001).

A fin de resolver la controversia planteada, se tiene que el art. 143 de la Ley 100 de 1993, previó que:

A quienes con anterioridad al 1o. de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha, a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente Ley». Y que: «La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de estos, quienes podrán cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

A su turno, el art. 42 del Decreto Reglamentario 692 de 1994, estableció que *“A quienes con anterioridad al 1º de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez, o sobrevivientes, y a quienes sin haberles efectuado el reconocimiento tuvieron causada la correspondiente pensión con los requisitos formales completos, tendrán derecho a partir de dicha fecha a que con la mesada mensual se incluya un reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud prevista en la Ley 100 de 1993”, y que, “(...) Las entidades pagadoras deberán descontar la cotización para salud, y transferirlo a la EPS o entidad a la cual esté afiliado el pensionado en salud”*

Por su parte, el numeral 1º del literal A del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, prevé que deberán afiliarse al sistema mediante las normas del régimen

contributivo, entre otros, los pensionados y jubilados; y el artículo 204 *ibídem*, adicionado por el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008, preceptúa que “*La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional*”.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL 47378, 14 feb. 2012, expresó, que el descuento en salud está en su totalidad a cargo del pensionado, al tenor del ya referido inciso 2º del art. 143 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia inherente al reconocimiento de la pensión y, en ese orden, cuando se otorga tal derecho se faculta su deducción, teniendo en cuenta que el pagador es quien debe realizar la retención legal y trasladarla a la EPS a la cual esté afiliado el pensionado.

Y en la sentencia SL2148-2017, indicó que *«no tiene trascendencia la naturaleza de las pensiones de jubilación reconocidas, pues a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todos los pensionados sin distinción están obligados a asumir en su integridad la cotización para el sistema de salud y, precisamente, era esta situación la que pretendía amortiguar el legislador a través del reajuste pensional que se discute en el proceso»*.

En el presente caso se tiene que al actor le fue reconocida pensión de jubilación convencional a partir del 29 de noviembre de 1993, posterior a ello le fue reconocida pensión de vejez de carácter compartida con la prestación de jubilación antes reconocida a partir del 25 de julio de 1998, donde quedó solo el mayor valor a cargo del ISS Patrono, prestación que fue asumida por la UGPP en cumplimiento de los Decretos 2013 de 2012, y 3000, 1388 y 2115 de 2013.

De igual manera, en la página 6 del archivo 03 se advierte que la UGPP en comunicación del 21 de abril de 2014, al dar respuesta a la solicitud elevada por la parte demandante, le informó:

En el mes de Marzo de 2014, la UGPP se hizo cargo de reportar por medio del Consorcio FOPEP (Entidad Pagadora), la Pensión de Jubilación tal y como venía siendo cancelada por el Seguro Social Patrono (...)

MESADA PENSIONAL MARZO 2014	\$635.649,00
AJUSTE EN SALUD (8,04%)	<u>\$51.106,00</u>
TOTAL DEVENGADO MARZO 2014	\$686.755,00

Se aclara que el Seguro Social Patrono, nos entregó el devengado de esta prestación por valor mensual de \$686.755,00 tal y como se explicó anteriormente, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 143 de la Ley 100 de 1993 y Artículo 42 del Decreto Reglamentario 692 de 1994, se aplica a lo Devengado el Descuento del 12% correspondiente a Salud.

(...)

De acuerdo con lo anterior el ISS patrono unificó su mesada pensional equivalente a \$635.649,00 con el Ajuste Salud por la suma de \$51.106,00 quedando un valor de \$686.755,00, que le será pagado mensualmente y que también tendrá incidencia en las mesadas adicionales de Junio y Noviembre respectivamente.

Lo que se corrobora, con el desprendible de pago del 25 de marzo de 2014 (pág. 77, archivo 03, C001), en el que se advierte en la columna de ingresos por concepto de “10JUBILACION NAL” la suma de \$686.77,00, y en la columna de egresos por concepto de salud “9FAMISANAR LTDA.” la suma de \$82.400, suma que equivale al 12% de lo devengado.

De lo anterior, en lo que tiene que ver con el reconocimiento de la pensión de vejez legal, se advierte que el cumplimiento de los requisitos formales que le dieron lugar, se materializó con posterioridad al 1º de enero de 1994, si se tiene en cuenta que el actor alcanzó la edad requerida para la efectividad del derecho, esto es, para su disfrute, el 25 de julio de 1998, lo que de contera da paso al descuento del 12% con destino al sistema de seguridad social en salud.

En lo atinente al mayor valor a cargo del ISS Patrono, obligación que como se dijo fue asumida por la UGPP, se advierte que le fue reconocido el ajuste en salud de que trata el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, y por ello el descuento por aporte al sistema de seguridad social en salud asciende al 12%.

Sobre lo anterior se advierte que, los pensionados tienen derecho a un reajuste en su pensión igual al aumento del porcentaje de aporte a salud, por una sola vez, con el propósito de que sus pensiones no sufran un deterioro económico por cuenta de los nuevos porcentajes con destino al sistema de salud ordenados por la Ley 100 de 1993, con el fin de lograr un equilibrio económico que en virtud del incremento correspondiente a los aportes por salud, sufrirían las personas que a su entrada en vigencia tenían consolidado el derecho pensional.

Se precisa que dicho reajuste no fue instaurado para engrosar el patrimonio del pensionado, sino para ser destinado a la respectiva entidad promotora de salud mediante descuento efectuado por el responsable de la cotización, sin afectar la mesada pensional recibida antes de la vigencia del nuevo sistema integral de seguridad social, de ahí que la jurisprudencia ordinaria laboral sostenga que dicho reajuste tiene un carácter particularmente compensatorio, y no se trata de una revaloración en el ingreso real del pensionado (CSJ SL1454-2015).

Conforme a lo anterior, encuentra la Sala acertada la decisión de la demandada de disponer el descuento del 12% con destino a la cotización en salud, tal y como lo ha efectuado desde el reconocimiento de la pensión de vejez en resolución n.º 003462 de 1999, a partir del 25 de julio de 1998, razón por la cual se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado.

Sin costas en grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2021, por el Juzgado 7º Laboral del Circuito de Bogotá DC, por las consideraciones expuestas.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado: [11001310500720190040701](https://www.corteconstitucional.gov.co/EXPEDIENTES/11001310500720190040701)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **a5c051aeb9038258463838da35ff3d4a88f7c3cca7ed1ee42a4f0c99193da552**

Documento generado en 15/11/2022 11:01:46 AM

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

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **037 2019 00388** 01
DEMANDANTE: FLOR MARINA BARRETO ACOSTA
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA.

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

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir y Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad, respecto de la sentencia proferida el 10 de marzo de 2022, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I.ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la nulidad de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir, y en consecuencia, se le ordene trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 30 de enero de 1959; que inició su vida laboral el 21 de octubre de 1982 con el empleador Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en Liquidación, data en la cual se afilió al RPM administrado por CAJANAL hoy COLPENSIONES; que cotizó hasta el 02 de agosto de 1995 al RPM, administrado por el ISS, fecha en que se

trasladó a Porvenir SA; que un asesor de esa AFP en una visita le ofreció el beneficio de pensionarse a más temprana edad, además adujo que el ISS iba a ser liquidado y que sus aportes se encontrarían en riesgo; que le fueron ofrecidos unos beneficios con el fin de que accediera al traslado, entre ellos que el monto de la pensión sería más alto, y podría solicitar la devolución del capital acumulado; que no le informaron el monto del capital requerido para obtener una pensión en las diferentes modalidades, ni las condiciones para poder heredar en retiro programado.

Afirmó que no le fue informado el plazo para retornar a CAJANAL hoy COLPENSIONES; y tampoco le realizaron la proyección de su mesada pensional; que cuando suscribió formulario de afiliación a Porvenir estaba vinculada a la Fiscalía General de la Nación Seccional Cundinamarca; que no le suministraron la información suficiente, clara y concisa que le permitiera tomar la mejor decisión respecto a su perspectiva pensional y tampoco le remitieron aviso respecto del plazo para retornar al RPM; que tenía un capital acumulado de \$145.691.147, y según la proyección pensional para el año 2019 la mesada pensional ascendería a \$1.013.700 contando con 1753 semanas cotizadas; que elevó petición ante Colpensiones solicitando el traslado de régimen el 31 de enero de 2019, la que fue negada; y que, en igual sentido solicitó a Porvenir la nulidad de la afiliación del traslado al RAIS, la que también fue despachada desfavorablemente (pág. 3-6, archivo 28, C001).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda luego de subsanada, fue admitida el 17 de julio de 2019, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (pág. 90, archivo 28, C001), quienes dieron respuesta en término oportuno.

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones** presentó oposición a lo pretendido. En su defensa propuso como excepciones las de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido y buena fe (pág. 332-351, archivo 28, C001).

La **Sociedad Administradora de Fondos De Pensiones y Cesantías Porvenir SA** presentó oposición a lo pretendido. En su defensa propuso como

excepciones las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (pág. 106-124, archivo 28, C001).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, guardó silencio (pág. 103-104, archivo 28, C001).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 10 de marzo de 2022, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante, a través de la AFP Porvenir SA, y le ordenó trasladar los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los bonos pensionales, rendimientos financieros, así como los valores cobrados por concepto de gastos de administración. Finalmente, impuso condena en costas a cargo de Porvenir SA.

Consideró que conforme a la línea jurisprudencial de la corte, la AFP desde su creación estaba obligada a dar información a la afiliada previo al traslado, para que tomara una decisión consciente; que el deber de información es ineludible y no se suple con la declaración contenida en el formulario, el que solo demuestra el consentimiento pero no que fue informado, carga de la prueba que corresponde a la AFP; que conforme a las pruebas evacuadas en el proceso, la AFP Porvenir no cumplió con la carga de la prueba del deber de información, de lo que no obra en el plenario prueba documental o declarativa, pues si bien se acreditó que le fue suministrada información sobre el RAIS, lo cierto es que resulta evidente que no se le dio información del régimen público; adicionó que para el momento del traslado la actora era beneficiaria del régimen de transición lo que debió ser tenido en cuenta en su oportunidad así como la importante densidad de semanas que tenía cotizadas. En relación con los actos de relacionamiento señaló que estos no convalidan o sanean la omisión del deber de información.

Ordenó trasladar los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones, junto con los rendimientos financieros, así como los valores cobrados por concepto de gastos de administración. Dijo que no hay lugar a la prescripción como quiera que el asunto esta ligado a la construcción del derecho pensional y por tanto es imprescriptible.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia, adujo que a pesar de que la demandante es beneficiaria del régimen de transición por contar con 35 años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que con el traslado al RAIS se sujeta a las normas de éste, por tanto no será aplicable el beneficio de la transición. En lo que tiene ver con el deber de información, no es dable requerir el mismo nivel de información respecto de las asesorías en las primeras épocas, que aquellas efectuadas después del 2009 cuando la Ley hace referencia al buen consejo. Dijo que en relación con las ventajas, desventajas y características del sistema, esto se encuentra contenido en la Ley 100 de 1993 que creó el sistema general de pensiones y que es de alcance nacional.

Solicita se tenga en cuenta la afectación a la sostenibilidad financiera del sistema, que se vería afectado con un eventual reconocimiento pensional, cuando la demandante no ha realizado aportes allí. Finalmente, señala que es un tercero de buena fe que no tuvo injerencia en el traslado de régimen.

Porvenir SA, apeló la sentencia proferida, tras considerar que al momento del traslado ese fondo cumplió con el deber de información establecido para la época, pues los requisitos que echa de menos el despacho no se encontraban aún vigentes; que la demandante confesó que las características que conllevaron al convencimiento del traslado son exclusivas del RAIS; que el no cumplimiento de las expectativas pensiones no es óbice para la procedencia de la ineficacia del traslado.

Solicita que caso de confirmar la declaratoria de ineficacia, se revoque lo concerniente a los gastos de administración, como quiera que estos fueron utilizados en la generación de rendimientos que acrecentó la cuenta de la demandante. En relación con los descuentos por seguros previsionales, estos se encuentran ordenados en la Ley 100 de 1993, por tanto ordenar su devolución genera un perjuicio irremediable en la AFP y un desequilibrio en los contratos.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 2 de junio de 2022 se admitió el recurso interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

La demandada Porvenir, presentó alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la contestación y en el recurso (archivo 05, C002).

VI.ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VII. CONSIDERACIONES

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

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 30 de enero de 1959 (Pág. 30, archivo 28, C001); **ii)** cotizó a Cajanal desde el 21 de octubre de 1982 hasta el 24 de octubre de 1990 y del 1 de agosto de 1992 hasta el 30 de julio de 1994 (pág. 56-63, archivo 28, C001); **iii)** que el 2 de agosto de 1995 se trasladó al RAIS administrado por la **AFP Porvenir**, con fecha de efectividad desde el 2 de agosto de 1995 (Pág. 125, archivo 28, C001), administradora en la que actualmente se encuentra afiliada.

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

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

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

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del

régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera '*preimpresa*' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

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

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

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

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la

diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

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

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **Porvenir SA**, el 2 de agosto de 1995, AFP a la que se encuentra actualmente afiliada, y si bien en el formulario de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo

del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «*consentimiento*» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

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

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

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

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

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

TRASLADO de régimen pensional realizado por la demandante el 2 de agosto de 1995, con su afiliación a la AFP Porvenir.

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

Se precisa, que como la actora estuvo afiliada a Cajanal, al regresar al régimen de prima media lo debe hacer a Colpensiones, única administradora de este régimen en la actualidad en virtud de lo dispuesto en la Ley 1151 de 2007 y el Decreto Extraordinario 4121 de 2011. Lo anterior al tener en cuenta que en virtud del Decreto 2196 de 12 de junio de 2019 fue ordenada la supresión y liquidación Cajanal y el consecuente traslado de los afiliados al extinto ISS (CSJ SL2932-2022).

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

¹ CSJ SL1688-2019.

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

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

Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 10 de marzo de 2022, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la **Sociedad Administradora de Fondos De Pensiones y Cesantías Porvenir SA** deberá devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados, bonos pensionales, así como las primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

[11001310503720190038801 \(Híbrido\)](https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/11001310503720190038801)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **8542b7c70ec1794593a7f0d340ff9faefddae531d14784a9cc781d392367f367**

Documento generado en 15/11/2022 11:01:54 AM

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

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **031 2021 00316 01**
DEMANDANTE: LUZ DARIS ATHEORTUA RESTREPO
DEMANDADAS: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP

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

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor dicha entidad, respecto de la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2021, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I.ANTECEDENTES

Pretende el demandante, que se declare que fue retirado de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, el 27 de junio de 1999, por liquidación de la entidad, sin haber cumplido 50 años de edad y con 20 años de servicios; que causó la pensión convencional el 27 de junio de 1999, al momento de su retiro, y con antelación a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, conforme la convención Colectiva de Trabajo 1998 –1999 suscrita el 15 de abril de 1998 entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja Agraria Sintracreditario. En consecuencia, que se ordene el restablecimiento, liquidación y pago de la mesada catorce o adicional de junio causada desde junio de 2020 y a futuro, junto con la indexación de las sumas reconocidas.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero por más de veinte años, vínculo que fue finalizado el 27 de junio de 1999 por esa entidad, cuando ya tenía causado el derecho a la pensión convencional, la que se hizo exigible el 7 de marzo de 2010, momento para el cual arribó a los 50 años; que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, actuando como sucesor procesal de la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, le reconoció una pensión de jubilación convencional mediante resolución n.º 1353 de 21 de junio de 2010 a partir del 7 de marzo de 2010, en cuantía inicial de \$833.817,33, que corresponde al 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios a la Caja Agraria; que en ese reconocimiento se incluyó la mesada adicional de junio o mesada catorce; que mediante resolución n.º 3322 de 20 de septiembre de 2012, el Fondo de Pasivo Social indexó la primera mesada a partir del 7 de marzo de 2010; que a partir de junio de 2020 le fue suspendido el pago de la mesada adicional de junio, sin que mediara autorización para ello; y que, agotó la reclamación administrativa (archivo 001, C001).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 14 de julio de 2021, ordenando su notificación y traslado a la demandada (archivo 06, C001), quien dio respuesta en término oportuno. De igual manera se ordenó la notificación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

La **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Arguyó que la actora causó la prestación el 7 de marzo de 2010, data para la cual había entrado en vigencia el AL 01 de 2005, el que en su inciso 4º prevé que no podrán recibir más de trece (13) mesadas al año las pensiones que se causen en su vigencia; que la prestación se entiende causada cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella; que en los términos del párrafo transitorio 6º tampoco es procedente el reconocimiento de mesada adicional como quiera que el valor de la mesada excede de tres (3) smmlv. En su defensa propuso la excepción previa de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales y falta de agotamiento de los requisitos de procedibilidad, junto con las excepciones de fondo que denominó falta del cumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento y pago de la mesada catorce, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido,

cumplimiento del deber legal de la unidad administrativa especial de gestión pensional y contribuciones parafiscales de la protección social y buena fe (pág. 179-184, archivo 001, C001).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, guardó silencio (archivo 07, C001).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 19 de noviembre de 2021, condenó a la demandada a reconocer y pagar a la demandante la mesada catorce de la pensión que le fue reconocida primigeniamente mediante la Resolución 1353 del 21 de junio del año 2010, junto con el retroactivo en la suma de \$4.576.677, debidamente indexado, y las costas.

Señaló que a la demandante le fue reconocida una pensión de jubilación en virtud de lo dispuesto en el art. 41 de la Convención Colectiva suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja Agraria “Sintracrédito”, vigente entre 1998 y 1999, el cual es aplicable a los ex trabajadores de la extinta entidad que hayan prestado cuando menos 20 años de servicio a la citada empresa, y cuyo goce se produce cuando el ex trabajador arribe a la edad de 50 años, prestación a la que fue indexada la primera mesada por el Fondo Pasivo Social.

Dijo que el referido derecho convencional, conforme lo ha adocinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se causa cuando se acredita el requisito de prestación del servicio por el lapso indicado y se produce la desvinculación laboral del trabajador, bien sea por cuenta propia o por causa imputable a la empresa, pues la edad indicada en la norma deviene únicamente en una condición que permite su exigibilidad.

Citó al respecto jurisprudencia relacionada a la pensión restringida de jubilación, para explicar que como el derecho convencional que le asiste a la demandante se causó con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, pues su desvinculación de la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero se produjo el 27 de junio de 1999, le asistía el reconocimiento de la mesada 14.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de La **Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Parafiscal - UGPP**, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad. Arguyó, que la jurisprudencia citada por la juez, relacionada con la pensión restringida de jubilación, no es aplicable al caso, como quiera que el asunto bajo estudio se trata de una pensión convencional; que para la causación de la pensión convencional, los requisitos se encuentran previstos en el artículo 41 de la convención colectiva, el que exigía el tiempo de servicios y la edad, exigencias que alcanzó la actora tan solo hasta el 7 de marzo de 2010, cuando cumplió la edad; que de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 el número máximo de mesadas pensionales que se pueden percibir en una anualidad corresponde a 13, como quiera que se suprimió el reconocimiento de la mesada 14 para los afiliados que hubiesen causado su derecho pensional con posterioridad a la entrada en vigencia del mismo, esto es, del 25 de julio de 2005.

Dijo, que en el aludido acto legislativo se indicó que se tendrá derecho a la mesada 14 siempre que se cumplan dos requisitos: i) que el monto de la mesada pensional reconocida sea menor o igual a 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes - SMMLV, y ii) que el derecho pensional se haya causado antes del 31 de julio de 2011; y explicó que como la mesada pensional que le fue reconocida a la actora excedía de los tres (3) smmlv para el 2010, anualidad en la que se hizo exigible la prestación, no le asistía el derecho al reconocimiento de la mesada adicional; y, solicitó que fuera revocada la condena en costas que le fue impuesta, teniendo en cuenta que el art. 365 del CGP dispone que para la imposición de una condena por este concepto debe probarse dentro del expediente que la parte vencida obró de manera temeraria o de mala fe, lo cual no aconteció en el presente caso.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 17 de febrero de 2022 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la UGPP y se admitió el grado jurisdiccional de consulta en su favor y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (archivo 04, C002).

La demandante en sus alegaciones únicamente solicitó que se confirmara en su totalidad la sentencia proferida en primera instancia (pág. 3, archivo 5, C001), mientras que la demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación y en el recurso de apelación (pág. 6-7, archivo 5, C001).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta, y conforme a lo dispuesto en los arts. 66A y 69 del CPTSS, los problemas jurídicos en este asunto consisten en determinar *i)* si a la demandante le asiste el derecho al restablecimiento de la mesada adicional (mesada catorce) y *ii)* si hay lugar a exonerar a la demandada de las costas impuestas en primera instancia.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que a la demandante le fue reconocida por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia una pensión de jubilación convencional mediante Resolución n.º 1353 de 21 de junio de 2010, en cuantía de \$833.817,13, a partir del 7 de marzo de 2010 (pág. 23-28, archivo 03, C001). De igual manera, mediante Resolución n.º 3322 de 20 de septiembre de 2012, se ordenó indexar la primera mesada reconocida al demandante a partir del 7 de marzo de 2010, estableciéndola en la suma de \$1.556.799,25 (pág. 19-22, archivo 03, C001).

Igualmente se observa que la prestación se pagó por catorce mesadas al año, desde su reconocimiento y hasta junio de 2020 (pág. 4 y 9-12, archivo 03, C001); y que, en comunicación de 7 de julio de 2020, en atención a la solicitud elevada por la actora, la UGPP le respondió que tras haber efectuado un estudio detallado de su situación pensional, concluyó que no tenía derecho a percibir la mesada deprecada, por cuanto únicamente eran acreedores de la misma quienes hubiesen adquirido el status pensional antes del 29 de julio de 2005, y aquellos que con posterioridad a esa data, lo hubiesen adquirido antes del 31 de julio de 2011, y percibieran una mesada pensional igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, conforme con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005 (pág. 20-23, archivo 10, C001)

De la mesada adicional o la mesada 14 - El artículo 142 de la Ley 100 de 1993, consagra la mesada adicional, en los siguientes términos: “Los

pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, (...), tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994”.

Por su parte, conforme a lo dispuesto en el párrafo transitorio 3º del art. 1º del Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adicionó el art. 48 de la CP, los beneficios pensionales extralegales, contenidos en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrían en vigor por el término inicialmente estipulado, sin ser procedente establecer condiciones más favorables a las que existen en la ley, entre la entrada en vigor de dicho acto legislativo y el 31 de julio de 2010, las cuales, de cualquier modo, perderían vigencia a partir de esa fecha; sin embargo, en el inciso 9º se estableció igualmente que en materia pensional se respetarían todos los derechos adquiridos.

Y respecto a la mesada adicional, se indicó en el inciso 8º de la aludida disposición normativa que *«Las personas cuyo derecho a la pensión se cause **a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo** no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que **la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella**, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento»*; e igualmente, se consagró en el párrafo transitorio 6º, que se exceptuaban de lo establecido en dicho inciso las personas que percibieran una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la misma se hubiese causado antes del 31 de julio de 2011.

Ahora bien, en este caso, se verifica que la pensión jubilación que le fue reconocida a la actora en Resolución n.º 1353 de 2010, fue pactada en el acuerdo colectivo vigente de 1998 a 1999, entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero “*SINTRACREDITARIO*” (archivo 04, C001), en su artículo 41, en el que se estableció lo siguiente:

“A partir del dieciséis de enero de 1992 los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% de promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

(...) PARÁGRAFO 1º. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicio a la Institución” (f.º 15 a 16).”

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al efectuar una interpretación de lo consignado en la citada cláusula convencional, concluyó que el derecho a la pensión extralegal de jubilación se causa con i) la prestación del servicio por 20 años y ii) la desvinculación del trabajador de la entidad, por cuenta propia o por causa imputable a la empresa, concluyendo que la edad indicada en la norma es una mera condición para la exigibilidad del derecho (CSJ SL526-2018, CSJ SL4550-2018, CSJ SL5030-2019 y CSJ SL990-2020).

Así, mediante Resolución n.º 1353 de 21 de junio de 2010, a la actora le fue reconocida la pensión por haber acreditado los requisitos mencionados, por cuanto se evidenció que se retiró de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero el día 27 de junio de 1999, y prestó sus servicios a dicha entidad por 21 años y 329 días (pág. 15-16, archivo 010, C001), por lo que solo estaba pendiente el cumplimiento de la edad para su goce, la cual se satisfizo el 7 de marzo de 2010.

De manera que hay lugar al reconocimiento de la mesada catorce por tratarse de un derecho adquirido que debe ser respetado en virtud de lo dispuesto en el referido inciso 9º del Acto Legislativo 01 de 2005, pues es claro que se causó la pensión cuando se produjo su desvinculación luego de más de 20 años de servicios, esto es, el 27 de junio de 1999, por lo que su derecho no quedó afectado por la expedición del referido acto, dado que la prestación se causó antes de que esta normativa entrara en vigor, esto es, antes del 25 de junio de 2005. Así, sobre este punto habrá de **confirmarse** la sentencia apelada y consultada.

Respecto de la prescripción, se tiene que no se configuró este medio exceptivo, como quiera que la mesada catorce fue pagada hasta el mes de junio de 2019 (pág. 4 y 9-12, archivo 03, C001) y el 6 de mayo de 2021 la demandante elevó reclamación en procura de su restablecimiento ante la UGPP (pág. 5-7, archivo 03, C001) y acudió a presentar esta demanda el 8 de julio de 2021, sin que haya transcurrido el termino trienal desde que se dejó de cancelar la mesada adicional, a la fecha de la reclamación administrativa y de la presentación de la demanda.

Respecto al retroactivo ordenado, se modificará teniendo en cuenta las mesadas adicionales de junio causadas hasta el año 2022, cuando se profiere esta decisión, de conformidad con lo dispuesto en el art. 283 del CGP, evidenciando la Sala que asciende a la suma de **\$7.013.068** así:

Año	Vr Mesada	Mesada 14
2020	\$ 2.270.112	\$ 2.270.112
2021	\$ 2.306.661	\$ 2.306.661
2022	\$ 2.436.295	\$ 2.436.295
Total		\$ 7.013.068

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

De la condena en costas – Al respecto, la Sala recuerda que éstas son la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial, y comprende las expensas y las agencias en derecho.

En ese orden de ideas, de conformidad con el artículo 365 del CGP, las costas son a cargo de la parte vencida en el proceso, que en este caso fue la demandada, sin que la norma en cuestión determine que su causación esté sujeta a la interpretación que la entidad tenga sobre determinada norma o a la buena o mala fe con que hayan actuado dentro o fuera del proceso, máxime cuando quedó establecido que en este caso concreto a la demandante le asistía razón en reclamación del pago de la mesada adicional, pues se itera, que la pensión convencional fue causada antes de la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, y no encuentra esta Sala causa alguna que permita relevar a la entidad de su imposición.

No se impondrán costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2021 por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el sentido de **CONDENAR** a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Parafiscal - UGPP a pagar en favor de Luz Daris Atehortúa Restrepo, el retroactivo pensional correspondiente a la mesada 14, causado desde la mesada adicional de junio de 2020, el cual a 31 de octubre de 2022, asciende a la suma de siete millones trece mil sesenta y ocho pesos (**\$7.013.068**), según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada, en el sentido de autorizar a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Parafiscal - UGPP a descontar de las mesadas pensionales ordenadas, el porcentaje correspondiente al aporte para el sistema de seguridad social en salud, por las razones expuestas.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado: [11001310503120210031601](https://expediente.cjts.gov.co/11001310503120210031601)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **b55a59d2abce99678b0a115242a855e9512e53fd71cdd23a0d29b9d5e0a93645**

Documento generado en 15/11/2022 11:01:53 AM

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

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **028 2018 00617 01**
DEMANDANTE: OMAR FERNANDO ROSAS RINCÓN
DEMANDADO: FSO EQUIPOS SAS

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

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia proferida el 8 de febrero de 2022, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la encartada a término indefinido del 26 de mayo de 2015 hasta el 25 de agosto de 2017, que terminó por decisión unilateral del empleador. En consecuencia, se ordene el reintegro en iguales o mejores condiciones a las que tenía en el cargo que desempeñaba, y se condene al pago de los salarios de los últimos tres meses, descanso remunerado, cesantías, prima de servicios, intereses a las cesantías y vacaciones de toda la relación laboral; así como la indemnización por despido injusto, la sanción por no consignación de las cesantías y la indemnización moratoria prevista en el art. 65 del CST.

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, el demandante manifestó que estuvo vinculado con la demandada en diferentes periodos de manera “interrumpida” y continua siendo el último del 26 de mayo de 2015 al

25 de agosto de 2017; que suscribió con la demandada diferentes contratos de trabajo, los cuales fueron denominados como de obra o labor; que prestó sus servicios en el horario de 07:00 am a 05:00 pm de domingo a domingo con una hora de almuerzo; que desempeñó los cargos de operador de maquinaria, conductor auxiliar y mecánico – transporte, bajo la responsabilidad y direccionamiento de Francisco Franco hermano del representante legal y encargado del área de bodega y mecánica; que en agosto de 2017, la demandada a través del jefe director mediante oficio le comunicó la terminación del contrato de trabajo, indicando que el vínculo estaba supeditado al proyecto a realizar y además se hizo alusión al período de prueba (Pág. 5 a 11, archivo 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda, se admitió mediante auto del 5 de diciembre de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (Pág. 29, archivo 1), quien está representada por Curador Ad Litem y se le tuvo por no contestada la demanda mediante auto del 28 de enero de 2020 (Pág. 68, archivo 1).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 8 de febrero de 2022, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 28 de mayo de 2015 y el 25 de agosto de 2017, con un SMLMV como contraprestación, el cual terminó sin justa causa. En consecuencia, condenó a la demandada al pago de cesantías (\$1.730.011,00), intereses a las cesantías (\$20.760,00), prima de servicios (\$1.730.011,00), vacaciones (\$1.066.469,00), indemnización por despido injusto (\$1.350.022,00), indemnización moratoria (\$30.541.484,00) y la sanción por no consignación de las cesantías (\$12.121.730,00). Absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Para lo que interesa a la alzada, la juez de primer grado respecto de la modalidad dijo que aunque en la carta de terminación del vínculo la demandada había referido que el contrato era de obra o labor, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ante la falta de prueba de del acuerdo de voluntades sobre la duración y naturaleza de la obra, debía

entenderse para todos los efectos que el vínculo fue celebrado a término indefinido, lo anterior, sumado a que el actor se desempeñó como auxiliar mecánico y de acuerdo con el objeto social de la compañía demandada podía entenderse que su función era permanente al interior de la misma.

Sobre la indemnización moratoria, la *a quo* señaló que debido a que la demandada quiso disfrazar la relación laboral a un vínculo que no aplicaba para la labor desempeñada por el actor, con el fin de poder terminarla, y en atención a que no probó el pago de las acreencias reclamadas se tornaba procedente esa condena.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El Curador Ad Litem de la demandada, expresó su inconformidad en torno a la modalidad del contrato declarada por la juez de primer grado, por considerar que la parte actora confesó en el hecho 2º de la demanda que había estado vinculado con la pasiva mediante un contrato por duración de obra o labor, situación que en su criterio, se desprendía igualmente de la carta de terminación del contrato de trabajo. Agregó que, las empresas que tienen por objeto social el desarrollo de obras habitualmente contratan a los trabajadores por el tiempo que dure la obra o labor contrata y que debía tenerse en cuenta que del reporte de pago de aportes al sistema general de seguridad social se desprendía que el gestor tuvo varias vinculaciones, por lo que era claro que no existía un contrato de trabajo a término indefinido. Finalmente, sobre ese punto expuso que era carga del demandante, demostrar el tipo de contrato bajo el que había laborado para la demandada.

Por último, y con base en lo anterior, dijo que no podía entenderse probada la mala fe de la empresa por el hecho de que supuestamente intentó disfrazar la relación laboral bajo un contrato de obra o labor, cuando en efecto ese fue el tipo de contrato que ató a las partes.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 1º de marzo de 2022, se admitió el recurso de apelación; y, conforme a lo normado

en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (archivo 4, C002).

Las partes no presentaron alegatos de conclusión (archivo 5, 02SegundaInstanciaC002).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar la modalidad del contrato de trabajo que existió entre las partes y si resultaba procedente la condena al pago de la indemnización moratoria consagrada en el art. 65 del CST.

No es materia de debate en esta instancia que entre Omar Fernando Rosas Rincón y FSO Equipos SAS, existió una relación laboral subordinada del 28 de mayo de 2015 al 25 de agosto de 2017.

Para determinar la modalidad del vínculo que ató a las partes, es preciso recordar que el artículo 45 del CST consagra que la duración del contrato de trabajo, se puede pactar *“por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada”*, y si bien bajo ese escenario, el acuerdo puede ser verbal o escrito, debe acordarse entre las partes de forma expresa, que se trata de este tipo de contrato, puesto que ante la ausencia de pacto sobre la obra o labor a desarrollar, se entenderá indefinido para todos sus efectos en los términos del art. 47 *ibidem* que prevé *“El contrato de trabajo no estipulado a término fijo, o cuya duración no esté determinada por la de la obra, o la naturaleza de la labor contratada, o no se refiera a un trabajo ocasional o transitorio, será contrato a término indefinido”*.

Sobre los contratos por la duración de la obra o labor contratada la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL2176-2017, tuvo la oportunidad de explicar:

“El artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo dispone como una de las modalidades del contrato aquella celebrada por «el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada», en la que lo que delimita su duración, es la consecución de un determinado resultado.

Si bien aquel tiene una naturaleza incierta, sometida a la ejecución de determinadas actividades, el límite se circunscribe, entre otros, a la finalización o verificación de una serie de etapas que deben ser precisas, impidiéndose de esa manera perpetuarse en el tiempo, caso en el cual sería de carácter indefinido.

Esa necesidad del trabajo limitada temporalmente permite indicar que las partes conocen sobre su incidencia, en el que se mantiene hasta tanto se encuentre ejecutando la labor, o hasta su finalización”.

Con esto, aunque no comparte la Sala todas las razones que llevaron a la *a quo* a declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, al pasar al análisis del material probatorio recaudado, se tiene que la conclusión no puede ser distinta, en la medida en que la parte demandante controvierte desde el escrito inicial la modalidad que rigió el acuerdo de voluntades celebrado con la encartada, y en el hecho 5º de la demanda lo que se indica es *“mi representado suscribió con la demandada FSO EQUIPOS SAS, diferentes contratos de trabajo, los cuales el empleador denominó contrato por obra o labor”*, sin embargo, esa sola afirmación no permite establecer si tal estipulación cumplió con las condiciones previstas en el 45 del CST, es decir, si de manera clara y concreta se pactó la duración de la obra o labor contratada.

Situación que se predica igualmente de la carta de terminación del vínculo laboral, pues en la misma únicamente se dijo *“De acuerdo a la cláusula quinta del contrato individual de trabajo por obra o labor contratada, se le notifica que: El presente contrato se celebra por el tiempo que dure la obra, suscrito por el empleador FSO EQUIPOS SAS en consecuencia este contrato terminará en el momento en que termina por cualquier causa el contrato antes mencionado, sin que el empleador tenga que reconocer indemnización alguna”* (sic), de lo que no se deriva si en efecto las partes delimitaron la labor u obra que iba a cumplir el promotor del proceso, como para concluir que la duración del nexo era determinada.

A su vez, en lo que respecta al pago de aportes a seguridad y el objeto social de la empresa establecido en el certificado de existencia y representación legal de la misma, resulta claro que en modo alguno sirven para establecer las condiciones bajo las cuales se celebró el contrato de trabajo. Por lo que, ante la falta de prueba que demuestre que desde el inicio del vínculo laboral los contratantes fijaron que el mismo estaba sujeto a un plazo o duración concreta era menester declarar que el mismo fue a término indefinido como lo hizo la *a quo*, pues así lo señala el art. 47 del CST.

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

En ese orden, debido a que no se probó por la demandada a la terminación del vínculo hubiera efectuado el pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador, que fueron materia de condena en la primera instancia, así como tampoco reposa alguna evidencia que justifique tal omisión y mucho menos que explique razonadamente la causa de la mora, se tornaba procedente disponer el pago de la indemnización analizada, por lo que se confirmará la decisión apelada.

Sin costas en la alzada por considerar que no se causaron.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 8 de febrero de 2022, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Enlace expediente digital:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EqjEUmDZchdCgTYbczC9BTQBziQtmdHjtwu4QVSEs1jFDw?e=jg2xfm

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **663d7651f61d11fb5eaf0f5bf4efc0f84744ec4c9fd6edd62d8d3db53c4fbd44**

Documento generado en 15/11/2022 11:01:52 AM

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

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



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 11001 31 05 **026 2017 00185** 01
DEMANDANTE: HERMES AYALA MEJIA
DEMANDADO: EXPRESS DEL FUTURO y EMPRESA DE TRANSPORTE DEL
TERCER MILENIO TRANSMILENIO SA

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

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 24 de marzo de 2021, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante, que se declare que su contrato de trabajo finalizó sin justa causa por parte de las demandadas, el 15 de enero de 2015, al tratarse de un trabajador sindicalizado y no existir autorización del Ministerio de Trabajo. En consecuencia, que se ordene el reintegro del trabajador y se imponga condena a la parte demandada al pago de las prestaciones sociales y acreencias laborales causadas desde el despido y hasta el reintegro; la indemnización por lucro cesante y daño emergente, los intereses moratorios y la indexación.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que se vinculó a Express del Futuro SA el 22 de enero de 2007, para desempeñar el cargo de operador de bus articulado, contrato que se extendió hasta el 15 de enero de 2015; que el último salario devengado ascendió a \$1.176.000, mas \$498.300 por concepto de bonificación operativa constitutiva de salario; que se vinculó el 14

de julio de 2014 a la organización sindical Unión General de Trabajadores del Transporte en Colombia Ugetranscolombia, con la cual, a la fecha del despido, se encontraba en proceso un pliego de peticiones en etapa de definición del conflicto ante el Tribunal de Arbitramento Obligatorio.

Informó que la empresa Express del Futuro SA tiene contrato como operador de buses articulados con la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio SA, por lo que debe actuar con la supervisión directa de Transmilenio, a pesar de contar con total autonomía en lo relacionado con las decisiones respecto de la vinculación y sanción de personal; que el 9 de julio de 2014, un funcionario de Transmilenio (Auditor de seguridad) le solicitó la práctica de prueba de alcoholemia al actor, en la plataforma del portal 80, a lo que se negó el señor Ayala; que como consecuencia, le fue impuesta una sanción indeterminada al extrabajador; que esa misma fecha, en el patio de Express del Futuro, le fueron realizadas dos pruebas de alcoholemia que tuvieron resultado negativo, razón por la cual continuó ese día con la prestación normal del servicio; que la sanción fue publicada en la cartelera de la empresa, sin establecer fecha de finalización, procedimiento no contemplado en el reglamento interno de trabajo.

Adujo que el 15 de julio de 2014, radicó un derecho de petición donde solicitó información sobre la imposición de sanciones; que en esta misma fecha se realizó una reunión en la que participaron Transmilenio, Express del Futuro y el demandante, y allí quedó establecido que el señor Hermes Ayala no podía seguir conduciendo los vehículos de la empresa Express del Futuro SA; que es obligatorio que mientras los operadores porten el uniforme, se les practiquen pruebas de alcoholimetría en las diferentes plataformas del sistema; que fue citado el 16 de julio de 2014 a rendir descargos, con lo que se evidenció que Transmilenio SA tiene injerencia en las sanciones que se imponen a los operadores de las diferentes empresas. Además, que no se procedió conforme la norma laboral para la imposición de sanciones y no se tuvo en cuenta que el demandante es un trabajador sindicalizado.

Aseveró, que tuvo que realizar un trabajo escrito de retroalimentación, para presentarlo al profesional de capacitación; aunado a ello, le fue realizado un descuento que se vio reflejado en el pago del 15 de agosto de 2014, frente a lo cual considera se le violó el debido proceso; que el 25 de julio de 2014 fue emitido concepto de aptitud psicológica, donde se dijo que el motivo por el cual fue

enviado el actor fue por tener conductas transgresoras del reglamento y constitutivas de falta de disciplina, como resultado le fue impuesta una sanción por 19 días, sin embargo, debió asistir a la empresa y cumplir horario sin haberle notificado la sanción; que el 4 de agosto de 2014 nuevamente le fue solicitada la práctica de la prueba de alcoholemia fuera del horario laboral, prestó su colaboración, y cuestionó quienes estaban realizando la prueba, por lo que le fue impuesta una sanción indeterminada, al día siguiente fue llamado a rendir descargos, la sanción correspondió a 7 días, un llamado de atención con copia a la hoja de vida, y el descuento de salario, y nuevamente debió presentar un trabajo escrito de retroalimentación.

Narró, que el día 15 de septiembre de 2014 tuvo un accidente de trabajo con otro vehículo en la vía, por lo que se le impuso sanción indeterminada desde esa misma data y que fue publicada en la cartelera; que no fue llamado a descargos, ni respecto de ninguna de las sanciones antes impuestas; que fue suspendido nuevamente por 7 días. De igual manera debió socializar con otros operadores de bus articulado las circunstancias del accidente, le realizaron el descuento de su salario y debió presentar el trabajo escrito de retroalimentación; que el 3 de enero de 2015, en la plataforma del Portal 80, un supuesto funcionario de Transmilenio estaba realizando pruebas de alcoholimetría, lo que fue grabado por el actor, además dijo haberse negado a la practica de la prueba. Consecuencia de ello, le fue impuesta sanción indeterminada y fue llamado el 5 de enero siguiente a rendir descargos; que el 8 de enero aseguró haberse reunido en las instalaciones de Transmilenio con funcionarios de las demandadas, donde se dijo que mientras porten el uniforme los operadores se deben someter a la prueba de alcoholimetría; que debió presentar el 14 de enero de 2015 un trabajo escrito de retroalimentación, fue suspendido por 11 días y le hicieron descuento de su salario, finalmente afirmó que le fue entregada la carta de despido alegando justa causa y le realizaron el pago de sus acreencias el 19 de enero de 2015 (pág. 3-23, archivo 001, C001).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 24 de mayo de 2017, ordenando su notificación y traslado a los demandados (pág. 223-224, archivo 001, C001), quienes dieron respuesta en término oportuno.

Express del Futuro SA, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Formuló la excepción previa de falta de requisitos formales e indebida acumulación de pretensiones, y las excepciones de fondo de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, buena fe, mala fe del demandante, pago, prescripción y compensación (pág. 244-338, archivo 001, C001).

Transmilenio SA, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Formuló las excepciones de inexistencia de relación laboral entre el demandante y Transmilenio SA, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de responsabilidad solidaria, inexistencia de las obligaciones pretendidas, indebida integración del contradictorio, prescripción y buena fe (pág. 443-485, archivo 002, C001).

Llamó en garantía a la **Compañía de Seguros Mapfre Seguros Generales de Colombia SA**, quien además de contestar la demanda inicial, respondió al llamamiento en garantía, fundando su oposición en que Transmilenio nunca tuvo un tipo de relación contractual o laboral directa con el demandante, en cualquier caso, solo estaría llamada a responder exclusivamente por el límite del riesgo asegurado, es decir, salarios y prestaciones. Propuso la excepción previa de falta de competencia por ausencia de reclamación administrativa a Transmilenio SA (pág. 576-615, archivo 001, C001).

Llamó en garantía de igual forma a **Cóndor SA**, a **Ecoseguros SA hoy Nacional de Seguros SA Compañía de Seguros Generales**, y a **Seguros del Estado SA**, quienes dieron respuesta.

En audiencia celebrada el 6 de febrero de 2020 (archivo 004, C001), en la etapa de resolución de excepciones previas la *a quo* declaró probada la excepción previa de falta de competencia propuesta por Mapfre, en consecuencia, desvinculó del trámite procesal a Transmilenio y a todas las llamadas en garantía; decisión que fue confirmada por esta corporación el 30 de junio de 2020 (pág. 71-78, archivo 003, C001).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 24 de marzo de 2021, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las

pretensiones incoadas en la demanda.

Consideró que no existía discusión en la existencia del contrato de trabajo y los extremos del mismo. En relación con la existencia del fuero circunstancial expuso que quedó acreditado en el plenario que para el momento del despido existía un conflicto colectivo entre la demandada y el sindicato Transcolombia, por lo que el demandante se encontraba cobijado por la protección foral estatuida en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965; que al plenario fue allegada la carta de terminación del vínculo en la cual se enuncian los hechos en que incurrió el actor y le fueron citadas las normas aplicables para la finalización del contrato.

Determinó que conforme a las pruebas arrimadas, el actor incurrió en las faltas expuestas por la demandada y que fueron sustento de la terminación de su contrato, las que se encuentran previstas como faltas graves en el reglamento interno de trabajo y que corresponden a una justa causa para dar por terminado el vínculo contractual, pues se advierte que el actor se rehusó a la práctica de la prueba de alcoholimetría; que fueron reiteradas las faltas por parte del actor y se le respetó el debido proceso, pues previo al despido fue objeto de sanciones por los mismos hechos en diferentes oportunidades. Además, la demandada acreditó que el señor Hermes conocía el reglamento interno de trabajo y el manual de operaciones; y, no requería de permiso del Ministerio de Trabajo para despedir al demandante.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** presentó recurso de apelación. Adujo que de conformidad con las documentales allegadas al proceso es claro que las sanciones impuestas al demandante fueron excesivas. En relación con la pruebas de alcoholimetría, afirmó que el trabajador no autorizó su práctica por parte de terceros; que en el mes de julio de 2014 se le realizó una prueba y se le permitió seguir operando, contrario a lo ocurrido en la prueba del mes de enero de 2015; que en todo caso, la empresa demandada no pudo probar que el trabajador se encontrara en estado de embriaguez que diera lugar al despido con justa causa; que no fue posible establecer el procedimiento para la toma de la prueba de alcoholimetría; y que, Transmilenio SA tomó decisiones sobre trabajadores que no hacen parte de su planta, pues para el caso del actor, se advierte que la vinculación es con una de las empresas con la que tiene contrato de concesión.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 30 de agosto de 2021 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (archivo 05, C002).

La parte demandada presentó alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la contestación (archivo 06, C002).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si se acreditó o no justa causa de terminación del contrato de trabajo del actor, y si tal despido se tornó ineficaz, en virtud del fuero circunstancial alegado por el demandante, sustentado en su condición de afiliado a la organización sindical con la cual se encontraba vigente un conflicto colectivo.

Sabido es que el trabajador debe demostrar el despido, es decir, la iniciativa del empleador de ponerle fin a la relación contractual laboral existente, para que se le traslade a éste la carga de demostrar que dicho despido se llevó a cabo, con una justa causa (CSJ SL15094-2015, SL5523-2016 y SL4849-2018).

No fue materia de controversia que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 22 de enero de 2007 hasta el 15 de enero de 2015, el cual terminó unilateralmente por el empleador con fundamento en que, por tercera vez se había negado a practicarse la prueba de alcoholimetría, por lo que había sido sancionado anteriormente, lo que constituye una violación expresa de las obligaciones y prohibiciones contractuales, legales y reglamentarias. En esta misiva se precisó que contrario a lo argumentado por el actor, el trabajador si se encontraba dentro de la jornada laboral cuando se le requirió para la toma de la prueba. Aunado a que, esta conducta trajo perjuicios a la demandada Express del Futuro, pues le fue impuesta una multa por parte de Transmilenio, y generó traumatismo en el desarrollo de la operación, pues al tener suspendido el código de operación de manera indefinida se hizo necesario llamar a un trabajador adicional para cumplir esta labor (pág. 352-353, archivo 001, C001).

De las pruebas documentales aportadas al plenario se puede establecer que, en relación con la renuencia a la práctica de prueba de alcoholimetría, el demandante fue citado a diligencia de descargos el 16 de julio 2014 (pág. 103-104, archivo 001, C001), y el 5 de agosto 2014 (pág. 112-113, archivo 001, C001); el empleador le realizó enérgico llamado de atención el 19 de agosto 2014 (pág. 114-115, archivo 001, C001), y una vez más, fue citado a descargos el 5 de enero 2015 (pág. 151-152 y 144, archivo 001, C001). Finalmente, el 22 de enero de 2015, se le hace entrega de la comunicación de terminación del contrato de trabajo por justa causa (pág. 161, archivo 001, C001), en ella se expuso que se trataba de una consecuencia ante la inobservancia de la obligación de efectuarse las pruebas de alcoholimetría que se ejecutaban de manera aleatoria durante la prestación de servicios, las cuáles podrían ser solicitadas por Express del Futuro, por un tercero o por el ente gestor (Transmilenio SA).

Se escuchó en interrogatorio de parte del representante legal de la sociedad demandada **Express del Futuro SA**, quien afirmó que dentro del Reglamento interno del trabajo y en el contrato laboral se previó la realización de pruebas de alcoholemia que practicaba la empresa por parte del ente gestor Transmilenio SA, a los funcionarios que prestan el servicio en el sistema operadores de buses, que por lo general se realizaba al inicio de la operación. Dijo que Express del Futuro practicó varias veces esta prueba, pero que hubo tres (3) pruebas solicitadas por Transmilenio SA que el actor no quiso hacer.

Aseguró que el consentimiento del trabajador para practicar las pruebas viene desde la vinculación a la empresa, momento para el cual también se le dio a conocer el manual de operaciones. Dijo que también se le informaron las modificaciones y que Transmilenio SA contaba con la facultad de realizar la prueba de alcoholimetría a los empleados que debían prestar el servicio, lo que podían realizar en el patio o en el centro de operaciones asignados a la ruta; y relató cómo se llevó a cabo la socialización de los manuales de operaciones.

Por su parte, el demandante **Hermes Ayala** al absolver interrogatorio de parte, aceptó que en su contrato de trabajo se pactó como falta grave y justa de terminación el incumplimiento, contravención o desacato por parte del operador de las instrucciones, requisitos, recomendaciones y obligaciones que establecía Transmilenio. Aseveró que su contrato fue suscrito con Express del futuro; que las ocasiones en que se negó a practicarse la prueba de alcoholemia solicitada por Transmilenio en el año 2014, estaba fuera de su horario de trabajo, en vía pública

y ante un civil que nunca se identificó como funcionario Empresa; que en la prueba del mes de agosto de 2014 colaboró y permitió el procedimiento, en esa ocasión se le permitió continuar con sus labores normales, y fue sorprendido con que antes de que finalizara la jornada laboral, lo bajaron del bus y le informaron que estaba sancionado; que en el mes de enero de 2015, el test fue solicitado por un civil que no se identificó, fuera de la jornada de trabajo y en una vía pública. Aclaró que estaba en su descanso en la hora del almuerzo, por eso se rehusó a que le fuera practicada la prueba; que luego del suceso, su jefe inmediato el señor Raúl Díaz lo requirió en las instalaciones donde cumplió su jornada laboral y con plena disposición a la prueba de alcoholimetría. Aseguró conocer el manual de operaciones de Transmilenio, pero que nunca recibió una copia; en relación con el Reglamento interno de trabajo dijo que firmó el entregado a la suscripción del contrato, pero que allí no se encontraba el protocolo del procedimiento de los controles de alcohol.

Por su parte, el testigo **Wilson hoyos**, quien afirmó ser miembro de la organización sindical a la cual se encuentra afiliado el demandante, dijo no tener claras las fechas en que se presentaron las negociaciones colectivas. Afirmó que en el caso del demandante y de otros trabajadores, a la diligencia de descargos eran llamados los miembros del sindicato, sin embargo, esa organización no fue informada del despido del señor Ayala.

El testigo **John Castro**, afirmó prestar sus servicios para la demandada. Relató que el demandante se negó a realizarse una prueba de alcoholimetría, lo que constituye una falta grave; que esas pruebas se realizan para garantizar la seguridad y se toman en el portal o en el lugar de prestación del servicio; que en el contrato eso se encuentra estipulado; que no existe programación para la toma de pruebas, pero se hacen periódicamente en portales o en los patios, por seguridad de la empresa. En cuanto al proceso que se realiza al operador, dijo que en la primera falta se hace un llamado de atención, en la segunda se congela el código de operador y se termina el contrato como quiera que no puede prestar el servicio. Aseguró que los operadores son llamados a descargos y acuden a recursos humanos, en caso de estar afiliados al sindicato, los acompaña un miembro de esa organización. En relación con la organización sindical, dijo no saber sobre el pliego de peticiones.

Del material probatorio reseñado, no se encuentra en duda que el demandante fue requerido para realizarle la prueba de alcoholimetría en varias oportunidades, a lo que se negó; además porque desde los hechos de la demanda

así fue anunciado, por estos sucesos fue citado a diligencia de descargos en varias oportunidades, en las que manifestó que se encontraba fuera del horario de trabajo y que no se identificaba el representante de Transmilenio que tomaba la prueba.

En punto de lo anterior, en relación con la última diligencia de descargos, esto fue el 5 de enero de 2015, en ella el actor manifiesta conocer las funciones y obligaciones del cargo de operador de bus. En lo atinente con la negativa a la realización de la prueba de alcoholimetría, confirmó que se rehusó a la misma el día 3 de enero de 2015 a las 18:45 hrs, estando en la plataforma de portal 80, y por ello, cuando llegó el bus de la empresa Express del Futuro realizando el servicio Tabla 10 del servicio D3, el auditor de seguridad Abello Muñoz Arnold Duván, le informó que estaba suspendido por tiempo indefinido y le solicitó retirarse a su lugar de residencia. Dijo que, acto seguido, se comunicó con el señor Raúl Díaz, de quien recibió como instrucción cumplir la jornada de trabajo dentro de las instalaciones de Express del Futuro y que de esta manera lo realizó.

Así las cosas, conforme lo plasmado en el hecho 57 de la demanda, deviene claro que el actor se encontraba dentro de su jornada laboral, pues dijo que *“ya había cumplido con mas del cincuenta por ciento (50%) de la labor de ese día”*, aunado a lo afirmado en el interrogatorio donde señaló que se encontraba en hora de almuerzo; además debe tenerse en cuenta que se hallaba en la plataforma del portal 80 donde debía recibir el bus a operar, esto es el lugar de trabajo más no una vía pública como lo quiso hacer ver. A ello se suma que, identificó plenamente al auditor de Transmilenio bajo el nombre de Abello Muñoz Arnold Duván, esto es, que no se trataba de un civil que no se identificó, como ahora discute.

Bajo las anteriores precisiones, no tiene cabida el argumento desplegado por el actor para no cooperar con la realización de la prueba, pues se encontraba dentro de su jornada laboral, en su lugar de trabajo y la prueba fue solicitada por un auditor de Transmilenio plenamente identificado.

Además, el demandante era conocedor de sus obligaciones, conforme lo pactado en el contrato de trabajo (pág. 43-46, archivo 01, C001), en particular la cláusula *“DECIMA PRIMERA: A la firma del presente contrato, el trabajador manifiesta haber recibido un ejemplar del Reglamento Interno de Trabajo y se compromete fielmente a cumplir sus disposiciones y que al momento de*

incumplirlas se somete a las sanciones que el patrono le imponga en la aplicación de dicho reglamento."

Por su parte, el Reglamento Interno de Trabajo (pág. 469-497, archivo 001, C001), documento que aceptó haber recibido a la suscripción del contrato, en su artículo 38 establece las obligaciones de los trabajadores, entre ellas *"i) Permanecer durante la jornada de trabajo en el sitio o lugar en donde debe desempeñar sus labores, siendo prohibido, salvo orden superior, pasar al puesto de trabajo de otros compañeros. Los operadores de bus articulado deben acatar todas las normas emitidas por Transmilenio S.A. para la operación en troncal."* De igual manera, en el artículo 43 dentro de las obligaciones especiales del trabajador se encuentra *"12) Permitir cuando la empresa así lo requiera, la práctica de los exámenes o pruebas de alcoholemia y/o sustancias psicoactivas, narcóticos o drogas enervante en los términos y/o políticas establecidos por la Empresa, ya que este es un requisito indispensable para poder prestar el servicio, de forma segura y de conformidad con las normas de salud ocupacional y seguridad industrial."*

Ahora, la empresa tiene una escala de faltas y sanciones disciplinarias en el artículo 46 del RIT, y dentro de las faltas graves se encuentra la *"Violación grave por parte del trabajador de las obligaciones legales o reglamentarias."* y *"f) Negarse a la práctica de la prueba de alcoholemia y/o sustancias psicoactivas, narcóticos o drogas enervantes en los términos y/o políticas establecidos por la Empresa."*

Finalmente, en la cláusula décima del contrato de trabajo se prevé que *"Son justas causas para poner término a este contrato unilateralmente, las enumeradas en el Artículo 7 del Decreto 2351/65, y además las siguientes faltas que para el efecto se califican como graves: a) La violación por parte del trabajador de cualquiera de sus obligaciones legales, contractuales o reglamentarias (...) j) El incumplimiento de los términos y disposiciones establecidos en el Reglamento Interno de Trabajo; k) El incumplimiento, contravención o desacato por parte del Operador de las instrucciones, requisitos, recomendaciones y obligaciones que establezca Transmilenio; l) El retiro y/o suspensión temporal o total de la tarjeta de operaciones que haga Transmilenio, como consecuencia de una falta o desacato de instrucciones por parte del Operador; (...)"*.

De esta manera, tal como lo concluyó la *a quo*, se encuentran probados los hechos que dieron lugar a las sanciones disciplinarias, y finalmente, a la terminación del contrato de trabajo, pues no existe duda que era una obligación del demandante permitir la toma de pruebas de alcoholemia y/o de sustancias psicoactivas, por parte de los representantes de Transmilenio, tal como ocurrió en las oportunidades que el señor Hermes se negó a la toma de la prueba.

De igual manera, conforme el reglamento interno de trabajo la renuencia a la toma de estas pruebas está calificada como una falta grave, lo que constituye a su vez una justa causa para dar por terminado el vínculo contractual, en los términos del contrato de trabajo; y, tal como fue aceptado por el actor en la diligencia de descargos, se trataba de una conducta reincidente, como quiera que era la tercera vez que era citado por circunstancias similares, pese a que en las ocasiones anteriores había sido sancionado y había sido objeto de un enérgico llamado de atención, así mismo recibió un refuerzo sobre el manual de operaciones, y además, presentó un trabajo escrito de recapitación sobre el citado manual, lo que fue puesto de presente desde los hechos de la demanda.

Aunado a lo anterior, se advierte que por parte del empleador se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 49 del RIT, esto es, se llevó a cabo el procedimiento previsto para la aplicación de las sanciones disciplinarias, pues fue citado a diligencia de descargos en la que contó con el acompañamiento de dos representantes de la organización sindical tal como quedó consignado en las respectivas actas, y en todo caso, el despido no constituye sanción disciplinaria, salvo que así se establezca en convención o pacto colectivo, reglamento interno o contrato de trabajo, lo que no quedó acreditado en este asunto, y por el contrario, se estableció en este asunto el respeto de las garantías constitucionales del trabajador, previo a darle por terminado el contrato de trabajo por justa causa, según misiva de 15 de enero de 2015.

De manera que ningún reproche merece la decisión de primera instancia, al concluir que el despido fue justificado, en razón a que en el expediente quedó demostrada la falta endilgada en la carta de despido expedida el 15 de enero de 2015, consistente en la renuencia en la toma de la prueba de alcoholemia; lo cual, a la luz de los artículos 38, 43, 48 y 49 del RIT, junto con las cláusula décima y décima primera del contrato de trabajo, en concordancia con el numeral 6 del artículo 62 del CST, comporta una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.

Finalmente, teniendo en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el art. 25 del Decreto 2351 de 1965, el fuero circunstancial cobija a los trabajadores inmersos en un conflicto colectivo de trabajo, con ocasión de la presentación de un pliego de peticiones a su empleador, y conlleva a la imposibilidad de despido de los mismos sin justa causa comprobada, hasta el arreglo del conflicto, acorde con el análisis hasta aquí efectuado, basta advertir que como la terminación del contrato de trabajo obedeció a una justa causa comprobada, no se activa la garantía foral pretendida, y por tanto, aún gozando de fuero circunstancial, no hay lugar a declarar la ineficacia del despido, en los términos de la protección contenida en la disposición aplicable, ni se requería permiso alguno para proceder con el finiquito contractual.

En consecuencia, se **confirmará** la sentencia apelada. Sin costas en la alzada ante su no causación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de marzo de 2021, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones anteriores.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

[11001310502620170018502](https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/ExpedienteDigitalizado/11001310502620170018502)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: 791274287864b42b28c5655f29b64f0bd5fb058d37b32034fb20e0188a87ec97

Documento generado en 15/11/2022 11:01:51 AM

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

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