

Exp. 38 2020 00008 01

Juan Francisco Vallinas Peñaloza y otros contra COMFINCA soluciones integrales SL Sucursal Colombia.

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

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE JUAN FRANCISCO VALLINAS PEÑALOZA,
YENIFER CAROLINA VALERO LINARES Y CELESTE VALLINAS
VALERO CONTRA COMFICA SOLUCIONES INTEGRALES SL
SUCURSAL COLOMBIA.**

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

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, como lo establece el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación presentado por el demandante contra la sentencia dictada por el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de enero de 2022. En ella se CONDENÓ a la demandada a pagar indemnización por despido sin justa causa y sanción moratoria, y se le ABSOLVIÓ de las demás pretensiones incoadas en su contra.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JUAN FRANCISCO VALLINAS PEÑALOZA y YENIFER CAROLINA VALERO LINARES, actuando en su propio nombre y en representación de su menor hija CELESTE VALLINAS VALERO, presentaron demanda contra COMFICA SOLUCIONES INTEGRALES SL SUCURSAL COLOMBIA para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare, en síntesis (i) que entre JUAN FRANCISCO

Exp. 38 2020 00008 01

Juan Francisco Vallinas Peñaloza y otros contra COMFINCA soluciones integrales SL Sucursal Colombia.

VALLINAS PEÑALOZA y la demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 10 de abril de 2018 y el 10 de junio de 2019, que terminó de manera ilegal y sin justa causa por parte de su empleador, y en virtud del cual se desempeñó como supervisor, devengando como salario mensual \$1.500.000; (ii) que el auxilio de rodamiento pagado mensualmente en cuantía de \$300.000 era factor salarial; (iii) que el accidente que sufrió el trabajador el 3 de agosto de 2018 era de carácter laboral y ocurrió por una omisión del empleador de las obligaciones a su cargo frente a seguridad y salud en el trabajo; y (iv) que a la terminación de su contrato de trabajo gozaba de estabilidad laboral reforzada por su condición de salud y no se solicitó autorización por parte del Ministerio del Trabajo para su despido. En consecuencia, pide que se condene a COMFICA SOLUCIONES INTEGRALES SL SUCURSAL COLOMBIA a reliquidar las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios causadas en vigencia del contrato, a pagar la dotación de 2018 y 2019, así como *los salarios dejados de percibir desde la fecha de terminación del contrato hasta el día que se materialice el pago* y, en subsidio la sanción moratoria, la indemnización por despido sin justa causa, la sanción consagrada en la Ley 367 de 1997, los perjuicios causados con ocasión al accidente de trabajo y la indexación.

Como fundamento de lo pedido JUAN FRANCISCO VALLINAS PEÑALOZA, afirma que el 10 de abril de 2018 celebró con COMFICA SOLUCIONES INTEGRALES SL SUCURSAL COLOMBIA un contrato individual de trabajo por duración de la obra o labor, cuya modalidad fue modificada mediante otrosí a indefinido, una vez superado el periodo de prueba, para desempeñar el cargo de Supervisor en la ciudad de Ibagué, actividad para la cual debía desplazarse a diferentes sitios conforme a las instrucciones dadas por sus superiores en una motocicleta. Afirma que en contraprestación se pactó un salario de \$1.500.000 y un auxilio de rodamiento de \$300.000, el cual sería

Exp. 38 2020 00008 01

Juan Francisco Vallinas Peñaloza y otros contra COMFINCA soluciones integrales SL Sucursal Colombia.

cancelado mensualmente y no tendría carácter salarial. Considera que por la desalarización de dicha suma, se vio afectado en el pago de sus derechos laborales, pues no se le cancelaron de forma completa sus cesantías, los intereses a las cesantías, las primas de servicios, vacaciones y aportes a seguridad social. Sostiene que no le fue entregada la dotación correspondiente a las anualidades 2018 y 2019. Indica que el 3 de agosto de 2018, *cuando desarrollaba sus funciones como supervisor*, tuvo un accidente de origen laboral que le ocasionó la *amputación traumática del cuarto y quinto dedo de su mano izquierda*, fractura del tercero, *traumatismo en el tendón y músculo flexor a nivel de la muñeca* y otras heridas en el antebrazo, secuelas que aun persisten. Refiere que su empleador nunca le dio inducción sobre los riesgos laborales a los que estaba expuesto, tampoco una capacitación para prevenir la ocurrencia del siniestro, ni le entregó elementos de protección personal; además, su entorno laboral no estaba adecuado conforme a las normas de seguridad y salud en el trabajo, y la demanda omitió reportar su accidente ante la administradora de riesgos laborales pese a los reclamos que presentó. Sostiene que estuvo incapacitado del 3 de agosto de 2018 al 8 de junio de 2019, y que la terminación de su contrato de trabajo tuvo como fundamento su condición de salud sin la autorización del Ministerio del Trabajo (ver demanda folios 1 a 20 del archivo 006, carpeta 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por auto del 11 de agosto de 2021, la demanda se tuvo por no contestada por parte de COMFICA SOLUCIONES INTEGRALES – SUCURSAL COLOMBIA (ver archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia)

Terminó la primera instancia con sentencia del 26 de enero de 2022, en la cual el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ

Exp. 38 2020 00008 01

Juan Francisco Vallinas Peñaloza y otros contra COMFINCA soluciones integrales SL Sucursal Colombia.

a la demandada al pago de sanción moratoria e indemnización por despido sin justa causa.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante JUAN FRANCISCO VALLINAS PEÑALOZA y la sociedad COMFICA SOLUCIONES INTEGRALES SL-SUCURSAL COLOMBIA, existió un contrato de trabajo pactado inicialmente por escrito, y por el término de la duración de la obra o labor, el cual habría sido modificado, siendo sometido a las reglas de los contratos de trabajo a término indefinido, vigente en el lapso comprendido entre el 10 de abril del 2018 y el 9 de junio de 2019, en el marco del cual se desempeñó como supervisor, percibiendo una asignación salarial en cuantía de \$1.500.000 mensuales, lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COMFICA SOLUCIONES INTEGRALES SL - SUCURSAL COLOMBIA a pagarle al demandante JUAN FRANCISCO VALLINAS PEÑALOZA las sumas que a continuación se indican por los siguientes conceptos: \$1.666.500 por concepto de indemnización por despido injusto y la suma de \$1.400.000 por concepto de indemnización por falta de pago en los términos del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 29 la Ley 789 del 2002. El valor reseñado por concepto de indemnización por despido sin justa causa deberá ser pagado de manera indexada tomando para el efecto el IPC que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula: $(\text{INDICE FINAL} / \text{INDICE INICIAL}) \times \text{VALOR HISTÓRICO}$ (que corresponde al valor de la condena) = VALOR INDEXADO. Como índice inicial deberá tomarse el del mes de junio del año 2019 y como índice final el de la fecha en que se realice el pago por parte de la accionada. Todo lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. TERCERO: ABSOLVER a la demandada COMFICA SOLUCIONES INTEGRALES SL - SUCURSAL COLOMBIA, de las restantes pretensiones formuladas en la demanda por*

Exp. 38 2020 00008 01

Juan Francisco Vallinas Peñaloza y otros contra COMFINCA soluciones integrales SL Sucursal Colombia.

JUAN FRANCISCO VALLINAS PEÑALOZA y YENIFER CAROLINA VALERO LINARES, quienes actúan en nombre propio y en representación de su hija menor CELESTE VALLINAS VALERO, lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. CUARTO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el despacho declara no probadas las propuestas respecto de las condenas infligidas y se considera relevado del estudio de las planteadas frente a la absolución producida. QUINTO: COSTAS lo serán a cargo de la demandada. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$500.000 en favor del demandante". (Audiencia virtual, archivo 11 del expediente digital, récord 1:19:43).

Para tomar su decisión el Juez concluyó, frente al contrato de trabajo, que si bien se había celebrado inicialmente por duración de la obra o labor había mutado su modalidad a la de término indefinido. Con relación al auxilio de rodamiento consideró que a tenor de lo previsto en el artículo 128 del C.S.T. dicho rubro no tenía incidencia salarial, pues estaba destinado al transporte, aunado a que entre las partes existía un pacto de exclusión salarial que era válido y por ello no había lugar a reajustar las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social. Frente al calzado y vestido de labor, no halló prueba de la calidad, la cantidad y el valor que le debía ser entregado, por lo que no accedió a dicha pretensión. En lo que toca con el accidente laboral, no encontró probado que el siniestro sufrido por el accionante hubiera ocurrido por causa o con ocasión del trabajo por falta de prueba, pues solo se contaba con las aseveraciones hechas por el actor en las comunicaciones dirigidas a su empleador no siendo posible -dijo- *hacer pruebas de su propio dicho*; en esa medida, estimó que tampoco procedía la indemnización plena de perjuicios para cuya causación se requería que el accidente tuviera origen laboral. Frente a la estabilidad laboral reforzada,

Exp. 38 2020 00008 01

Juan Francisco Vallinas Peñaloza y otros contra COMFINCA soluciones integrales SL Sucursal Colombia.

precisó que el actor no solicitó la ineficacia del despido ni el reintegro, sino únicamente la indemnización de 180 días, luego de lo cual consideró que no había operado la misma, dada la falta de calificación de la pérdida de capacidad laboral que lo ubicara en alguna de las limitaciones moderada, severa o profunda; la inexistencia de incapacidades médicas vigentes; y que no surgía *de manera incontrastable* que la terminación del vínculo hubiera obedecido o tuviera un nexo de causalidad con su condición de salud, por el contrario, encontró que la terminación se motivó en la finalización de la obra contrada al margen del cambio de la modalidad contractual. Condenó a la indemnización por despido sin justa causa porque, tratándose de un vínculo sometido a las reglas del contrato a término indefinido, no era posible alegar la finalización de la obra, pago que debía efectuarse de manera indexada por la pérdida del valor adquisitivo. Asimismo, impuso el pago de la sanción moratoria al no hallar una justificación para que el pago de la liquidación final de prestaciones sociales se efectuara casi un mes después de terminado el contrato de trabajo.

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado del demandante afirma que el auxilio de rodamiento constituye salario porque el pacto con el que pretende restarse dicha naturaleza es ineficaz. En cuanto a la dotación considera que con la exigencia de cuantificar la cantidad y la calidad se impone una carga adicional que no está prevista en las normas y que no le corresponde asumir a ese extremo procesal, pues cumplió con estimar el valor de la pretensión. En relación con el accidente de trabajo asegura que no se le dio valor probatorio a las historias clínicas ni a los demás documentos aportados al expediente, ni a las aseveraciones hechas por esa parte y, por el contrario, se efectuó un análisis irracional en detrimento de sus aspiraciones. Por otra parte sostiene que si bien existen deficiencias en el planteamiento de las

Exp. 38 2020 00008 01

Juan Francisco Vallinas Peñaloza y otros contra COMFINCA soluciones integrales SL Sucursal Colombia.

pretensiones, el juez debió hacer uso de sus facultades ultra y extra petita para favorecer al trabajador y establecer, como pretensión principal, la *declaración ilegal* de la terminación del contrato de trabajo, además se echó de menos que las secuelas sufridas como consecuencia del accidente eran incompatibles con el ejercicio de las funciones que venía desempeñando, por lo que sí se demostró un *nexo de causalidad entre el accidente y las razones por las cuales ocurrió*. Estima que la indemnización del artículo 64 debió corresponder a *los salarios dejados de percibir, conforme a la pretensión principal de un despido ilegal* o tenerse como una pretensión subsidiaria. Con respecto a la *culpa patronal* asegura que no es exigible la calificación de la pérdida de capacidad laboral, porque la norma es clara en señalar que lo que se debe probar es la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente o la enfermedad laboral y, en este caso, el accidente ocurrió en desarrollo de sus funciones, sin que la demandada acreditara que lo capacitó o lo *“indujo”* sobre los factores de riesgo¹ (Audiencia virtual, archivo 11 del expediente digital, récord 1:23:07).

¹ “Me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que acaba de emitir el despacho en aras de que sea analizado por el ad quem punto por punto cómo procederé a explicarlo y a sustentarlo debidamente. Lo primero en cuanto al auxilio de rodamiento considera el despacho que no constituye salario, está defensa respetuosamente se permite verificar que el despacho incurre en un defecto sustantivo por indebida interpretación de la norma, artículo 127 y 128 del CST, habida consideración de que todo lo que percibe el trabajador como contraprestación al servicio prestado constituye salario. Manifiesta el despacho que en este caso no constituye salario porque así naturalmente lo estipularon en el contrato de trabajo; sin embargo, el despacho olvida o mejor, omite valorar que en la celebración de un contrato de trabajo la parte del trabajador es la parte más débil del contrato la parte más fuerte es el empleador. Es por ello que las normas laborales y las normas constitucionales tienden más a proteger al trabajador que al empleador. En ese orden estamos hablando que los contratos de trabajo son unas especies de contratos de adhesión por decirlo de esa forma, dado que el trabajador tiene el derecho de aceptarlo de tajo o rechazarlo de tajo, sin considerar que toda persona natural tiene la necesidad de tener un ingreso económico con razón a su trabajo. Por lo anterior la cláusula que había en el determinado contrato que se excluye o mejor no se estipula como salarial ese auxilio de rodamiento que se pagó a favor de mi cliente se entiende como una cláusula ineficaz y por ese motivo se entiende también por parte de esta defensa que es una indebida interpretación en defecto sustantivo y respetuosamente se dice, por parte del juzgado en primera instancia, luego para efectos de que tampoco concede en cuanto a la dotación que bien se depreco en el libelo de la parte demandante considera el despacho que no accede a esta pretensión porque no se acredita la cantidad y la calidad de la dotación que se depreca, también se entiende por parte de esta defensa que es una indebida interpretación

Exp. 38 2020 00008 01

Juan Francisco Vallinas Peñaloza y otros contra COMFINCA soluciones integrales SL Sucursal Colombia.

en defecto sustantivo del artículo 230 del CST, trata de imponer el despacho y se manifiesta de la manera más respetuosa, una carga a la parte demandante adicional a la que pone el CGP en cuanto a la cuantificación de las pretensiones, dice el a quo que no se acredita ni la cantidad ni la calidad de la dotación que se le entrega sin embargo en referida norma legal el artículo 230, taxativamente manifiesta que quién ocupe más de un trabajador permanente deberá suministrar cada cuatro meses en forma gratuita un par de zapatos un vestido de labor al trabajador, cuya remuneración mensual sea hasta 2 meses de salario mínimo más alto vigente, entonces en cuanto a la calidad y la cantidad que el despacho manifiesta que esta parte demandante no adujo en la demanda, pues se encuentra estipulada en el artículo 230 del CST, luego no le corresponde a la parte demandante esa carga de acreditar la cantidad y la calidad, salvo la carga procesal que impone el CGP en cuanto a la cuantificación de las pretensiones y específicamente en esta pretensión. Ahora bien en cuanto al origen del accidente que tuvo mi cliente, desde la audiencia del 77 este suscrito se da cuenta que el despacho no le da valor alguno a la declaración de parte, lo cual está estipulado en el artículo 165 del CGP, y para este punto específico no hay una calificación de origen del accidente que sufre mi cliente, el despacho no le da valor probatorio a lo que manifiesta este en las historias clínicas ni en ninguno de los documentos que se aportaron al expediente, considerando que no es dable tener en consideración como medio probatorio lo que declara la parte demandante, por ende consideramos que estás aseveraciones si tienen valor probatorio y lo que el despacho hace una valoración irracional de los mismos y por ende en desmedro de las pretensiones de la parte demandante el accidente es calificado como origen laboral por tal motivo este es uno de los puntos que se incluye dentro de este recurso de apelación que se está sustentando en la audiencia. Ahora bien en cuanto al siguiente punto del despido ilegal manifiesta el despacho que efectivamente la demanda muestra ciertas deficiencias en cuanto al planteamiento de las pretensiones y hay que admitirlo, sin embargo el señor juez olvida que tiene poderes legales en pro de la potestad de los derechos de los trabajadores de ultra y extra petita, además que como pretensión principal se solicitó en la demanda la declaración ilegal de la terminación del contrato de trabajo y habida consideración que el despacho ya dentro de sus argumentos y consideraciones consideró, valga la redundancia que esto se trataba de un contrato sujeto a las reglas de un contrato a término indefinido, por ello causa curiosidad de esta defensa que el despacho en pro de la defensa y la garantía y la protección de los derechos del trabajador no ejerza esos poderes judiciales que tiene de fallar extra petita conforme a la pretensión principal que se integró dentro de la demanda la cuál fue la declaración de un despido ilegal. Respecto al dictamen de calificación PCL o de pérdida de capacidad laboral, se fundamenta que el despacho que no concede la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 del 97 puesto que de forma respetuosa también discrepamos de tal decisión, puesto que no se demostró dentro de los documentos que sea allegaron al plenario, no sé demostró que el accidente o mejor las secuelas que quedaron del accidente que sufrió mi cliente eran incompatibles en cuanto al ejercicio de las funciones de ese en el cargo que venía desempeñando por ende consideramos que la indemnización del artículo 26 de la ley 361 de 1997 sí demostró un nexo de causalidad entre el accidente y las razones por las cuales se dieron este, y por ende está indemnización procede. El otro punto es en cuanto a la indemnización del artículo 64 que el despacho lo concedió, entiende está defensa que dicha indemnización debió ser encaminada al pago de salarios dejados de percibir conforme a la pretensión principal de declaración de un despido ilegal o en su defecto en la demanda cuando está fue presentada pues debió tomarse como una subsidiariedad en cuanto a pretensiones declarativas o condenatorias cómo bien se planteó en el libelo de la demanda. En cuanto a la culpa patronal se hace extraño y ya en reiteradas ocasiones hemos tenido la experiencia de que exijan en primera ocasión un tema de calificación PCL para poder acceder a la indemnización en cuanto a daños materiales y daños morales qué plantea el artículo 216 del CST, más esa norma es muy clara y lo que tiene que hacer la parte demandante es probar la culpa del empleador en cuanto a la

Exp. 38 2020 00008 01

Juan Francisco Vallinas Peñaloza y otros contra COMFINCA soluciones integrales SL Sucursal Colombia.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia en esta instancia, los siguientes hechos relevantes para solventar la apelación: (i) que el 10 de abril de 2018 JUAN FRANCISCO VALLINAS PEÑALOZA y COMFICA SOLUCIONES INTEGRALES SL SUCURSAL COLOMBIA celebraron un contrato de trabajo por el término de duración de la obra o labor, el cual mutó a término indefinido; (ii) que la relación laboral terminó el 9 de junio de 2019 por decisión unilateral y sin justa causa del empleador; (iii) que en desarrollo del contrato el demandante se desempeñó como supervisor y (iv) que el 3 de agosto de 2018 el demandante sufrió un accidente de tránsito, cuando se trasladaba en motocicleta.

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir (i) si el auxilio de rodamiento constituía factor salarial y en dado caso, si la demandada adeuda algún valor al demandante por reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social en pensiones; ii) si procede el pago de la dotación; iii) si se demostró

enfermedad o el accidente de origen laboral que para este caso es de origen laboral como bien se expresó en su momento y que tampoco se desmiente por el empleador, el empleador simplemente dice que no estaba bajo una subordinación, es decir, nadie lo envió a esas funciones que realizaba y que estaban fuera del horario de trabajo, sin embargo eran las funciones que realizó mi cliente ese día no eran funciones a título personal no, eran funciones con relación al ejercicio de su cargo que desempeñaba para efectos de la demandada, por ende retomando el tema de culpa patronal aquí se prueba suficientemente con la omisión de la demanda de aportar, que el despacho y de oficio le dio la oportunidad, a declarar como no contestada la demanda, la demandada no aportó certificaciones donde demuestren que efectivamente capacitó a mi cliente, lo indujo a los factores de riesgo del cargo que estaba desempeñando durante la prestación del servicio con ocasión al contrato laboral se celebró entre las partes, eso en un sano raciocinio da entender que existe una culpa patronal porque la persona que desempeñaba el cargo no contaba con tal formación para el desempeño de sus funciones, en ese entendido considera está defensa y con sustento a lo ya expresado en esta audiencia de forma oral qué de los anteriores errores y desmedro de las pretensiones por la parte demandante, se interpone recurso de apelación para qué el ad quem revise punto por punto conforme a lo expuesto”.

Exp. 38 2020 00008 01

Juan Francisco Vallinas Peñaloza y otros contra COMFINCA soluciones integrales SL Sucursal Colombia.

el derecho a recibir indemnización total y ordinaria de perjuicios por culpa patronal con base en el artículo 216 del CST; (iv) si procede el reintegro y/o la indemnización que regula la Ley 361 de 1997; y (v) cuál debe ser la suma a pagar por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

(i) NATURALEZA SALARIAL DEL AUXILIO DE RODAMIENTO: Para resolver sobre esta materia, el artículo 127 del CST dispone que *todo pago* recibido por el trabajador del empleador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio, es salario, al margen de la forma o denominación que se pacte².

A su vez el artículo 128 del CST, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, autoriza la exclusión de algunos pagos que recibe el trabajador de la base de liquidación de sus prestaciones sociales, posibilidad que —a juicio de esta Sala— solo cabe frente a una *duda razonable* que pudiera existir sobre la naturaleza salarial de dichos pagos, pues el pacto que deduzca de la base de liquidación de prestaciones sociales a pagos que tengan claramente las características que nuestro ordenamiento jurídico asigna al salario, implicaría una *renuncia* a derechos ciertos del trabajador y por ello sería ineficaz.

Así lo disponen los artículos 53 de la Constitución Política y 13 del CST, y lo adocrinó la sentencia C-710 de 1996, providencia en la cual la Corte Constitucional impartió una interpretación auténtica de la Ley que tiene efectos de cosa juzgada constitucional y es por ello de forzosa aplicación

² Artículo 127 del CST: “Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones”.

Exp. 38 2020 00008 01

Juan Francisco Vallinas Peñaloza y otros contra COMFINCA soluciones integrales SL Sucursal Colombia.

para todos los jueces. Allí se dijo: *“La definición de lo que es factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario. En esta materia, la realidad prima sobre las formalidades pactadas por los sujetos que intervienen en la relación laboral. Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de que por sus características es retribución directa del servicio prestado, la Juez laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración correspondiente”*. Advirtió la Corte más adelante en la sentencia referida que el artículo 128 define pagos que no constituyen salario, *“Sin que ello implique –en palabras de esa Corporación- que, en casos concretos, la Juez, una vez analizadas las circunstancias que rodean el caso puesto a su consideración, concluya que determinadas sumas de dinero que recibe el trabajador, a pesar de estar excluidas como factor salarial lo son, en razón al carácter retributivo de la labor prestada”*.

Así las cosas, para decidir controversias como la que se estudia, y en armonía con lo dispuesto en el artículo 15 del CST que permite la conciliación o transacción de derechos laborales cuando tienen naturaleza incierta y discutible, el Juez laboral no podrá otorgar validez al pacto de exclusión salarial cuando verse sobre pagos recibidos por el trabajador de su empleador que tengan de forma cierta e indiscutible naturaleza salarial.

Pero una duda razonable sobre esta situación (sobre su naturaleza salarial, es decir sobre el carácter retributivo del pago, o sobre su habitualidad, o sobre si constituye o no un ingreso efectivo en el patrimonio del trabajador), habilitará la transacción o pacto mediante la cual las partes saldan discusiones futuras excluyendo de la base de liquidación de los

Exp. 38 2020 00008 01

Juan Francisco Vallinas Peñaloza y otros contra COMFINCA soluciones integrales SL Sucursal Colombia.

derechos laborales a dichos pagos, pues será una transacción sobre derechos *inciertos y discutibles* válida en materia laboral (artículo 15 CST).

Con este criterio, y una vez revisadas las pruebas aportadas al expediente, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que validó el acuerdo de exclusión salarial, sobre el auxilio de rodamiento acordado en la cláusula cuarta del contrato de trabajo en la suma mensual de “*trescientos veinte mil pesos mensuales (\$300.000) (sic)*” pagaderos en forma completa o proporcional según los días laborados en el mes (folio 33 archivo 006, carpeta 01 del expediente digital, trámite de primera instancia), pues además de que no obra prueba suficiente de que tales pagos se hubieran efectuado en favor del demandante durante la vigencia de la relación laboral, a partir de lo cual se pudiera constatar que dicha suma fue efectivamente recibida³ por el trabajador e ingresada a su patrimonio, así como la periodicidad en la que se otorgó la misma, de todas formas en el texto de dicho acuerdo se dispuso que su destinación sería sufragar los gastos de rodamiento o transporte, de lo cual resulta ciertamente dudosa (valga la paradoja) su naturaleza salarial pues no se habrían entregado para enriquecer al trabajador sino como un medio o instrumento para el cumplimiento de sus funciones.

(ii) CALZADO Y VESTIDO DE LABOR (DOTACIÓN). Respecto del pago de dotaciones que reclama la parte demandante en el recurso, debe precisarse, en consonancia con decisiones de la Sala Laboral de la Corte suprema de Justicia, que la entrega de estos elementos de trabajo no procede a la terminación de la relación de trabajo sino durante su vigencia, pues una vez concluida la relación de trabajo solo podría reclamarse el pago

³ Para que pueda definirse una suma como salario, indispensable resulta que esta sea *recibida* por el trabajador.

Exp. 38 2020 00008 01

Juan Francisco Vallinas Peñaloza y otros contra COMFINCA soluciones integrales SL Sucursal Colombia.

de eventuales perjuicios causados con una omisión del empleador (Sala de Casación Laboral, sentencia del 22 de abril de 1998, radicación número 10.400).

Así las cosas y dado que no se alegó ni demostró daño, culpa y relación de causalidad por la omisión en que pudo incurrir la demandada por dotaciones que no fueran entregadas al trabajador, el Tribunal confirmará también en este aspecto la sentencia de primera instancia.

(iii) CULPA PATRONAL. Para resolver sobre el pago de perjuicios por culpa patronal, el artículo 216 del CST dispone para los empleadores sobre quien se demuestre con suficiencia la existencia de culpa en la ocurrencia de accidentes o enfermedades profesionales, de los cuales se deriven secuelas, la obligación de pagar la indemnización total y ordinaria de los perjuicios que pueda sufrir el trabajador.

Con esta norma se pretende de los empleadores la ejecución de acciones concretas y suficientes para la prevención de riesgos laborales, sancionando las omisiones comprobadas en esta materia con la obligación de pagar la indemnización de *todos* los daños que pudiera haber sufrido el trabajador.

Para decidir sobre esta responsabilidad del empleador, se debe demostrar en el proceso la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional. Además y según reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la parte demandante tiene la carga de aducir cuales fueron las acciones o las omisiones concretas y específicas del empleador que generaron el accidente o en la enfermedad que causó los perjuicios, pues si bien la carga de probar la *diligencia* debida frente a las omisiones de las que se acuse a un empleador la tiene éste, solo así podrá

Exp. 38 2020 00008 01

Juan Francisco Vallinas Peñaloza y otros contra COMFINCA soluciones integrales SL Sucursal Colombia.

ejercer adecuada y válidamente su defensa en un proceso judicial. En dado caso el debate se centrará en la ocurrencia o no de dichas omisiones.

Con estos criterios y una vez revisado el expediente, la Sala confirmará igualmente la decisión de primera instancia que negó la indemnización plena de perjuicios reclamada en la demanda, pues no se demostró en el expediente la ocurrencia de un *accidente de trabajo* o de una *enfermedad profesional* en el demandante.

Frente a este asunto, y aunque no es materia de controversia que el demandante sufrió un accidente de tránsito el 3 de agosto de 2013, el cual, según la epicrisis de la CLÍNICA ASOTRAUMA S.A.S. ocurrió mientras se desplazaba en una motocicleta, *al perder control de está*, y ello llevó a la *amputación traumática de otro dedo único (completa), traumatismo del tendón y musculo flexor de otro dedo A y heridas de otras partes del antebrazo* (folios 49 a 59, archivo 006 del expediente digital, trámite de primera instancia), no existe elemento alguno en el plenario del que se pueda concluir que dicho suceso sobrevino por causa o con ocasión del trabajo, o por instrucciones impartidas por el empleador durante la ejecución de sus labores aun fuera de su horario laboral (artículo 3⁴ de la Ley 1562 de 2012),

⁴ “**ARTÍCULO 3º. Accidente de trabajo.** Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte.

Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o contratante durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo.

Igualmente se considera accidente de trabajo el que se produzca durante el traslado de los trabajadores o contratistas desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador.

También se considerará como accidente de trabajo el ocurrido durante el ejercicio de la función sindical aunque el trabajador se encuentre en permiso sindical siempre que el accidente se produzca en cumplimiento de dicha función.

Exp. 38 2020 00008 01

Juan Francisco Vallinas Peñaloza y otros contra COMFINCA soluciones integrales SL Sucursal Colombia.

pues se desconocen las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el accidente.

De los medios de prueba acopiados no se puede establecer cuáles eran las actividades ejecutadas por el demandante en el desarrollo del contrato de trabajo, ni el horario en que las desarrollaba, o el lugar en el que prestaba sus servicios, entre otros aspectos que sirvieran al menos como indicios frente a un eventual accidente de trabajo.

No resultan útiles para el efecto las actas de seguimiento a casos de medicina laboral realizada por COMFICA, porque en la identificación del origen se consigna *accidente común* (folios 13 archivo “*Documentos caso Francisco Vllinas.pdf*”, expediente digital), además, en la descripción del seguimiento al caso se indica “*trabajador sufre accidente de tránsito como copiloto en una motocicleta en horario no laboral, como consecuencia del accidente se genera fractura de falange proximal en dedo anular y meñique de la mano izquierda*” (folio 14, ibidem.). Asimismo, en comunicación electrónica del 13 de febrero de 2019 dirigida a WILSON DUARTE Coordinador SST, a DAVID CORREA Gerente General, y MARIA MERCEDES VILLALOBOS Gerente de Gestión Humana de COMFICA, JOSE MANUEL ARDILA -quien según el oficio de 19 de febrero de 2019 era el jefe directo del actor (folio 38)- anota, frente al caso del demandante que “*en ningún momento ese día se le dio autorización o indicación escrita o verbal de realizar trabajos nocturnos o extra-tiempos. Según me informó en la llamada que le hice por la ausencia laboral, me dice que iba de copiloto en la moto con el amigo, informa que un carro se pasó el pare y los atropelló y*

De igual forma se considera accidente de trabajo el que se produzca por la ejecución de actividades recreativas, deportivas o culturales, cuando se actúe por cuenta o en representación del empleador o de la empresa usuaria cuando se trate de trabajadores de empresas de servicios temporales que se encuentren en misión”

Exp. 38 2020 00008 01

Juan Francisco Vallinas Peñaloza y otros contra COMFINCA soluciones integrales SL Sucursal Colombia.

este a su vez se dio a la fuga por lo cual no se le pudo tomar las placas. Como se dará cuenta en lo expuesto las versiones dadas en su momento y lo informado en el PQR es completamente diferente. Por lo anterior es de aclara (sic) que esto no se reportó como accidente laboral ya que según informó Francisco en su momento fue un accidente vehicular sin tener la empresa responsabilidad alguna en el caso” (folio 35, ibid.).

Menos aún son válidas como pruebas en la materia, las manifestaciones hechas por el demandante en el correo del 19 de junio de 2019 en el que refiere que *“el accidente que tuve, si bien según su criterio no califica como accidente laboral, (aunque sucedió en una ciudad donde estaba por ocasión del trabajo de la empresa y dirigiéndome a cumplir labores del cargo), si me acarrea graves consecuencias laborales que implica una dificultad alta para re ubicarme en otra empresa”* (folio 40, ibidem) ni las afirmaciones hechas en la demanda frente al origen laboral del suceso que sufrió, pues como lo indicó el juez de primer grado, carecen de valor probatorio conforme al principio general del derecho que señala que nadie puede fabricar las pruebas de su propia prueba^{5,6}.

Tampoco son pruebas conducentes sobre la eventual ocurrencia de un accidente de trabajo los documentos de la historia clínica. Específicamente el 26 de abril de 2019 (folio 60 a 61 del archivo 006, carpeta 01 del expediente digital, trámite de primera instancia) la EPS afirma la necesidad de determinar *“si corresponde a un accidente laboral o no, dado que existen fundamentos expresados por el trabajador”*, sin determinar ni afirmar o conceptuar cuál fue el origen del siniestro.

⁵ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación laboral, Sentencia SL3981-2021 Rad. 81902 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA

⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL5109-2020 Rad. 70271 M.P. OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR.

Exp. 38 2020 00008 01

Juan Francisco Vallinas Peñaloza y otros contra COMFINCA soluciones integrales SL Sucursal Colombia.

(iv) ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA: Para resolver sobre este punto de la apelación, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prohíbe la terminación del contrato del trabajo cuando tenga origen en una limitación en la capacidad del trabajador, salvo que medie autorización de la oficina del Trabajo.

La norma sanciona la inobservancia de esta última formalidad con el pago a título de indemnización de 180 días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a las que hubiere lugar. Sin embargo, al estudiar su contenido, la Corte Constitucional definió con efectos de cosa juzgada, que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se ajusta al ordenamiento jurídico siempre y cuando se entienda que el despido del trabajador o la terminación del contrato de trabajo por una limitación física o psíquica y sin autorización de la oficina de Trabajo carece de efecto jurídico y, en consecuencia, también da lugar al reintegro del trabajador. A juicio de esa Corporación, la simple indemnización pecuniaria que tasó la referida Ley no garantiza la estabilidad laboral que el ordenamiento jurídico otorga a los trabajadores que padecen limitaciones en su capacidad para laborar⁷.

A su vez, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la función que le asigna la Constitución Política para unificar la jurisprudencia nacional cuando se aplican las normas legales a casos concretos, ha dispuesto reiteradamente que las “*personas limitadas*” a quienes se destinaron las garantías contenidas en la Ley 361 de 1997, son aquellas que acrediten haber sufrido una reducción cierta en su capacidad laboral, superior al 15%, o aquellas que acrediten encontrarse en un estado de debilidad manifiesta. Dispuso así la Corte los parámetros objetivos que permiten a los jueces dilucidar, en casos concretos, cuáles personas son

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-531 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Exp. 38 2020 00008 01

Juan Francisco Vallinas Peñaloza y otros contra COMFINCA soluciones integrales SL Sucursal Colombia.

objeto de la protección especial de la Ley y cuales no, asumiendo que no toda afectación en la salud del trabajador, ni toda limitación de su capacidad de trabajo generan una dificultad cierta para la reinserción en el sistema competitivo laboral que es el objeto protegido por la Ley 361 de 1997.

Este criterio fue ratificado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL572-2021 M.P. LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ, a cuyo contenido nos remitimos.

Otorgar estabilidad reforzada a trabajadores que sufren limitaciones mínimas en la capacidad laboral, o a personas cuyo contrato termina por causas diferentes a esa incapacidad, traería un efecto contrario al pretendido por la Ley y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues las cargas adicionales que deban afrontar los empleadores que vinculen personas con discapacidad implicaría para estas personas, en la práctica, menores posibilidades de acceso a los empleos disponibles en el mercado. Eso, ciertamente, no fue lo que quiso el legislador al expedir la Ley 361 de 1997.

Así las cosas, para otorgar la protección que asigna la referida Ley a un caso concreto, el juez debe tener certeza sobre una pérdida de capacidad laboral o una situación de debilidad manifiesta en el trabajador para el momento del despido, y debe tener certeza de que la terminación del contrato de trabajo tuvo origen en dicha incapacidad o debilidad.

Este último requisito se presume ocurrido cuando se demuestra que el empleador conocía de la pérdida de capacidad en el porcentaje que dispuso la Corte, o sabía que el trabajador se encontraba en una situación de debilidad manifiesta.

Exp. 38 2020 00008 01

Juan Francisco Vallinas Peñaloza y otros contra COMFINCA soluciones integrales SL Sucursal Colombia.

Tal presunción se puede desvirtuar por el empleador si aporta prueba que demuestre la existencia de otras causas eficientes de terminación del contrato de trabajo⁸.

Con estas reglas normativas y de interpretación, y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará también la decisión de primera instancia, pues ninguna evidencia se allegó sobre una *limitación cierta* en la capacidad de trabajo del demandante, o de una situación de debilidad manifiesta que fuera conocida por el empleador para la fecha en que finalizó el contrato de trabajo.

Tampoco se demostró que la terminación de la relación hubiera tenido origen en una limitación de salud del trabajador para el desempeño de sus funciones.

De acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente, la causa real y efectiva de la finalización del contrato de trabajo fue la finalización de la materia a la cual estaba adscrito el contrato. En la modalidad que la demandada consideraba que se estaba ejecutando la labor había finalizado, como se advierte de la comunicación de folio 72 (archivo 006, carpeta 01 del expediente digital), de hecho y según se infiere de la documental traída por la demandada, las labores finalizaron mientras el demandante estaba en incapacidad para laboral (ver folios 1 a 12, archivo "*Documentos caso Francisco Villinas.pdf*" expediente digital), pues las obras realizadas en Ibagué para ZTE -contrato al cual estaba atada la duración del contrato del demandante- ya habían sido liquidadas, y por eso, a su regreso de la

⁸ La presunción de despido discriminatorio a la que se refiere la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como todas las presunciones contempladas en el ordenamiento jurídico, exige de la parte que pretende beneficiarse de ella la prueba de los hechos que la generan, para el caso: la prueba de que existía una limitación cierta en la capacidad de trabajo y que ella era conocida por el empleador

Exp. 38 2020 00008 01

Juan Francisco Vallinas Peñaloza y otros contra COMFINCA soluciones integrales SL Sucursal Colombia.

incapacidad -8 de junio de 2019- en atención a que no había más incapacidades médicas vigentes, se dio por terminado el contrato -el 9 de junio de 2019-.

Adicionalmente se debe precisar que, aunque *formalmente* la vinculación culminó en la fecha señalada y por las razones descritas, es posible establecer conforme a la documental aportada, que la demandada mantuvo la vinculación del demandante en lo posible. Sobre este asunto, el 7 de junio de 2019, COMFICA ordenó al demandante la realización del examen *post incapacidad* el cual se efectuó el 10 de junio de 2019 y generó concepto de aptitud laboral *satisfactorio puede continuar labor con recomendaciones* (folio 28 *ibidem*)⁹. El 11 de junio de 2019 le notificó las recomendaciones y/o restricciones (folios 32 y 33 archivo “*Documentos caso Francisco Villinas.pdf*” expediente digital); el 12 siguiente capacitó al demandante sobre el sistema de seguridad y salud en el trabajo (folios 30, 31 y 33 archivo *ibidem*); y el 18 de junio le remitió el *nuevo contrato* a ser suscrito por él tras considerar que *no subsistían las mismas causas y objeto del contrato anterior* y para así *reintegrarlo a un nuevo proyecto con diferente causa y objeto*, pero

⁹ Dichas recomendaciones consistieron en:

“Se recomienda la capacitación y reentrenamientos sobre técnicas de pausas activas 2 a 3 por jornada “5 minutos de duración” de forma permanente con énfasis en estiramiento y descanso de las zonas involucradas, de ser posible hacer rotación de tareas o de labores “pasivas vs activas” para disminuir el impacto en articulaciones y grupos musculares involucrados/ específicos en la ejecución de estas. Uso de elementos de protección personal, higiene postural, puede reincorporarse a su trabajo con restricciones para trabajo en alturas – espacios confinados “no apto”, no debe cargar más de 5kg en MM superior izquierdo, no se recomienda para manejar moto “puede realizar desplazamientos normales a pie (recomendaciones por 6 meses a partir de 8 de junio de 2019). Al final de estas recomendaciones se espera que paciente halla asistido a control por médico EPS- SOAT Ortopedia / medicina laboral EPS para actualización de recomendaciones según evolución y programa de terapias descritas por el mismo y nueva valoración por medio IPS BYSE mediante valoración consulta externa laboral con resumen historia clínica reciente a la fecha de la misma con las valoraciones descritas, para ajuste de recomendaciones”.

Exp. 38 2020 00008 01

Juan Francisco Vallinas Peñaloza y otros contra COMFINCA soluciones integrales SL Sucursal Colombia.

manteniendo el salario y cargo, contrato que el mismo demandante se negó a firmar, lo que llevó a pedir su examen de retiro (folios 43 a 44, 45 a 48, 51 a 53 *ibid.*), el cual se realizó hasta el 3 de julio de 2019 (folio 57 *ibidem*).

En esa orientación no hay lugar a considerar que el despido tuvo origen en una incapacidad para trabajar del demandante. La evidencia apunta a que finalizó por la terminación de la causa o materia que le dio origen¹⁰, y nada tuvieron que ver en ello sus condiciones de salud.

(v) CUANTIFICACIÓN DE LA SANCIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA. Para resolver sobre este aspecto de la apelación, el artículo 64¹¹

¹⁰ A tenor de lo dispuesto en el artículo 47 del CST, el contrato de trabajo de término indefinido, *“tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo”*

¹¹ “ARTICULO 64. TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA. <Artículo modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.

En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:

En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días.

En los contratos a término indefinido la indemnización se pagará así:

a) Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales:

1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;

Exp. 38 2020 00008 01

Juan Francisco Vallinas Peñaloza y otros contra COMFINCA soluciones integrales SL Sucursal Colombia.

del Código Sustantivo del Trabajo establece una indemnización tarifada en caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada por parte del empleador, la cual comprende el lucro cesante y el daño emergente¹². Si el demandante considera que el resarcimiento otorgado en la Ley es insuficiente, tiene la carga de probar que la afectación fue mayor para que el juez la pueda considerar.

En esa medida, lo procedente ante la declaratoria del despido injusto, que fue a lo que se condenó conforme lo pedido de manera principal en la demanda, era el pago de la indemnización en los términos de la norma señalada y no los salarios dejados de percibir, como se indica en la alzada.

De todas formas y en caso de que lo reclamado en esta materia fueran los salarios dejados de percibir desde el despido, en atención a la estabilidad reforzada por motivos de salud, tal reclamo no procede, pues la ineficacia del despido fue negada en un acápite anterior, a cuyos razonamientos nos remitimos.

COSTAS en la apelación a cargo del demandante.

b) Para trabajadores que devenguen un salario igual o superior a diez (10), salarios mínimos legales mensuales.

1. Veinte (20) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo, se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los veinte (20) días básicos del numeral 1 anterior, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.”

¹² Dicha preceptiva, en criterio de la Corte Suprema de Justicia, tiene como fundamento un “sistema tomado del derecho contractual privado tradicional de consagrar el incumplimiento de una de las partes como condición resolutoria del vínculo para imputar a la parte fallida el pago de los perjuicios comprendidos por el daño emergente y el lucro cesante. (Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia No. 115 de 26 de septiembre de 1991. Rad. 2304)

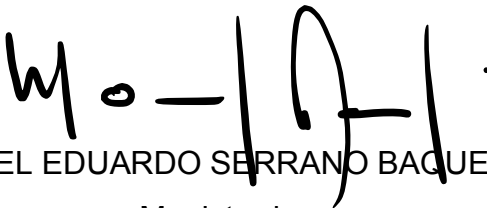
Exp. 38 2020 00008 01
Juan Francisco Vallinas Peñaloza y otros contra COMFINCA soluciones integrales SL Sucursal Colombia.

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

RESUELVE

- 1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia
- 2. **COSTAS** en esta instancia a cargo del demandante.

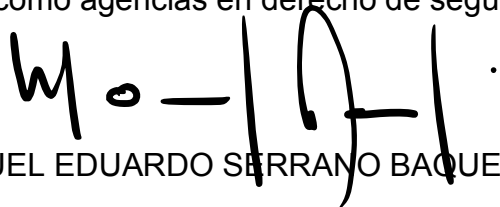
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de TRESCIENTOS MIL PESOS (\$300.000), como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE HUSSAM KARIM CHALÁ LEE CONTRA
GERMÁN OCTAVIO CHALÁ LEE**

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

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito como lo establece el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en la fecha programada, para resolver los recursos de apelación presentados por ambas partes, contra la sentencia dictada por el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de noviembre de 2021. En ella, se DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, se CONDENÓ al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y auxilio de transporte, debidamente indexados, así como del cálculo actuarial por los aportes a pensión del periodo laborado, y se ABSOLVIÓ de las demás pretensiones incoadas, incluidas las indemnizaciones de los artículos 64 y 65 del CST.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, HUSSAM KARIM CHALÁ LEE presentó demanda, la cual fue objeto de reforma, contra el “CENTRO DE ENSEÑANZA AUTOMOVILISTICA (sic) CLUB COLOMBIANO DE AUTOMOVILISMO Y TRANSITO (sic) (CDA)”¹ y contra GERMÁN OCTAVIO CHALÁ LEE, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia

¹ En audiencia virtual del 5 de octubre de 2021 se aclaró que el CENTRO DE ENSEÑANZA AUTOMOVILÍSTICA CLUB COLOMBIANO DE AUTOMOVILISMO Y TRANSITO (CDA) es un establecimiento de comercio, por lo que la demanda se entiende dirigida únicamente contra su propietario GERMÁN OCTAVIO CHALÁ LEE (archivo 16 Min. 05:09).

de un contrato de trabajo a término indefinido del 4 de diciembre de 2013 al 2 de mayo de 2019, el cual terminó por despido sin justa causa. Pide que se condene al pago los aportes que asumió el demandante con destino a EPS, ARL y Caja de compensación, en cuantía de 60.000 mensuales, del 1º de marzo de 2018 al 31 de marzo de 2019, así como los aportes no efectuados con destino al subsistema de seguridad social en pensiones, los salarios, cesantías y sus intereses, primas de servicios, vacaciones y auxilio de transporte por todo el tiempo laborado, las indemnizaciones por despido injusto y moratorias de que tratan los artículos 99 numeral 3 de la Ley 50 de 1990 y 65 del CST, y la indexación de las sumas adeudadas más los intereses “*que por Ley corresponda*”.

Como fundamento de lo pedido, afirma que el establecimiento fue creado para promover la enseñanza de conducción automovilística, para lo cual pagó capacitación al demandante a través del Ministerio de Transporte como instructor de conducción y mecánica automotriz, entidad que lo certificó en las licencias ahora inactivas A1, B1 y C1, y las activas A1 y B1. Conforme lo anterior, fue inscrito como instructor “*con carácter de exclusividad*” en la instrucción de las categorías A1, B1 y C1 teórica en aulas con capacidad para 40 personas, en los horarios dispuestos por el empleador, y práctica en cualquier horario, siempre que no interfirieran con las horas teóricas. Suscribió contrato de *prestación de servicios profesionales independientes* el 4 de diciembre de 2013, sin poder discutir las condiciones allí contenidas, vínculo que se extendió hasta el 2 de mayo de 2019, fecha en la que fue despedido sin justa causa. Durante la relación no se hicieron aportes a seguridad social integra, ni se pagaron prestaciones sociales, vacaciones ni auxilio de transporte. Debía “*tener disponibilidad completa*” de lunes a viernes de 6 a.m. a 10 p.m. y sábados de 8 a.m. a 6 p.m., a más del horario, debía cumplir con las temáticas de instrucción, los lugares en que recogía y dejaba los vehículos, las actividades de mantenimiento de éstos, y daba explicación de condiciones del servicio a clientes y atender PQR de éstos. Como salario promedio en 2013 obtuvo \$700.000 mensuales, así mismo, según horas reportadas en RUNT y el valor unitario de ésta, obtuvo mensualmente en 2014 \$2.046.455, en 2015

\$1.736.250, en 2016 \$2.132.000, en 2017 \$2.026.583, en 2018 \$2.701.250 y en 2019 \$4.117.500 (ver demanda en archivo 01 folios 3 a 15, 73 a 84 y 122 a 136).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada mediante apoderado, por GERMÁN OCTAVIO CHALÁ LEE y el “*establecimiento de comercio denominado CENTRO DE ENSEÑANZA AUTOMOVILISTICA (sic) CLUB COLOMBIANO DE AUTOMOVILISMO*”². Se opusieron a todas las pretensiones, con fundamento en que, si bien fue a través del CDA que el demandante adquirió sus *credenciales como instructor en labores de conducción*, conforme a lo cual asumió funciones de instructor de *vehículo y de motocicleta*, se hizo según contrato de prestación de servicio suscrito voluntariamente y con capacidad para el efecto. No existía la alegada exclusividad y el demandante podía *acomodar* las clases “*según su voluntad y capricho*” según lo cual *informaba* al área administrativa, al punto que cuando no iba personalmente enviaba a un tercero a dictar las clases sin autorización del demandado amparado en ser *sobrino* de éste. No es cierto que llevara los vehículos a mantenimiento o revisar su documentación legal, de lo cual se encargaba el área administrativa. Agregó que el horario señalado en la demanda no se ajusta a lo dispuesto por el Decreto 1500 de 2009, al punto que el *Sistema Integral de Control y Vigilancia – “CICOV (sic)”* únicamente permite cargar 240 horas mensuales por instructor. No existió omisión alguna en el pago de aportes, prestaciones sociales, vacaciones ni auxilio de transporte, pues no estaba obligado a ello. En su defensa propuso como *excepciones: falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, buena fe y cobro de lo no debido* (ver contestación en archivo 01 folios 115 a 119 y archivo 02 folios 260 a 265).

Terminó la primera instancia con sentencia del 18 de noviembre de 2021, en la cual el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes,

² *Ibidem*.

CONDENÓ al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y auxilio de transporte, debidamente indexados, así como del cálculo actuarial por los aportes a pensión del periodo laborado, y ABSOLVIÓ de las demás pretensiones incoadas, incluidas las indemnizaciones de los artículos 64 y 65 del CST. Para tomar la decisión, encontró acreditados los elementos constitutivos del contrato laboral, sin que dicha vinculación fuera desvirtuada por la sociedad demandada, ordenó el pago de prestaciones sociales, vacaciones y auxilio de transporte, con base en un salario mínimo legal mensual vigente, conforme al cual el demandante realizó cotizaciones a seguridad social, por considerar que no era posible determinar lo devengado o el número de horas trabajadas mes a mes. Consideró que no se probó el despido, por lo que no había lugar a indemnización alguna. Finalmente, manifestó que dada la cercanía familiar y las libertades que ello implicó en la vinculación, el demandado habría actuado de buena fe al entender que el contrato que regía era de prestación de servicios y, en consecuencia, no había lugar a indemnización moratoria alguna. En su lugar, ordenó el pago de las sumas adeudadas debidamente indexadas.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante HUSSAM KARIM CHALA LEE, en condición de trabajador, y el señor GERMÁN OCTAVIO CHALA LEE, en condición de empleador, en la realidad existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 4 de diciembre del 2013 y el 2 de mayo de 2019, en el marco del cual se desempeñó el actor como instructor de conducción, percibiendo como mínimo una suma equivalente al Salario Mínimo Legal Mensual Vigente para cada anualidad, lo anterior por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. SEGUNDO: CONDENAR al demandado GERMÁN OCTAVIO CHALA LEE a pagar al demandante HUSSAM KARIM CHALA LEE las sumas que a continuación se indican por los siguientes conceptos: A. \$3.367.672 por salarios insolutos. B. \$4.226.836 por auxilio de cesantías. C. 507.220 por intereses de cesantías. D. 4.226.836 por prima de servicios. E. 2.241.664 por compensación en dinero de vacaciones F. 5.198.659 por auxilio de transporte. (...). Los valores reseñados deberán*

ser indexados tomando para el efecto el IPC que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula: índice final sobre índice inicial por valor histórico, que corresponde al valor de cada condena, igual a valor indexado. Así como índice inicial se deberá tomar el correspondiente al del mes de marzo del año 2019, y como índice final el de la fecha en que se verifique el pago por parte del demandado. TERCERO: CONDENAR al demandado GERMÁN OCTAVIO CHALA LEE a pagar el cálculo actuarial que para el efecto realice la administradora de fondos de pensiones en que se encuentre afiliado el demandante HUSSAM KARIM CHALA LEE, partiendo de un salario equivalente al Mínimo Legal Mensual Vigente para el lapso comprendido entre el 04 de diciembre del 2013 y (...) el 02 de mayo del año 2019, valor que deberá ser sufragado ante la satisfacción de la respectiva administradora de fondos de pensiones. CUARTO: ABSOLVER a GERMÁN OCTAVIO CHALA LEE de las demás pretensiones incoadas en la demanda, lo anterior por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. QUINTO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas, respecto de las condenas infligidas y frente a las absoluciones producidas, el despacho se considera relevado del estudio de las propuestas. SEXTO: COSTAS. Lo serán a cargo del demandado. En firme la presente providencia, por secretaria, practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho, la suma de \$3.000.000 a cargo del demandado” (Audiencia virtual del 18 de noviembre de 2021 – archivo 19 Hora 3:45:18).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso del demandante, su apoderado afirma que la liquidación de las acreencias se debió efectuar según el número de horas mensuales de clases acreditadas y el valor pagado por cada una de éstas, por ser ese el salario promedio anual. En cuanto al despido, considera que el Juez no se pronunció sobre el audio aportado en el que se evidencia una discusión entre el demandante y “los demandados, padre e hijo” que lleva a que el demandado termine el contrato del trabajador. Finalmente, señala que el carácter familiar

de la relación entre las partes no justifica legalmente el no pago de salarios y prestaciones al terminar el vínculo, al punto que resulta contradictorio con la misma declaración de la relación laboral, por lo que se debió condenar a la indemnización moratoria correspondiente (Audiencia virtual del 18 de noviembre de 2021 – archivo 19 Min. 54:06)³.

³ “Bueno, muy bien, señor Juez, repitiendo lo que es que reconozco excelentemente su trabajo, pero yo si quisiera presentar con todo el respeto y la consideración una apelación en 3 puntos específicos. Uno, la liquidación que usted ha hecho sobre la base de reconocer que aquí lo que se ha presentado es un contrato de trabajo, insisto que esa liquidación se ha hecho tomando como base un salario o el Salario Mínimo Legal, porque aduce, explica usted en su providencia de la dificultad de concluir en un valor mensual mes a mes; cosa que yo no entro a discutir porque lo veo de la misma manera. Sin embargo, señor Juez, como quiera que nosotros hemos acreditado un número de horas anuales desde 2014 hasta el año 2019 y hemos acreditado un valor por cada una de esas horas; pues realmente mi, mi reclamación apunta a que no podía haber sido un salario mínimo, sino simplemente haber tomado un salario promedio año por año, para lo cual bastaba multiplicar el número de horas que se refrendaron ante el RUNT por el valor que las partes habían acordado hora, por, por valor de hora, año tras año. Recordemos, señor Juez, que el mismo señor Carlos, el hijo de don GERMAN CHALA LEE, reconoció en su declaración que HUSSAM se le pagaba un valor de 9,000 pesos la hora, si nosotros tomamos esa referencia, e insisto, hacemos esa sencilla operación aritmética con toda razón le digo que los valores a los que usted ha llegado seguramente van a ser superiores, y ese es el punto uno de mi reclamación respetuosa. El punto dos, señor Juez, usted dentro de sus reflexiones no le ha dado lugar al despido injusto, pero la verdad no le escuché hacer ninguna mención al punto que nosotros consideramos que validaba esta petición. Y es que entregamos un audio en un disquete, audio que refleja una discusión, o pongámosle una controversia, que se suscitó entre el demandante HUSSAM KARIM y los demandados, digo demandados porque era padre e hijo; y allí se advierte claramente como ellos le hacen una serie de reclamos, tonos airados y, y, básicamente eso es lo que provoca finalmente que el señor GERMAIN CHALA LEE le diga a HUSSAM KARIM que no va más en su empleo. De manera que allí vemos que se le hace una reclamación por, digamos, unas llegadas tarde a unas horas de teoría, lo que es básicamente eso, pero eso no justificaba a nuestro modo de ver que se hubiese tomado una decisión tan drástica, punto uno; punto dos, si el señor GERMAN consideraba que así fuera, pues ha debido someterlo, exponerlo a un proceso disciplinario. El tercer, es el segundo punto y el tercer punto en el tema de la indemnización, y que su despacho concluye que no hay lugar a este reconocimiento porque le concede, usted le reconoce al demandado su buena fe por el carácter familiar que implicó esta relación laboral; y comentario de que yo, con toda la consideración y respeto que usted se merece, pero me quiero apartar en términos de que la ley no puede estar edificada sobre presupuestos como estos. O sea, simplemente se da el hecho de que a HUSSAM no se le cancelan sus prestaciones sociales el día que por ley debe cancelársele, que es cuando él se retira de trabajar; y vuelvo y digo usted, en un criterio, pues que respeto profundamente, considera que el demandado estaba en una posición de buena fe por el tema familiar, entonces que por esa razón él no cancela esa indemnización, porque además, en ese momento se está partiendo de la base de que ha, de lo que realmente hay es un contrato de prestación de servicios. Pero, en, yo encuentro una notoria contradicción entre la consideración principal que hace el despacho, por cierto agradezco mucho, la consideración principal que hace el despacho de que realmente se trató de una relación laboral contractual para pasar en una decisión a decir que, por razón de que en el momento en que se desarrollaba el contrato bajo el entendido de una prestación de servicios ya y sumado a eso una situación familiar, entonces que por esa razón se concluye que el señor GERMAN se encontraba en un estado, el de conducta o de un proceder de buena fe que lo exime. dice el despacho, de cancelar esta indemnización. Yo insisto que veo una grieta o una contradicción entre reconocer en la consideración que hay una relación contractual laboral y pasar en ese punto específico de la sentencia a decir que era la buena fe con los argumentos que le estoy diciendo. O sea, si el legislador tuvo por intención sancionar a un empleador partiendo de la base de que hay una relación laboral contractual, digo, si el legislador parte de la base de que habiendo esa relación laboral contractual ese empleador debe pagar una indemnización por no consignar a tiempo los valores de las

En el recurso del demandado, su apoderada manifestó que, si bien “*existió una relación laboral (sic) que en ningún momento ha sido denegada*” ésta se rigió por un contrato de prestación de servicios y “*no bajo un contrato a término indefinido*”, el cual fue aceptado por el accionante, quien en interrogatorio aceptó que pagaba su *seguridad social*, que programaba sus propias clases y se retiraba “*a su capricho*”. Resaltó que el mismo demandante aceptó que su retiro se dio “*por faltas disciplinarias*” y él mismo propuso dejar de trabajar por los inconvenientes presentados y por no acceder el empleador a sus “*caprichos económicos*”. Lo anterior, sumado a que, según los cálculos de la demanda, el actor habría trabajado hasta 20 horas diarias, lo cual resulta “*traído de los cabellos*”, por lo que no hay lugar a ninguna de las condenas impuestas (Audiencia virtual del 18 de noviembre de 2021 – archivo 19 Hora 1:02:10)⁴.

prestaciones sociales eso es lo único, digamos, que puede considerarse en una sentencia de este tipo; es decir, ese hilo conductor entre la consideración de que hay un contrato de trabajo, de que hay una relación laboral conforme al Código Sustantivo de Trabajo debe llevarlo necesariamente para que haya coherencia, para que haya consistencia entre la parte considerativa y la parte resolutive, debería haber llevado al despacho a la consideración final de que la indemnización era igualmente cancelable porque, insisto, se partía de la base del que había un contrato de trabajo. Eso es todo señor Juez, le agradezco muchísimo y esa es la, digamos, la, las consideraciones que yo hago con cargo a presentar respetuosamente la apelación”.

⁴ “*Gracias su Señoría, pues yo también tengo que, muy respetuosamente, pronunciarme ante su despacho, interponiendo recurso de apelación contra la sentencia enterada en este momento; bajo la manifestación de que sigo defendiendo mi criterio de que en esta situación no se presentó un contrato de trabajo a término indefinido. Pues si bien es cierto existe, existió una relación laboral, si existió una relación laboral que en ningún momento ha sido denegada, ni por las suscritas ni por mi representado, sino que ésta fue de acuerdo o con las reglas de un contrato de prestación de servicios, su Señoría, más no bajo el mandato de, de un contrato a término indefinido. Sustento mi teoría en, con los siguientes argumentos: Desde el primer momento en el que el señor HUSSAM CHALA LEE fue contratado por la Academia le fue claro que iba a ser bajo un contrato de prestación de servicios, a lo que él se sometió y aceptó; tal es así que en su interrogatorio manifiesta su Señoría que él asumía el pago de su, de su Seguridad Social y lo hizo durante todo este tiempo sin réplica alguna en contra de mi representado. De igual forma, asimismo, dentro de las diligencias también aceptó que él era el encargado de, de programar sus propias clases, de que él se retiraba de la Academia a su capricho, sin atender subordinación absolutamente de ninguna de las personas, ni de su tío, ni él, ni el rep, que es el mismo representante legal, ni en fa, ni con la venia del gerente o administrador del establecimiento. Su Señoría tenga en cuenta también que, o que su superior revise el hecho de que, él fue retirado de la cane, de la Academia, como él mismo lo aceptó, por faltas disciplinarias y que él mismo fue quien propuso dejar de trabajar, no solamente por los inconvenientes que venía presentando, sino también por toda la situación derivada, que no se le atendieron sus caprichos económicos como lo venía haciendo, respaldado en, en el tema de ser familia de los dueños, Su Señoría tenga en cuenta también que lo que manifiesta el apoderado de la parte demandante, con todo el respeto, referente a las horas de servicio del señor CHALA LEE, es totalmente traído de los cabellos porque ese tipo de horas, haciendo el cálculo aritmético, da... a entender que trabajaba un promedio de 24, 20 horas diarias, lo que es totalmente*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que el demandante prestó servicios a GERMÁN OCTAVIO CHALÁ LEE previa la suscripción de un contrato de prestación de servicios del 4 de diciembre de 2013 al 2 de mayo de 2019, como *instructor* (archivo 01 folios 16).

En consonancia con los recursos de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir: (i) si se acreditó la existencia de un contrato de trabajo entre las partes; y, de ser el caso, (ii) cuál es el salario aplicable para el cálculo de acreencias; (iii) si hay lugar al pago de la indemnización moratoria por no pago de prestaciones; y (iv) si procede el pago de la indemnización por despido *indirecto* en los términos del artículo 64 del CST.

(i) CONTRATO REALIDAD. Para resolver lo primero, son pertinentes los artículos 22 y 23 del CST, que definen al contrato de trabajo como “*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*”, disponen como elementos esenciales de este contrato a la actividad personal del trabajador -es decir realizada por sí mismo-, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador (que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos), y el salario, contraprestación directa del servicio.

Una vez reunidos los tres elementos -dice el artículo 23- *se entiende* que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

imposible su Señoría. Así las cosas, le solicitó al des... para que sea, para que sea revisado por el superior jerárquico este punto en particular, referente a que sí se, se reúnen los requisitos de un contrato de prestación de servicios más en ningún momento un contrato a término indefinido, razón por la cual no daría lugar a ninguna de las... de las condenas que se le está haciendo impuesto a mi representado. Su Señoría, muchas gracias”.

De las normas referidas y del artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una *presunción legal*, según la cual, toda relación en la que se involucre la prestación de un *servicio personal* estará regida por contrato de trabajo; es decir, se presume que toda relación de servicios personales es *subordinada*.

Ello trae una ventaja procesal para quien reclama judicialmente la declaración de existencia de un contrato de trabajo, pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alegue en el proceso hechos que presume el legislador. En consecuencia, probada por el demandante la prestación de servicios personales, opera la presunción de subordinación, y el demandado tendrá la carga procesal de desvirtuar la existencia de este elemento.

Con estas premisas normativas y revisado el expediente, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia, pues las pruebas aportadas demuestran que el demandante prestó servicios personales a la demandada como *instructor de conducción* del 4 de diciembre de 2013 al 2 de mayo de 2019, hecho del cual surge la presunción del elemento subordinación en ese lapso, y dicha presunción no fue desvirtuada por el demandado.

La prestación de servicios en las fechas de inicio y terminación no fue objeto de controversia ni de apelación; fue reconocida en la contestación de la demanda (ver contestación en archivo 01 folios 115 a 119 y archivo 02 folios 260 a 265, válida de conformidad con los artículos 191 y 193 del CGP⁵, y

⁵ CGP: “ARTÍCULO 191. REQUISITOS DE LA CONFESIÓN. La confesión requiere:

1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.

2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.

(...).

ARTÍCULO 193. CONFESIÓN POR APODERADO JUDICIAL. La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita”.

probada con el contrato de prestación de servicios allegado con la demanda (carpeta 01 archivo 01 folios 16).

Para desvirtuar la subordinación, la demandada debía demostrar que la labor del demandante se realizó con *autonomía técnica y directiva*, es decir, sin sometimiento a órdenes ni reglamentos de quien lo contrató en cuanto al modo, tiempo, lugar y cantidad de servicios, hecho del cual no obra prueba suficiente.

No es prueba útil para el efecto el pacto *formal* contenido en el contrato de prestación de servicios, documento en el cual finca la demandada su defensa asegurando que fue debidamente suscrito por el actor quien es una persona capaz, pues el artículo 53 de la Constitución Política dispone, para los asuntos del trabajo, la primacía de la realidad sobre las formas y prohíbe al trabajador la renuncia de los derechos que puedan surgir en su favor.

Tampoco son suficientes en la materia los testimonios que rindieron en el proceso testigos ERNESTO CARBAJAL NEIRA y CARLOS ANDRÉS CHALÁ GÓMEZ (Audiencia virtual del 5 de noviembre de 2021 - archivo 14 Hora 1:15:44 y 1:55:15), pues pese a afirmar que el demandante realizaba las labores según su disponibilidad de tiempo y que la academia propiedad del demandado se limitaba a coordinar con los estudiantes la fijación de las horas de clase, y asegurar que de manera reiterada llegaba tarde y unilateralmente modificaba los horarios de las clases teóricas a su cargo con las consecuentes quejas de los alumnos, ello resulta insuficiente para entender la existencia de una *autonomía técnica y directiva*, en los términos ya referidos, es decir, para entender que el demandante no estaba sometido a órdenes de trabajo ni reglamentos de quien lo contrató sobre modo, tiempo, lugar y cantidad de servicios, por el contrario, estos testigos fueron claros en señalar que el servicio se prestaba en las instalaciones y con los equipos y vehículos del demandado.

Además, las declaraciones de ESTÉPHANY HASBLEIDY QUINTERO VALDERRAMA y LUIS ALEJANDRO TORRES CARO (Audiencia virtual del 5 de noviembre de 2021 - archivo 14 Min. 57:55 y Hora 1:35:39) afirman que el demandante recibía órdenes y acataba reglamentos de la academia, tales como la obligatoriedad de llamar a lista y seguir el contenido temático dispuesto para sus clases, así como instrucciones del *gerente* para la realización de las clases teóricas.

Sumado a todo lo anterior, no está de más resaltar, como lo señaló el Juez de primera instancia, que el requerimiento efectuado el 2 de mayo de 2019 al centro de enseñanza automovilística propiedad del convocado en torno a la falta de cierre de 41 clases teóricas por parte del demandante (archivo 01 folio 120), da cuenta de que la prestación del servicio debía reportarse exclusivamente a nombre de éste, es decir, se trataría de una labor *intuitu personae*.

De lo anterior, resulta claro que el elemento de subordinación característico del vínculo laboral y que se presume por la mera prestación del servicio personal del actor, no fue desvirtuado por la pasiva con pruebas suficientes y pertinentes.

ii) SALARIO. Para resolver sobre esta materia, se debe advertir que, por regla general, todo pago que reciba el trabajador retribuye directamente sus servicios, según el artículo 127 del CST (carácter retributivo –primera característica del salario-) ^{6 7}.

⁶ “Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones”.

⁷ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL5159-2018 Rad. 68303 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO: “(...), esta Corte ha sostenido que estos acuerdos en tanto son una excepción a la generalidad salarial que se reputa de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, deben ser expresos, claros, precisos y detallados de los rubros cobijados en él, «pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura

Al respecto, como lo afirma la parte actora en la apelación y en los alegatos allegados ante esta instancia, del contrato de prestación de servicios se deduce pactado un valor de \$6.500 por hora dictada, valor que para el momento de la desvinculación ascendía a \$10.000, según el testimonio CARLOS ANDRÉS CHALÁ GÓMEZ (Audiencia virtual del 5 de noviembre de 2021 - archivo 14 Hora 1:55:15) y el interrogatorio de parte el demandado (Audiencia virtual del 5 de noviembre de 2021 - archivo 14 Min. 06:35).

Sin embargo, tales afirmaciones resultan inocuas ante la imposibilidad de determinar con *certeza* el número de horas de clases que pudo haber dictado el demandante, lo que impide modificar las condenas impuestas en primera instancia. Contrario a lo afirmado por el apelante, no resultan útiles para el efecto los reportes de “*horas cargadas al instructor*” ante la Concesión RUNT (archivo 01 folios 151 a 502 y archivo 02 folios 1 a 18) pues como lo indica el propio informe se trata de las horas que fueron cargadas o registradas en el sistema sin que de ello se pueda deducir inexorablemente que obedecía a labores prestadas por el demandante; de dicho reporte se evidencia que en un mismo día se cargaron 8 horas por cada alumno, lo que da lugar a un reporte de tiempo laborado superior, incluso, a las 24 horas del día natural. Así mismo, obran múltiples *autorizaciones* de alumnos del demandante relativas a que subir a la plataforma horas de clase a las que asistieron impuntualmente, porque les hacían falta o porque simplemente no se habían podido cargar por *fallas en el sistema* (archivo 02 folios 91 a 157), lo cual evidencia que lo allí reportado no correspondía inexorablemente a la labor realizada por el demandante en cada una de dichas fechas.

extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo» (CSJ SL1798-2018)”.

En consecuencia, procedía la aplicación a lo dispuesto en los artículos 144 y 145 del CST^{8 9}, como lo señaló el Juez de primera instancia, por falta de prueba suficientes los días y horas en las qué se prestó efectiva y realmente el servicio¹⁰.

iii) SANCIÓN MORATORIA. Declarada la relación de trabajo surgen en favor del trabajador los derechos que la ley define, entre ellos el pago del salario y las prestaciones sociales que se causaron, y en caso de que tales derechos no sean pagados a la terminación del contrato, surge la obligación del empleador de reconocer al trabajador, a título de indemnización o sanción moratoria (artículo 65 del CST), un día de salario por cada día de retardo en el pago completo de lo adeudado.

No obstante, dicha sanción no opera de forma automática e inexorable, pues la demora o la omisión del empleador puede estar revestida de buena fe, situación que se puede derivar del entendimiento plausible, es decir, con razones válidas, de no estar obligado al pago, o de situaciones sobrevinientes que le hagan imposible cumplir las obligaciones, circunstancias que deben estar plenamente demostradas en el expediente.

Sobre la materia ha dicho la Corte que *“la sanción (...) no es de aplicación automática e inexorable, ya que el juez tiene el deber de estudiar las pruebas incorporadas al proceso a fin de establecer si la conducta del empleador estuvo o no justificada, al punto que el examen fáctico permitirá establecer si*

⁸ ARTÍCULO 144. FALTA DE ESTIPULACIÓN. Cuando no se haya pactado expresamente salario, se debe el que ordinariamente se paga por la misma labor, y a falta de éste, el que se fijare tomando en cuenta la cantidad y calidad del trabajo, la aptitud del trabajador y las condiciones usuales de la región.

ARTICULO 145. DEFINICIÓN. Salario mínimo es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural.

⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL3009-2017 Rad. 47044 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA.

¹⁰ Cfr. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL3009 Rad. 47044 del 15 de febrero de 2017 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA: *“(…), no es dable suponer el número de horas extras o nocturnas laboradas, sino que requiere que estén debidamente invocadas y acreditadas, ...”*.

la omisión o pago tardío de acreencias laborales, estuvo o no asistido de la buena fe, pues de estar justificados en razones serias y atendibles, debidamente acreditadas en el proceso, que indiquen, sin lugar a dudas, que no hubo intención de defraudar al trabajador y que se obró con buena fe”¹¹.

Con este fundamento normativo el Tribunal confirmará también la decisión de primera instancia que absolvió al demandado del pago sanción moratoria, pues, sin perjuicio de lo señalado en acápites previos respecto de la primacía de la realidad que llevó a declarar la existencia de un vínculo laboral, resulta claro que por la forma como se desarrolló la relación de servicios personales, el demandado bien pudo entender que no existía un contrato de trabajo.

Nótese que las condenas se dictan con base en la presunción de existencia del contrato de trabajo, ante la falta de prueba suficiente de autonomía en la relación de servicios. Pero en el expediente sí obran pruebas de que, en atención al parentesco que tenían demandando y demandante (tío-sobrino), éste contaba con un amplio margen de independencia.

De tal situación dieron cuenta los testimonios recaudados, especialmente las declaraciones de ERNESTO CARBAJAL NEIRA y CARLOS ANDRÉS CHALÁ GÓMEZ (Audiencia virtual del 5 de noviembre de 2021 - archivo 14 Hora 1:15:44 y 1:55:15), quienes, como se señaló previamente, fueron consistentes y coherentes en manifestar que el accionante tenía libertad de fijar sus propios horarios, modificaba los horarios de las clases a su antojo -cuando llegaba tarde-; incluso, según el primero de los testigos referidos, en al menos 2 ocasiones envió a personas diferentes para reemplazarlo en las clases teóricas a su cargo, sin que de ello se hubiera derivado llamado de atención alguno o inconformidad del demandado. También indican tales testigos que las horas de clase eran determinadas por los estudiantes y no por la academia,

¹¹ CSJ SL4076-2017 “También se ha dicho que razones válidas, no necesariamente son las que jurídicamente acoja el juez en su sentencia, o que sean las que finalmente defina la jurisprudencia o la doctrina, sino que solo basta con que ellas tengan fundamento en unos argumentos sólidos y factibles, que den un grado de certeza tal que permita llevar a la creencia fundada que se está actuando correctamente o conforme a la ley”.

quien se limitaba a coordinar entre éstos y el accionante los días y horas en que se podrían dictar. En el mismo sentido, no sobra destacar la informalidad con que habrían sido *concedidas* las vacaciones que decidió tomarse el actor, pues, como se dijo, se limitó a verificar que no tuviera clases programadas para las fechas en que deseaba tomarlas y a pedir que no le programaran clases en esas fechas, lo que evidencia que no se trató de una solicitud de permiso formal, lo que resulta concordante con la independencia con la que realizaba la labor en virtud de los lazos familiares que lo unían al demandado.

De todo lo anterior, resulta claro que la actuación omisiva en el pago al trabajador de las prestaciones que se reconocen en este proceso no estuvo revestida de malicia o intenciones defraudatorias del empleador, sino de un razonable y posible, aunque equivocado, entendimiento de no estar obligado a los pagos, como acertadamente lo señaló el Juez de primera instancia, lo que excluye la condena reclamada en la demanda a la sanción moratoria.

iv) INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO. Para resolver sobre este punto de la apelación, el artículo 64 del CST dispone el pago de indemnización por la *“terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador”*. De ello resulta claro que solo existe dicha responsabilidad cuando se demuestra en el proceso que el contrato de trabajo terminó por *decisión unilateral del empleador*, carga que el artículo 167 del CGP asigna al demandante que reclama el pago.

Con este fundamento normativo y revisado el expediente, el Tribunal confirmará también la sentencia de primera instancia en cuanto absolvió del pago de indemnización por despido sin justa causa, pues el demandante no demostró, como era su deber procesal¹², que el contrato de trabajo hubiera terminado por una decisión *unilateral* del demandado.

¹² Cfr. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL2805-2020 Rad. 76988 M.P. JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN: *“al ser una carga del trabajador demostrar el despido, en todo caso no se abriría paso el reconocimiento de la sanción deprecada”*.

No es una prueba válida para el efecto, la grabación de audio aportada con la reforma de la demanda (carpeta 03). Si bien el juez *a quo* no hizo mención expresa al respecto, el Tribunal advierte que dicha grabación no fue legalmente obtenida con el consentimiento de quienes intervinieron, y el presente trámite no corresponde a un proceso de tipo penal o disciplinario en el cual el recaudo se hubiera efectuado por la víctima y con miras a acreditar la ocurrencia de un hecho punible¹³ o disciplinable¹⁴. Pero, de todas formas, no se advierte que en la grabación aportada exista certeza sobre la identidad de las personas que intervienen. Tampoco se puede deducir de lo dicho por los intervinientes que el contrato hubiera terminado por una decisión unilateral del demandado.

Ahora, de las pruebas válidamente arrimadas al plenario y debidamente decretadas y practicadas, únicamente el testimonio de CARLOS ANDRÉS CHALÁ GÓMEZ dio cuenta de las circunstancias en que se dio por terminado el vínculo (Audiencia virtual del 5 de noviembre de 2021 - archivo 14 Hora 1:55:15). Afirma este testigo que la terminación del contrato se dio por voluntad del actor frente a la negativa de un incremento en el pago estipulado por cada hora laborada. De los restantes testigos se deduce, igualmente, que la demandada aceptó el retiro del demandante, por las quejas presentadas por los alumnos y el requerimiento por parte del SICOV al respecto, así como por el uso de las instalaciones de la academia para el consumo de bebidas embriagantes, según lo declararon los testigos ERNESTO CARBAJAL NEIRA

¹³ Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, Sentencia Rad. 49323 del 24 de junio de 2020, M.P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA: *“En este punto cabe precisar que frente a la lacónica referencia que hizo el demandante sobre la presunta violación del derecho fundamental a la intimidad del procesado al haber grabado su imagen en un video sin su consentimiento, la jurisprudencia de la Sala ha admitido la validez de las grabaciones cuando las mismas son hechas por la víctima de un delito con el propósito de preconstituir la prueba de su ocurrencia”*.

¹⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-371 de 2021: *“a Sala concluyó que el traslado de la regla aplicada por la Sala Penal de la Corte Suprema de que la grabación es lícita cuando se es parte de la conversación y víctima de la conducta punible, es constitucionalmente problemática en derecho disciplinario. Ello por cuanto por regla general en esa área punitiva no existe el concepto de víctima. Sin embargo, la Corte en este fallo encontró que existen mejores razones para tener como válidas tales grabaciones como lo son que: i) las realice un receptor legítimo de la información cubierto por la expectativa de intimidad del grabado; ii) se tenga la convicción de que se registra la ocurrencia de una falta disciplinaria; iii) el grabado sea una persona en ejercicio de funciones públicas; y iv) no se realicen de mala fe o con la intención de instigar o manipular la comisión de la conducta”*.

y CARLOS ANDRÉS CHALÁ GÓMEZ (Audiencia virtual del 5 de noviembre de 2021 - archivo 14 Hora 1:15:44 y 1:55:15).

SIN COSTAS en esta instancia ante la falta de prosperidad de los recursos de ambas partes.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE ROBINSON YESID VARGAS SALCEDO
CONTRA CONSORCIO ROCKEX S.A.S. (demandada y llamada en
garantía), C.I. GRODCO INGENIEROS CIVILES S.A.S. y SEGUROS DEL
ESTADO S.A. (llamada en garantía).**

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

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, como lo establece el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación presentado por el demandante contra la sentencia dictada el 8 de marzo de 2022 por el Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella, se DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y el CONSORCIO ROCKEX S.A.S., CONDENÓ a dicha sociedad a pagar las prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social en pensiones, e intereses moratorios sobre las prestaciones sociales adeudadas, conforme al artículo 65 del CST, y ABSOLVIÓ a C.I. GRODCO INGENIEROS CIVILES S.A.S. y a SEGUROS DEL ESTADO S.A.S. de todas las pretensiones incoadas en la demanda y en el llamamiento en garantía, respectivamente.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ROBINSON YESID VARGAS SALCEDO presentó demanda contra el CONSORCIO ROCKEX S.A.S. y C.I. GRODCO INGENIEROS CIVILES S.A.S., para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de contrato de trabajo a término indefinido entre el 21 de mayo y el 30 de septiembre de 2015, el cual fue terminado sin justa causa y sin el pago de acreencias laborales por parte las

demandadas; pide en consecuencia que se condene solidariamente al pago del salario del mes de septiembre de 2015, las prestaciones sociales, aportes a seguridad social en salud y pensiones, las indemnizaciones por despido sin justa causa y moratorias por no pago de salarios y prestaciones al finalizar el vínculo y por no consignación de las cesantías a un fondo, y las vacaciones debidamente indexadas. Como fundamento de lo pedido, afirma que se vinculó como *topólogo calculista* con un salario de \$2.000.000 mensuales, mediante contrato a término indefinido con la sociedad CONSORCIO ROCKEX S.A.S., que fue contratada por C.I. GRODCO INGENIEROS CIVILES S.A.S. para desarrollar proyectos de ampliación y rehabilitación de vías. Durante el vínculo se le exigió el cumplimiento de horario y turnos. Suscribió transacción el 31 de julio de 2015 para terminar el vínculo de mutuo acuerdo y se le indicó que continuara laborando mediante contrato de prestación de servicios. El 16 de septiembre siguiente se le indicó que debía suscribir transacción respecto de este último contrato, y el vínculo continuó hasta el 30 de septiembre de 2015. Afirma que la terminación fue decisión de los *empleadores* sin justa causa, y sin pagar la indemnización ni realizar el pago de las acreencias laborales (ver demanda en archivo 01 folios 30 a 40).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la C.I. GRODCO INGENIEROS CIVILES S.A.S., mediante apoderado, quien se opuso a las pretensiones incoadas, afirmando que dicha sociedad no sostuvo relación laboral con el actor y desconoce la que haya existido entre éste y CONSORCIO ROCKEX S.A.S., empresa con la que contrató la prestación de un servicio, pero de manera independiente y autónoma. Resaltó que, en todo caso, nunca ejerció actos de subordinación frente al demandante. Propuso como excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación de pago de salario, auxilio de cesantías, intereses de cesantías, primas de servicios, vacaciones, indemnización por terminación unilateral y sin justa causa, indemnización por falta de pago, indemnización moratoria por no consignar cesantías, afiliación y pago de cotizaciones a salud y pensiones; improcedencia indexación de vacaciones; improcedencia de fallo extra y ultra petita; improcedencia de pago de los gastos y costas del proceso; e inexistencia de solidaridad* (ver contestación en archivo 01 folios 106 a 120).

En la misma oportunidad, C.I. GRODCO INGENIEROS CIVILES S.A.S. llamó en garantía a SEGUROS DEL ESTADO S.A., para que en dado caso ésta realice el pago de los salarios y prestaciones *a que haya lugar*, con fundamento en la póliza constituida por el CONSORCIO ROCKEX S.A.S. en virtud del contrato suscrito el 4 de noviembre de 2014 para garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales (ver contestación en archivo 01 folios 80 a 83). Llamó también en garantía al CONSORCIO ROCKEX S.A.S., para que se condene a ésta al pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones *a que haya lugar*, en virtud de la cláusula 42 del contrato de prestación de servicios suscrito entre las dos sociedades (ver contestación en archivo 01 folios 212 a 215).

Ante la falta de concurrencia del CONSORCIO ROCKEX S.A.S. a su notificación, mediante auto del 22 de febrero de 2018 se dispuso su emplazamiento y el nombramiento de curador *ad litem* (archivo 01 folio 299), quien contestó la demanda. Se opuso a la totalidad de lo pretendido, con fundamento en que según las documentales allegada, el vínculo del actor se dio mediante contrato de prestación de servicios, sin que se evidencie el cumplimiento de horario ni turnos por disposición de dicha sociedad. Propuso como excepción previa: *ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales*. Así mismo, como excepción de mérito propuso: *inexistencia de la relación laboral y cobro de lo no debido* (ver contestación en archivo 01 folios 329 a 333). También contestó el llamamiento en garantía oponiéndose a lo pretendido, con fundamento en que, según la redacción de los hechos de dicho escrito, la llamante y la llamada harían parte del mismo consorcio *PCP* que habría contratado con Invías y, en consecuencia, la cláusula que se quiere hacer valer sería ineficaz. Adicionalmente, *“no se desprende de manera evidente”* que al ser demandada, también se la llame en garantía para responder por los mismos hechos por los que fue convocada al litigio. Propuso como excepción de mérito: *inexistencia de la responsabilidad* (ver contestación al llamamiento en archivo 01 folios 334 a 336).

A su vez, SEGUROS DEL ESTADO S.A. contestó la demanda y el llamamiento en garantía, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de la demanda, en tanto los hechos deben ser probados por quien los afirma, y en ellos no fue

parte la aseguradora al no haber participado de la presunta relación laboral. Se opuso parcialmente al llamamiento en garantía, en el entendido de que únicamente cubre las obligaciones laborales que estando a cargo del CONSORCIO ROCKEX S.A.S. se extiendan solidariamente a C.I. GRODCO INGENIEROS CIVILES S.A.S. Propuso como excepciones de fondo: *ausencia de responsabilidad de C.I. GRODCO INGENIEROS CIVILES S.A.S. por cuanto no se encuentra probada la solidaridad, cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguro de cumplimiento particular No. 21-45-101149313, imposibilidad de afectar de la póliza de cumplimiento particular por una eventual condena por el concepto de vacaciones, imposibilidad de afectar de la póliza de cumplimiento particular por una eventual condena por indemnizaciones, compensación, límite de la responsabilidad y genérica* (ver contestación en archivo 01 folios 355 a 367).

En audiencia del 1º de septiembre de 2020, entre otras, se dispuso estudiar únicamente el llamamiento en garantía presentado contra SEGUROS DEL ESTADO S.A., decisión que no fue objeto de oposición por ninguna de las partes (Audiencia virtual del 1º de septiembre de 2020 – archivo 04 Min. 19:43).

Terminó la primera instancia con sentencia del 8 de marzo de 2022, en la cual el Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y el CONSORCIO ROCKEX S.A.S., lo CONDENÓ a pagar las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social en pensiones, e intereses moratorios sobre las prestaciones sociales adeudadas conforme al artículo 65 del CST, y ABSOLVIÓ a C.I. GRODCO INGENIEROS CIVILES S.A.S. y a SEGUROS DEL ESTADO S.A.S. de todas las pretensiones incoadas en su contra en la demanda y en el llamamiento en garantía, respectivamente.

Para tomar su decisión, el juez encontró demostrada la existencia de un contrato de trabajo con el CONSORCIO ROCKEX S.A.S. únicamente hasta el 31 de julio de 2015, no así a partir de allí y hasta el 30 de septiembre de 2015, interregno este último en que estuvo vigente un contrato de prestación de servicios, según transacción suscrita al respecto de la cual no se reclamó su invalidez. No se probó el salario alegado, por lo que tuvo para el efecto el

SMLMV. Ordenó el pago de prestaciones sociales y vacaciones, estas últimas indexadas, y los aportes a seguridad social en pensiones con intereses al no acreditarse su pago. Negó el pago de aportes a seguridad social en salud, pues únicamente sería del caso reconocer los gastos que por dicho rubro se hubieran acreditado en el trámite. Negó la indemnización por despido pues no se probó la terminación unilateral del contrato. Condenó al pago de la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST, pero únicamente a título de intereses moratorios sobre las prestaciones adeudadas, por no haberse iniciado la acción dentro de los 2 años siguientes a la finalización del vínculo. Negó el pago de sanción por no consignación de cesantías, pues esta obligación nunca nació según el interregno de vigencia del contrato de trabajo. Finalmente, estimó que no procedía la solidaridad en la condena, pues C.I. GRODCO INGENIEROS CIVILES S.A.S. fue contratante de unos servicios que desarrolló la sociedad empleadora por su cuenta y riesgo y asumiendo los riesgos de la contratación de trabajadores y el uso de elementos de trabajo, y, en todo caso, el contrato entre las sociedades feneció el 4 de mayo de 2015, antes de la vinculación del actor.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el señor YESID VARGAS SALCEDO y la sociedad CONSORCIO ROCKEX S.A.S. entre el 21 de mayo al 31 de julio de 2015. SEGUNDO: Se CONDENA al CONSORCIO ROCKEX S.A.S. a pagar a favor del señor YESID VARGAS SALCEDO las siguientes cantidades de dinero, conforme a la parte motiva: 1. Por concepto de cesantías e intereses a las cesantías \$128.213. 2. Por prima de servicios \$125.290. Por vacaciones \$62.645, debidamente indexada. TERCERO: Se CONDENA al CONSORCIO ROCKEX S.A.S. a pagar a partir del 1º de agosto de 2015 intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificado por la Superfinanciera, hasta la fecha en que se efectuó el pago de la prestación social que origina la sanción contenida en el artículo 65 del CST. CUARTO: Se CONDENA a la demandada CONSORCIO ROCKEX a consignar en la administradora de pensiones escogida por el demandante, los aportes que por concepto pensional tenía que sufragar durante la relación laboral, esto decir, del 21 de mayo al 31 de julio de 2015, junto con los intereses moratorios*

generados. QUINTO: Se ABSUELVE a la C.I. GRODCO INGENIEROS CIVILES S.A.S. de todas las pretensiones incoadas en su contra por YESID VARGAS SALCEDO. SEXTO: Se ABSUELVE a la SEGUROS DEL ESTADO de las pretensiones establecidas en el llamado en garantía formulado por C.I. GRODCO INGENIEROS CIVILES S.A.S. SÉPTIMO: Se CONDENA en costas a la parte demandada CONSORCIO ROCKEX S.A.S. Por tanto se fija a su cargo la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho. Sin costas para GRODCO INGENIEROS CIVILES S.A.S. y SEGUROS DEL ESTADO S.A.” (Audiencia virtual del 8 de marzo de 2022 – archivo 11 Hora 1:09:08).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado del demandante pide que se tengan en cuenta unos documentos de Comfamiliar y Sura que dan cuenta del salario devengado por el demandante en \$2.000.000 durante el vínculo, los que considera importantes para este proceso, solicita que “*se decrete la mencionada prueba*”. De otro lado, señala que sí existió la solidaridad reclamada, pues en el contrato aportado por GRODCO se indica que ROCKEX escogería su personal pero con el visto bueno de aquella, quien además se encargaría de los pagos de salarios, prestaciones e indemnizaciones y se encargaría de llevar el personal necesario en caso de que no fuera aportado por la contratista, ello sumado a que los testigos dieron cuenta de que dicho contrato vencía en “*septiembre de 2017*”, aunque la “*ARL manifiesta que el contrato terminó en 2016*” (Audiencia virtual del 8 de marzo de 2022 – archivo 11 Hora 1:12:20)¹.

¹ “*Gracias, su señoría, presento recurso de apelación contra la decisión proferida por su despacho. Los argumentos de la apelación básicamente están orientados a demostrar que sí efectivamente el salario de los \$2.000.000 está demostrado. Por ineficiencia o por morosidad o no sé qué razones haya tenido el apoderado del curador el apoderado... que actuaba o fungía como curador, no tramitó los oficios a Comfamiliar y a la administradora de recursos del sistema general de riesgos... ADRES y los otros oficios. Yo tengo en mi poder el... una certificación de Comfamiliar que me ha expedido donde consta el salario que mi poderdante tenía en la fecha de ingreso y la fecha de retiro, documento que es importante para este proceso y del cual solicitó que en la instancia respectiva se decrete la mencionada prueba a fin de determinar que sí efectivamente tenía un salario \$2.000.000. Adicionalmente, tengo el otro documento que corresponde a la dirección de afiliaciones y recaudos de Sura donde se expresa que efectivamente mi poderdante... inició labores el 22 (sic) de mayo del 2015 y la fecha de terminación del mismo contrato está allí determinada, documentos que son importantes para este proceso y que no fueron tramitados en debida oportunidad a quien el despacho le requirió para que se tramitara. Adicionalmente, como el testigo no fue tenido en cuenta, quien manifestó que mi poderdante sí efectivamente ganaba los*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

AUTO

El Tribunal niega el decreto y la práctica de las pruebas que reclama la apelación, y por ello se abstiene de incorporar y considerar los documentos allegados con los alegatos presentados ante esta instancia (carpeta segunda instancia archivo 008), pues (i) conforme al artículo 83 del CPTSS, en segunda instancia solo se puede practicar las pruebas decretadas en primera instancia

\$2.000.000, esta... esta prueba entra a controvertir la posición fijada por el despacho y en ese sentido sí se puede determinar el valor de los salarios devengados por mi cliente. Por otra parte, para determinar lo relativo a la solidaridad debo entender que el contrato que firma ingenieros C.I. GRODCO y CONSORCIO ROCKEX... allí se encuentran unos aspectos vitales en la cláusula 17, donde se dice que por especificación se indicó que ROCKEX es libre de escoger el equipo de trabajo a utilizar pero que el mismo deberá contar con aprobación y visto bueno de GRODCO, quiere decir que sí había un principio de solidaridad en la ejecución del mismo contrato. El contrato que aporta GRODCO es demostrativo de la... del trabajo solidario que ellos venían desarrollando en la vía para la cual fue contratado mi poderdante como topógrafo, así, también se establece que en la cláusula 44 del mismo contrato, la 44.5 pago de salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones del equipo de trabajo, allí se señala que GRODCO es la responsable igualmente esos pagos. De otro... de otra parte, en el mismo contrato se dice que sí, por ejemplo, si por ejemplo ROCKEX no lleva el equipo de trabajo al desarrollo del contrato, será GRODCO quien aporte los trabajadores y estos trabajadores serán pagos por ROCKEX. De esta manera puedo entrar a demostrar, su señoría, que efectivamente por un lado la asignación de salarios sí tiene validez, sí es cierto, y los documentos que aparecen en estas entidades pueden demostrar que efectivamente el valor del salario no corresponde a un salario mínimo, sino a la suma de \$2.000.000. Las pruebas también determinantes de los testigos demuestran que sí hubo una relación contractual y las fechas de terminación del mismo contrato permiten establecer que este contrato se vencía en septiembre del 2017, a pesar de que en uno de los documentos de la aseguradora la ARL manifiesta que el contrato terminó en el 2016, entonces bajo estas circunstancias su señoría y teniendo en cuenta que sí hay solidaridad, que sí se demuestra el valor del salario con estos documentos adicionales que dejaron de aportarse (sic) al proceso, y que son vitales, de los cuáles solicitó su prueba, podremos demostrar que efectivamente mi poderdante desarrolló la labor por el salario indicado en la demanda. De otro lado, se... nos oponemos a la parte de las indemnizaciones y a los intereses que fueron negados por parte del despacho y a la moratoria, en virtud a que efectivamente dejó de pagarse por parte de quien gerenciaba ROCKEX y, de esta manera, pues obviamente que GRODCO también está obligada en la misma solidaridad al pago de estas indemnizaciones y las moratorias que a ello hay lugar. Como se dice que no hay solidaridad, por parte del despacho, en mi criterio sí el principio de solidaridad se aplica acá, porque GRODCO y ROCKEX se unieron para desarrollar un contrato para Invías, no era GRODCO quien estaba actuando de manera independiente, sino en asocio con ROCKEX, a quien contrató para que desarrollara el contrato que GRODCO iba a desarrollar para Invías, y en la... toda la parte de control de ese desarrollo... ese contrato lo hacía Invías en asocio con GRODCO, por lo tanto no sé de dónde se predica que no existió la pretendida solidaridad, como lo señala el despacho. De... bajo estas circunstancias, su señoría, se contrae el recurso de apelación a fin de que se reestructure en su totalidad la sentencia por su despacho proferida, con la de con las pruebas solicitadas al respecto. Muchas gracias, su señoría".

que no se pudieron practicar “*sin culpa de la parte interesada*”² -lo que no ocurrió-, y (ii) la oportunidad para que las partes del proceso puedan solicitar el decreto de pruebas se encuentra más que fenecida.

Nótese que los documentos aportados no se solicitaron como pruebas en la demanda ni se allegaron como anexo en esa oportunidad, menos aún se adujo que estuvieran en poder de las demandadas (archivo 01 folios 30 a 40)³. Si bien el juez requirió algunos documentos *de oficio* en primera instancia, lo cierto es que la oportunidad para la práctica de la prueba se declaró precluida por el juez expresamente en auto que cobró firmeza por no haber sido objeto de recurso (Audiencia virtual del 8 de marzo de 2022 – archivo 11 Min. 12:08), es decir *por culpa* de la parte que pretende la declaración o práctica en segunda instancia. De todas formas, el objeto de dicha prueba era verificar si existía o no afiliación del actor al sistema general de seguridad social.

SENTENCIA

Para resolver el recurso de apelación propuesto sobre la sentencia, no fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará la Sala, por encontrarse contenidos en dicha sentencia y no haber sido objeto de apelación: i) que entre el demandante y CONSORCIO ROCKEX S.A.S. existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 21 de mayo y el 31 de julio de 2015; ii) que el referido empleador debe pagar al trabajador cesantías y sus intereses, primas de servicios y vacaciones, esta últimas debidamente indexadas, y aportes a pensión, así como los intereses moratorios a título de indemnización del artículo 65 del CST; y iii) que C.I.

² CPTSS: “Artículo 83. Casos en que el tribunal puede ordenar y practicar pruebas
*Las partes no podrán solicitar del Tribunal la práctica de pruebas no pedidas ni decretadas en primera instancia.
Cuando en la primera instancia y sin culpa de la parte interesada se hubieren dejado de practicar pruebas que fueron decretadas, podrá el tribunal, a petición de parte, ordenar su práctica y la de las demás pruebas que considere necesarias para resolver la apelación o la consulta*”.

³ CPTSS: “Artículo 31. Forma y requisitos de la contestación de la demanda
(...).
PARÁGRAFO 1o. La contestación de la demanda deberá ir acompañada de los siguientes anexos:
(...).
2. Las pruebas documentales pedidas en la contestación de la demanda y los documentos relacionados en la demanda, que se encuentren en su poder.
(...)”.

GRODCO INGENIEROS CIVILES S.A.S. (antes C.I. GRODCO S. EN C.A. INGENIEROS CIVILES) contrató al CONSORCIO ROCKEX S.A.S. para que de manera independiente y autónoma, utilizando sus propios medios, lleve a cabo la construcción de los *kilómetros a ejecutar* que le fueron asignados el 4 de noviembre de 2014 (archivo 01 folios 20 a 24, 150 a 211 y 216 a 275).

La controversia que debe estudiar el Tribunal, por consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), se centra en definir: (i) cuál fue el salario percibido por el accionante durante su vinculación; (ii) si hay lugar o no a condenar solidariamente a C.I. GRODCO INGENIEROS CIVILES S.A.S. al pago de las acreencias laborales deducidas en primera instancia a cargo del CONSORCIO ROCKEX S.A.S., y de ser el caso, quien debe acudir al pago de las obligaciones, dado el llamamiento en garantía que se hizo sobre la sociedad SEGUROS DEL ESTADO S.A.

(i) SALARIO. Para resolver sobre esta materia, el artículo 127 del CST como regla general, que todo pago que reciba el trabajador como contraprestación del servicio es salario y se debe imputar en la liquidación de prestaciones sociales y demás derechos laborales⁴, ⁵.

La carga de probar cuál el monto de lo recibido o acordado como pago a título salarial la tiene quien alega las consecuencias de su falta de pago o de su pago incompleto, en el caso que estudia la parte demandante. Así lo dispone claramente el artículo 167 del CGP.

⁴ “Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones”.

⁵ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL5159-2018 Rad. 68303 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO: “(…), esta Corte ha sostenido que estos acuerdos en tanto son una excepción a la generalidad salarial que se reputa de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, deben ser expresos, claros, precisos y detallados de los rubros cobijados en él, «pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo» (CSJ SL1798-2018)”.

Con estas premisas normativas y revisado el expediente se confirmará el valor tasado en la sentencia de primera instancia para las condenas, pues las pruebas oportunamente allegadas y practicadas en materia del salario devengado no dan cuenta de un monto específico que se hubiera acordado o que hubiera recibido el demandante.

No se obtiene certeza judicial en esta materia del testimonio de JOSÉ GILBERTO BECERRA (Audiencia virtual del 1º de septiembre de 2020 – archivo 04 Hora 1:10:04), pues si bien en su declaración manifestó que el demandante devengaba “\$2.000.000 más viáticos”, tal como lo advirtió el Juez durante la práctica de dicha prueba, sus dichos fueron totalmente confusos y contradictorios. En primer lugar, y pese a haber indicado que trabajó durante el mismo periodo con el demandante, más adelante señaló que su retiro se había dado en “marzo de 2015”, anterior a la fecha de ingreso a laborar del actor -21 de mayo de 2015-; dijo que lo reemplazaba cuando este “salía a vacaciones” de lo cual resultaría claro que nunca se habrían encontrado laborando al mismo tiempo, afirmación que resulta -además- contraria a los hechos que presentó la demanda que afirma no haber disfrutado de vacaciones y a la lógica jurídica pues este derecho (el disfrute de vacaciones) no se habrían causado por el corto periodo que se afirma servido en la demanda -mayo a septiembre de 2015-. También da cuenta de las incoherencias en tal declaración, la respuesta a la pregunta sobre los horarios de trabajo del actor, pues el testigo se limitó a responder que “Henry Calderón” -nombre que no corresponde al aquí demandante- siempre estaba allí desde altas horas de la mañana y hasta entrada la noche y que era él quien decidía hasta qué hora se debía laborar. Resulta aún menos creíble que recordara con precisión el salario del actor, sus fechas de ingreso y retiro, e incluso la denominación numérica de los kilómetros de vía en que habrían trabajado, y al consultarle sobre sus propios extremos laborales o sobre la afiliación del actor a seguridad social aseguró que no lo recordaba pues “fue hace bastante tiempo”. Finalmente, no puede pasar por alto la Sala que durante su declaración, en muchas ocasiones, evadió mirar a la cámara, y parecía estar leyendo o incluso consultando con alguien más el contenido de sus respuestas antes de emitirlas, lo que resta credibilidad a su testimonio.

Tampoco resulta útil para el efecto la declaración de TATIANA ALEJANDRA BARAHONA GAMBA (Audiencia virtual del 1º de septiembre de 2020 – archivo 04 Hora 1:37:18), excompañera permanente del actor, quien si bien dijo que el salario del demandante era de \$2.000.000, también fue clara en señalar que nunca conoció directamente la relación laboral del trabajador, no asistió al lugar en que se desarrollaba la misma y, por lo tanto, nada la consta de manera directa acerca de cómo se desarrolló el contrato y mucho menos las condiciones del mismo, y resulta contradictoria frente a las afirmaciones de la demanda, pues afirmó que a su pareja nunca le habían pagado.

En similar sentido, nada aporta al debate el testimonio de ESPERANZA SALCEDO MEDINA (Audiencia virtual del 1º de septiembre de 2020 – archivo 04 Horas 1:30:24), madre del actor, quien no sólo desconocía el salario del actor, sino que nunca conoció el lugar de trabajo o las condiciones del mismo, dijo tener mediano conocimiento de lo ocurrido porque ocasionalmente escuchó al actor hablar por vía telefónica con “*Henry*” para cobrarle algunas acreencias.

Finalmente, del testimonio de JAIME HUMBERTO CASAS PARRA (Audiencia virtual del 1º de septiembre de 2020 – archivo 04 Min. 56:34) que se vio claro y espontáneo, manifestó haber compartido espacio de trabajo con el actor, y por ello bien pudo tener conocimiento de algunos aspectos del desarrollo de su relación laboral con el CONSORCIO ROCKEX S.A.S., nada se obtiene en la materia pues, fue claro y directo al contestar que nada la consta acerca del salario devengado por el actor, o sobre otros aspectos específicos atinentes a su contratación.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso tener como salario devengado por el actor el equivalente al SMLMV, en aplicación a lo dispuesto en los artículos 144 y 145 del CST⁶ ⁷.

iii) SOLIDARIDAD. A tenor del artículo 34 del CST, *“el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores”*.

Bajo esta regla, para obtener una condena de responsabilidad solidaria, la parte que alega dicha consecuencia debe demostrar que el contratante era beneficiario del trabajo o dueño de la obra contratada, y que las labores desarrolladas no eran *extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio*.

Con esta premisa normativa y revisado el material probatorio del expediente, se revocará en este aspecto la sentencia de primera instancia, pues, contrario a lo que allí se concluyó, el Tribunal estima probado con el contrato suscrito el 4 de noviembre de 2014 entre C.I. GRODCO INGENIEROS CIVILES S.A.S. (antes C.I. GRODCO S. EN C.A. INGENIEROS CIVILES) y CONSORCIO ROCKEX S.A.S., y con las demás pruebas allegadas al plenario, que la primera sociedad era *beneficiaria* del servicio que prestó el demandante, y dicho servicio no es extraño al objeto social que desarrolla la sociedad contratante.

Sobre lo primero (ser beneficiario del servicio) el testigo JAIME HUMBERTO CASAS PARRA (Audiencia virtual del 1º de septiembre de 2020 – archivo 04 Min. 56:34), quien para entonces era trabajador de C.I. GRODCO

⁶ ARTÍCULO 144. FALTA DE ESTIPULACIÓN. Cuando no se haya pactado expresamente salario, se debe el que ordinariamente se paga por la misma labor, y a falta de éste, el que se fijare tomando en cuenta la cantidad y calidad del trabajo, la aptitud del trabajador y las condiciones usuales de la región.

ARTICULO 145. DEFINICIÓN. Salario mínimo es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural.

⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL3009-2017 Rad. 47044 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA.

INGENIEROS CIVILES S.A.S., dio cuenta clara de que durante la vigencia del contrato de trabajo con el actor, el vínculo entre las sociedades demandadas permanecía vigente, afirma que en esa época se realizaban reuniones conjuntas en las que el trabajador presentaba informes sobre los resultados de sus estudios que había realizado y las demás actividades asignadas, encaminadas ellas al cumplimiento de la labor para la que fue contratado el CONSORCIO ROCKEX S.A.S. por el contratante C.I. GRODCO INGENIEROS CIVILES SAS.

Al margen de las estipulaciones formales que tenga el contrato suscrito por las dos sociedades, el testimonio anterior resulta claro sobre quien se benefició de las labores desarrolladas por el demandante. Además, ninguna de las pruebas arrimadas al plenario da cuenta clara de que para las fechas en que se desarrolló la relación de trabajo hubiera finalizado la obra contratada por GRODCO y/o que se hubiera liquidado la relación contractual que existía entre dicha sociedad y el empleador CONSORCIO ROCKET S.A.S.- No se puede deducir entonces, de la evidencia aportada, que GRODCO no fuera el “*beneficiario*” de las labores que desarrolló el demandante como se alegó a lo largo del proceso. Nótese que dicho hecho -la finalización del contrato suscrito entre las sociedades codemandadas- ni siquiera fue alegado como defensa por las demandadas, ni se realizó manifestación al respecto en el interrogatorio de parte que rindió el apoderado de CONSORCIO ROCKEX S.A.S. (Audiencia virtual del 1º de septiembre de 2020 – archivo 04 Min. 46:31) en el cual se limitó a informar sobre generalidades del contrato sin dar cuenta de los límites temporales del mismo, ni desconocer la participación del demandante en su desarrollo.

(iii) LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. Definida la responsabilidad de la sociedad GRODCO SAS en el pago de las obligaciones laborales deducidas a cargo del empleador, se debe estudiar el llamamiento en garantía, pues, conforme al artículo 64 del CGP, quien se vea perjudicado por el resultado de una sentencia judicial puede reclamar mediante esta figura, la “*indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer*”

Para el efecto se aportó la póliza No. 21-45-101149313 tomada por CONSORCIO ROCKEX S.A.S. (archivo 01 folios 368), de la cual se deduce la garantía que SEGUROS DEL ESTADO S.A. asumió frente al pago de los salarios, prestaciones sociales y la indemnización adeudadas al trabajador, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula de amparo 1.5 de dicho instrumento (*ibídem* folios 369 y 370), sin que se puedan aplicar válidamente las exclusiones señaladas en el inciso 2º del referido numeral, ni las dispuestas en el numeral 2.6 *ibídem*, que excluyen el pago de personal contratado por subcontratistas y las obligaciones extralegales, pues se encontró probado que el vínculo que en realidad surgió con el demandante fue de tipo laboral, y no se dictó condena al pago de derechos de carácter extralegal (pactos, convenciones colectivas, etc.).

Dicha responsabilidad se extenderá hasta el límite de la suma asegurada para el amparo, de conformidad con lo dispuesto en la referida póliza.

SIN COSTAS en segunda instancia.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** el numeral quinto de la sentencia de primera instancia para, en su lugar, **DECLARAR** solidariamente responsable de las condenas impuestas en primera instancia, a la sociedad C.I. GRODCO INGENIEROS CIVILES S.A.S.-
2. **CONDENAR** a SEGUROS DEL ESTADO S.A. a pagar, como garante de GRODCO INGENIEROS CIVILES SAS, las condenas impuestas en contra de esta última sociedad.
3. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
4. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE GUSTAVO NÚÑEZ SERRATO CONTRA LOUIS
ALEXANDRE SOCHANDAMANDOU RUIZ**

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

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en la fecha programada, para resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante, contra la sentencia dictada por el Juez Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de marzo de 2022. En ella, se ABSOLVIÓ al demandado de todas las pretensiones incoadas.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, GUSTAVO NÚÑEZ SERRATO presentó demanda contra LOUIS ALEXANDRE SOCHANDAMANDOU RUIZ para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido entre el 15 de marzo de 1978 y el 10 de octubre de 1979. En consecuencia, pide que se condene al pago del auxilio de cesantías y sus intereses, prima de servicios, compensación en dinero de las vacaciones, las indemnizaciones por despido *indirecto* y moratoria por falta de pago al finalizar el vínculo, y los aportes a seguridad social en pensiones. Como fundamento de lo pedido, afirma que el 15 de

marzo de 1978 fue contratado verbalmente por LOUIS ALEXANDRE SOCHANDAMANDOU RUIZ para desempeñar sus servicios de administración, manejo de personal, provisión de licores y *bebidas gaseosas* y consignaciones bancarias, en el establecimiento de comercio “TICO-TICO”, el cual fue cerrado por la alcaldía de Bogotá en 2 ocasiones, por lo que posteriormente fue reemplazado por el “CINE CLUB AMERICANO” en la misma dirección. Laboró bajo *continuada subordinación y dependencia* y recibió como contraprestación un SMLMV. Para la época, “*era menor de edad (contaba con 20 años de edad)*”. Dada la “*explotación laboral*” por exceso en las funciones y horario de 4:30 p.m. a 3:00 a.m., que nunca le fue reconocido, renunció verbalmente. No fue vinculado ni se pagaron aportes al ISS durante la vinculación, ni prestaciones sociales, vacaciones u otras acreencias laborales, pese a sus reiteradas solicitudes al efecto. Por lo anterior, requirió al empleador en 2013, fecha en que éste *le abonó \$400.000* (ver demanda en archivo 01 folios 2 a 9).

Ante la falta de concurrencia del convocado a su notificación, mediante auto del 27 de febrero de 2019 se dispuso su emplazamiento y el nombramiento de curador *ad litem* (archivo 01 folios 41 y 42), quien contestó la demanda. Manifestó estarse a lo probado en el trámite del proceso, por desconocer la veracidad de los hechos planteados en la demanda. Propuso como excepciones de fondo: *prescripción de la acción* y *genérica o innominada* (ver contestación en archivo 01 folios 51 a 54 y 56 a 64).

Mediante auto dictado en audiencia del 2 de septiembre de 2021, se tuvo como indicio grave en contra del demandante su no comparecencia a la diligencia de conciliación (Audiencia virtual del 2 de septiembre de 2021 - archivo 08 Min. 10:55).

Terminó la primera instancia con sentencia del 10 de marzo de 2022, en la cual el Juez Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ al demandado de todas las pretensiones incoadas. Para tomar la decisión no encontró cumplida por la parte demandante la carga de probar la prestación del servicio de la cual se pudiera presumir la existencia del contrato de trabajo. En su criterio la confesión ficta no era pertinente pues el demandado no se notificó personalmente sino a través de curador *ad litem*, y la *prueba extraprocesal* allegada, surtida ante una juez civil, no se puede validar en el trámite laboral.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a LOUIS ALEXANDRE SOCHANDAMANDOU RUIZ de las pretensiones incoadas en su contra por GUSTAVO NÚÑEZ SERRATO, acorde a las consideraciones expuestas en parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: Sin COSTAS para la parte demandante. TERCERO: Al haber sido la decisión desfavorable al demandante, deberá surtirse oficiosamente el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el inmediato superior, acorde al artículo 69 del CPTSS”* (Audiencia virtual del 10 de marzo de 2022 archivo 14 Min. 40:00).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado del demandante afirma que se debió tener como válida la confesión ficta hecha ante la Juez 55 Civil Municipal de Bogotá, por tratarse de otra autoridad judicial, y si bien se indicó que dicha prueba no se aportó en debida forma, quedó claro que fueron múltiples los intentos de notificación del demandado, pese a lo cual no compareció al proceso, situación que se debe valorar como indicio grave en su contra y, en consecuencia se debe tener como *“la aceptación y allanamiento a (sic) las pretensiones”*. Se debió aplicar la presunción del artículo 24 del CST, a fin de reconocer los

extremos laborales y con ello la obligación de pagar las semanas no cotizadas a pensiones entre 1978 y 1979 (Audiencia virtual del 10 de marzo de 2022 – archivo 14 Min. 00:43)¹.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Previo a resolver, se advierte que el demandante, en su propio nombre, presentó mediante correo electrónico, solicitud de nulidad. La Sala no se pronunciará al respecto, como quiera que de conformidad con lo dispuesto en

¹ “Muchas gracias, Señoría, muy amable. Efectivamente se presenta el recurso de apelación en los siguientes términos: Esta declaración de los del recurso de apelación va a dirigido a los honorables magistrados de la Sala Laboral superior. No le asiste razón a la primera instancia en cuanto no se demostraron los... en los extremos... os extremos laborales en el sentido, señor magistrado ponente, toda vez que está probado... la demanda que mi mandante trabajó desde el 15 de marzo... permítame... desde el 15 de marzo 1978 hasta el 10 de octubre del 1979. Respecto a lo referido en virtud de la confesión ficta, considera este apoderado que no le asiste razón a la primera instancia en el sentido de que es una confesión hecha en el Juzgado 55 Civil de la ciudad de Bogotá y con... como lo ha dicho la jurisprudencia, toda confesión que se haga ante una autoridad judicial se considera bajo la gravedad de juramento y se tendrá como prueba. Si bien es cierto la primera instancia aduce que no fue aportada en debida forma, está probado nutridamente en el proceso, que fueron bastantes los intentos de notificación tanto han apoderado directamente en sus canales virtuales como a través de su apoderado, admite, y causa extrañeza, señor magistrado, que ni el apoderado ni el demandado asistieron a las audiencias, a pesar de que el abogado presentó contestación de la demanda, situación que provoca que se considere un indicio grave y con tal el indicio grave deriva en la aceptación y allanamiento de las pretensiones de la demanda. También no le asisten razón a la primera instancia en el sentido de que se debió no aplicar la presunción señalada en el artículo 24 del CST porque precisamente la demanda de objeto que ocupa el despacho es para verificar que, efectivamente, el empleador no cotizó los 2 años al sistema de seguridad social. Se entiende y se cae de su propio peso, señor magistrado ponente, que en lo que se busca acá en realidad no es el reconocimiento de unas prestaciones que le hubiera correspondido en un proceso monitorio a mi mandante, sino que el perjuicio directo de no haber incorporado las semanas de cotización en la presunción que debió haber reconocido el señor juez de primera instancia para efectos de que una vez se haya señalado entre los extremos procesales, el contrato... el contrato laboral... este indica automáticamente que se debió entre prestado en cotizado las semanas necesarias en el... en su momento, en el año 1978 y 1979. Así, señoría del... de segunda instancia, solicitó revocar la decisión de primera instancia y me reservo el derecho de ampliar en segunda instancia este recurso apelación. Así concluyó mi recurso de apelación, muchas gracias, señor juez”.

el artículo 33 del CPTSS, la intervención en procesos como el presente se debe hacer por intermedio de un abogado inscrito, esto es, a través del apoderado debidamente reconocido.

La controversia que puede estudiar el Tribunal, en consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), se centra en definir si se acreditó o no la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y LOUIS ALEXANDRE SOCHANDAMANDOU RUIZ.

Para resolverla son pertinentes los artículos 22 y 23 del CST, que definen al contrato de trabajo como “*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*”, disponen, como elementos esenciales de este contrato a la actividad personal del trabajador (realizada por sí mismo), la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y el salario como contraprestación directa del servicio.

Una vez reunidos estos tres elementos -dice el artículo 23- *se entiende* que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

De las normas referidas y del artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden una *presunción legal*, por virtud de la cual toda relación en la que se involucre la prestación de un *servicio personal* está regida por contrato de trabajo, es decir, se presume ejecutada bajo *subordinación*.

Ello trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia del contrato de trabajo pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alega hechos presumidos por el legislador. Sin embargo, para que la presunción legal de subordinación opere se requiere la prueba del hecho que la genera: la prestación de un *servicio personal* de quien alega la existencia del contrato de trabajo, en favor de la persona a quien llama al proceso como su empleador.

Con estas reglas procesales y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia, pues el demandante no cumplió con la carga de demostrar de manera *fehaciente* la prestación de un servicio personal en favor de LOUIS ALEXANDRE SOCHANDAMANDOU RUIZ.

Sobre esta materia, tal como acertadamente lo resaltó el Juez de primera instancia, únicamente se allegaron como pruebas las copias parciales del trámite de prueba extraprocesal de interrogatorio de parte del aquí convocado, consistentes en un listado de preguntas presentadas en *sobre cerrado* ante la Juez 55 Civil Municipal de Bogotá, el acta y el cuadro de control de asistencia de audiencia de fecha 30 de noviembre de 2017, y la certificación de copias auténticas emitidas por ese despacho, en la que no se indica número de folios ni demás piezas procesales que las componen (archivo 01 folios 10 a 14), ni la grabación de la referida diligencia de calificación de preguntas (archivo 02).

Tales documentos resultan insuficientes para el efecto procesal pretendido (confesión ficta), pues de su contenido no es dable deducir que se hubiera dado cumplimiento a los requerimientos legales. Brilla por su ausencia, la constancia de notificación *personal* al demandante² necesaria para que se

² CGP: “Artículo 183. Pruebas extraprocesales

Podrán practicarse pruebas extraprocesales con observancia de las reglas sobre citación y práctica establecidas en este código.

podría hacer valer la prueba en el trámite laboral, según los lineamientos dispuestos en los artículos 29 y 41 del CPTSS³; ni siquiera se advierte de las piezas procesales arrimadas, que se hubiera nombrado un curador *ad litem* ante la no comparecencia del requerido, lo que implicaría una vulneración al debido proceso del extremo demandado⁴. Se debe recordar que para que la confesión extrajudicial tenga validez, debe estar *debidamente probada*⁵, lo

Cuando se soliciten con citación de la contraparte, la notificación de esta deberá hacerse personalmente, de acuerdo con los artículos 291 y 292, con no menos de cinco (5) días de antelación a la fecha de la respectiva diligencia”.

³ CPTSS: “ARTÍCULO 29. NOMBRAMIENTO DEL CURADOR AD LITEM Y EMPLAZAMIENTO DEL DEMANDADO. Cuando el demandante manifieste bajo juramento, que se considera prestado con la presentación de la demanda, que ignora el domicilio del demandado, el juez procederá a nombrarle un curador para la litis con quien se continuará el proceso y ordenará su emplazamiento por edicto, con la advertencia de habersele designado el curador.

El emplazamiento se efectuará en la forma prevista en el inciso segundo del artículo 318 del Código del Procedimiento Civil y no se dictará sentencia mientras no se haya cumplido.

Cuando el demandado no es hallado o se impide la notificación, también se aplicará lo dispuesto en los incisos anteriores, previo cumplimiento de lo establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil. En el aviso se informará al demandado que debe concurrir al juzgado dentro de los diez (10) días siguientes al de su fijación para notificarle el auto admisorio de la demanda y que si no comparece se le designará un curador para la litis.

(...).

ARTICULO 41. FORMA DE LAS NOTIFICACIONES. Las notificaciones se harán en la siguiente forma:

A. Personalmente.

1. Al demandado, la del auto admisorio de la demanda y, en general, la que tenga por objeto hacerle saber la primera providencia que se dicte”.

⁴ CGP: “Artículo 174. Prueba trasladada y prueba extraprocesal

Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. En caso contrario, deberá surtirse la contradicción en el proceso al que están destinadas. La misma regla se aplicará a las pruebas extraprocesales.

La valoración de las pruebas trasladadas o extraprocesales y la definición de sus consecuencias jurídicas corresponderán al juez ante quien se aduzcan”.

⁵ CGP: “La confesión requiere:

1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.

cual sólo ocurre ante el cumplimiento de los requisitos legales necesarios para su obtención, los que como se vio, no se cumplieron.

Ninguna prueba adicional obra en el expediente sobre prestación de un servicio personal, ni siquiera existen indicios que den cuenta de la existencia de la pretendida relación. Pese a haberse solicitado la declaración de 2 testigos (ver demanda archivo 01 folios 2 a 9), ninguno de ellos se hizo presente en ninguna de las 2 oportunidades que otorgó el juzgador de primera instancia para el efecto.

No se puede entender como prueba válida en la materia el interrogatorio de parte practicado oficiosamente al demandante por ser la parte que se beneficia de su propia declaración.

Así las cosas, no era dable por vía de la confesión ficta o *presunta* que no ocurrió, dar paso a una segunda *presunción*, la de existencia del contrato de trabajo. En el mismo sentido, concuerda nuevamente la Sala con el Juez de primera instancia, en que no es dable aplicar dicha consecuencia procesal - confesión ficta o presunta-, así como tampoco el indicio grave en contra del demandado -que se aclara el recurrente es diferente a la confesión-, pues en el presente asunto no fue posible notificar personalmente al demandado.

2. *Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.*

3. *Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.*

4. *Que sea expresa, consciente y libre.*

5. *Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento.*

6. *Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada.*

La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas”.

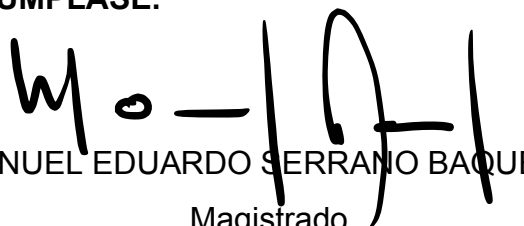
Por último, se recuerda al recurrente que, para absolver dudas probatorias en materia laboral, se debe acudir a las cargas del proceso, reguladas en el artículo 167 del CGP⁶, norma que impone a quien alega un hecho del que se derivan consecuencias jurídicas, la carga de probar su existencia⁷.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

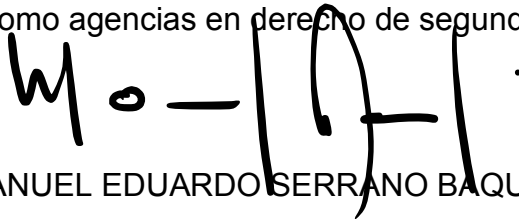

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

⁶ CGP: “Artículo 167. Carga de la prueba

Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

⁷ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL1084-2020 Rad. 68086.

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de CINCUENTA MIL PESOS MCTE (\$50.000), como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE DORA ALICIA RODRÍGUEZ CONTRA GASEOSAS COLOMBIANAS S.A.S. – GASCOL S.A.S. Y SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A., trámite al que se vinculó como litisconsorte necesario a la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. (antes LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A.)

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispuso el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia dictada el 7 de marzo de 2022 por el Juez Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo entre las partes del 6 de abril de 2015 al 1 de agosto de 2018 el cual terminó por decisión unilateral y sin justa causa por parte del empleador, de declararon probadas las excepciones de pago y buena fe, y se ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, con las cuales procuraba el reintegro por estabilidad laboral reforzada en razón de salud de la demandante, el pago de salarios y acreencias dejadas de percibir por el reintegro y la sanción del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Téngase al doctor MANUEL ALEJANDRO PLAZAS RODRÍGUEZ, identificado con T.P. 226.708, como apoderado de la sociedad demandada GASEOSAS COLOMBIANAS S.A.S. - GASCOL S.A.S., en los términos y para los fines del poder conferido (ver archivo 009 del expediente digital, trámite de segunda instancia).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, DORA ALICIA RODRÍGUEZ presentó demanda, que fue objeto de reforma, contra la sociedad GASEOSAS COLOMBIANAS S.A.S. – GASCOL S.A.S. y SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A., para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo con GASCOL S.A.S. entre el 5 de junio de 2001 y el 1 de agosto de 2018 y la ineficacia de la terminación del vínculo. En consecuencia, pide que se condene a GASEOSAS COLOMBIANAS S.A.S. a reintegrarla al cargo y al pago de los salarios y prestaciones sociales causados desde su desvinculación y hasta que se haga efectiva la reincorporación, así como *la indemnización por despido sin autorización de la autoridad del trabajo*. Pidió se condene solidariamente a las demandadas a pagar las *prestaciones e indemnizaciones por las enfermedades profesionales epicondilitis y tendinitis* y que se ordene la indexación de las sumas que sean reconocidas. Adicionalmente, solicitó se ordene a SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A. realizar las valoraciones para determinar la existencia y origen de las enfermedades *epicondilitis y tendinitis*, y se califique su pérdida de capacidad laboral. En subsidio, pretende se declare que el contrato que laató con GASCOL S.A.S. fue a término indefinido y, en consecuencia, se efectúe la liquidación final y el cálculo de la indemnización por despido injustificado, en consideración a dicha modalidad contractual.

Como fundamento de sus pretensiones, afirma que desde el 5 de junio de 2001 prestó sus servicios para GASEOSAS COLOMBIANAS GASCOL S.A.S. en las dependencias de esa empresa ubicadas en el centro, desempeñando inicialmente el cargo de auxiliar de cartera y luego jefe de cartera; que el 1 de agosto de 2018 su empleador terminó sin justa causa el contrato de trabajo con el correspondiente pago de una indemnización. Asegura que el 15 de octubre de 2015 se determinó que padecía de *síndrome del túnel carpiano*, el cual tenía origen laboral, razón por la cual el 15 de noviembre de ese mismo año inició un tratamiento de rehabilitación con la IPS SURA. Indica que el 23 de abril de 2018 se determinó una pérdida de capacidad laboral del 15,16% y, con posterioridad a su despido, continuó el tratamiento, de hecho, en octubre de ese año se realizó una intervención quirúrgica por cuenta de la ARL SURAMERICANA. Refiere que su última consulta fue el 21 de mayo de 2019 siendo diagnosticada con *epicondilitis y tendinitis* en COMPENSAR E.P.S, patologías que se originaron en la actividad que realizaba para su empleador. Asevera que la ARL SURA se fusionó con SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA. Refiere que la empresa demandada no tomó ninguna medida para protegerla en su puesto de trabajo y, por el contrario, 3 meses después de su calificación fue despedida sin justa causa. Afirma que su discapacidad, la cual es superable, fue el motivo de la terminación del contrato, y pese a ello no se pidió autorización del Ministerio del Trabajo. Sostiene que *está en capacidad de realizar el trabajo que realizaba antes del despido* (ver demanda y su reforma archivo 01 y archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por las demandadas a través de apoderado judicial.

GASEOSAS COLOMBIANAS S.A.S – GASCOL S.A.S. aceptó los hechos relativos a la existencia del contrato, precisando que el mismo se suscribió el 6 de abril de 2015 con la empresa PRODEVENTAS DE LA SABANA S.A. quien fue sustituida patronalmente por GASCOL el 29 de febrero de 2016. También admitió la terminación unilateral y sin justa causa del vínculo, el último salario devengado por la trabajadora, el pago de la indemnización por despido, y la calificación del *síndrome del túnel carpiano* como de origen profesional. Los demás los negó o dijo no constarle. Se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que para la terminación del contrato la sociedad observó los parámetros establecidos en la ley. Indica que la actora no es beneficiaria de la protección que reclama, porque para la finalización del vínculo no estaba incapacitada ni padecía una afectación grave de su salud; por el contrario, desempeñaba con *total normalidad* las funciones inherentes al cargo, por ello no tenía obligación de solicitar autorización para el despido, ni es viable el reintegro pretendido. En su defensa propuso las excepciones de prescripción, pago, compensación y buena fe (ver contestación archivos 04 y 010 del expediente digital, trámite de primera instancia).

SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A., se resistió al éxito de las aspiraciones incocadas en su contra, toda vez que *no existen presupuestos fácticos, técnico-científicos y jurídicos* para que se acceda a las mismas, por cuanto ha dado cumplimiento a las obligaciones a su cargo conforme el sistema de riesgos laborales, y las enfermedades *epicondilitis y tendinitis* no han sido calificadas como de origen profesional por ninguna entidad de sistema. Precisa que, hasta la fecha, esa aseguradora no ha sido informada o notificada de enfermedad sufrida por la actora que se repute de origen laboral, diferente al *síndrome del túnel carpiano*. Asegura que aún después de

terminada la afiliación con GASCOL, continuó asistiendo a la demandante en todas las prestaciones asistenciales y económicas a que tiene derecho del sistema de riesgos laborales. Indica que como no existe calificación de origen de las supuestas enfermedades *epicondilitis y tendinitis*, estas se entienden como de origen común y, en esa medida, las prestaciones que se deriven deben ser cubiertas por la EPS y la AFP, recordando que existen normas específicas en la materia que determinan cómo se debe hacer la valoración, no siendo el escenario judicial la forma de proceder con ello. Aceptó que el *síndrome de túnel carpiano* fue calificado como de origen laboral, y que calificó la pérdida de capacidad laboral de la demandante en un 15,16%, reconociendo a su favor la suma de \$33.108.898 como indemnización por incapacidad permanente parcial (IPP). Manifiesta que, de acuerdo a la pérdida capacidad laboral que le fue calificada a la señora DORA ALICIA RODRÍGUEZ por la enfermedad SÍNDROME DE TUNEL CARPIANO, ella puede trabajar. Como excepción previa propuso la falta de integración del contradictorio con LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A., y de mérito propuso las que denominó *inexistencia de enfermedades de origen profesional diferente a síndrome de túnel carpiano, falta de agotamiento de trámite administrativo frente a patologías epicondilitis y tendinitis, improcedencia de exigencia de reconocimiento de prestaciones por seguros de vida SURAMERICANA, cumplimiento de seguros de vida suramericana de todas sus obligaciones, falta de legitimidad por pasiva de seguros de vida suramericana*, y las de cobro de lo debido, enriquecimiento sin causa, ausencia de prueba, prescripción, buena fe y *cualquier otra que resulte probada* (ver contestación archivos 06 y 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por auto del 29 de enero de 2021 el juez de primera instancia dispuso la integración de litis consorcio con la sociedad LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A. (ver archivo 12, ibidem).

Enterada de la demanda y corrido el traslado legal la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. (antes LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A.) contestó la demanda por intermedio de apoderado judicial, oponiéndose únicamente a las pretensiones de la demanda que puedan implicar cualquier condena en su contra, como quiera que conforme el artículo 1 de la Ley 772 de 2002, las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de enfermedades laborales deben ser asumidas por la última administradora de riesgos laborales a la que estuvo afiliada la demandante, es decir, SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A.- Formuló como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, *obligación a cargo de SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A.* y prescripción (ver contestación y su subsanación archivos 015 y 018 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En audiencia celebrada el 27 de enero de 2022, el *a quo* impartió aprobación a la conciliación a la que llegó la demandada SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A. con la parte actora y, en consecuencia declaró terminado el proceso respecto de esa aseguradora y de la vinculada COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. (ver archivo 024 del expediente digital, récord 09:38).

Terminó la primera instancia con sentencia del 7 de febrero de 2022, a través de la cual el Juez Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 6 de abril del

2015 hasta el 1 de agosto de 2018 y probadas las excepciones de pago y buena fe, y ABSOLVIÓ de las demás pretensiones. Para tomar su decisión, consideró que las pruebas incorporadas al proceso no son suficientes para considerar que la demandante se encontraba en un estado de debilidad manifiesta al terminar el vínculo laboral, pues no demostró una situación que le implicara o dificultara en grado sustancial el desempeño de las funciones que cumplía. Además, aunque tenía dictaminada una pérdida de capacidad laboral superior al 15%, ni existe certeza de que la misma hubiera sido conocida por su empleador, aunado a que se comprobó que la razón subyacente al despido fue la reestructuración del área de cartera y la supresión del cargo que desempeñaba la actora.

La parte resolutive de esta providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO DECLARAR PROBADAS las excepciones de pago y buena fe formuladas por la demanda conforme a las consideraciones expuestas. SEGUNDO: DECLARAR que entre la demandante DORA ALICIA RODRIGUEZ y la demanda GASEOSAS COLOMBIANAS S.A.S existió un contrato de trabajo a término fijo entre el 06 de abril del 2015 y el 01 de agosto del 2018 el cual terminó por decisión unilateral y sin justa causa por parte del empleador. TERCERO: ABSOLVER a la demandada GASEOSAS COLOMBIANAS S.A.S de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante DORA ALICIA RODRÍGUEZ. CUARTO: CONDENAR en COSTAS a la demandante a favor de la demanda. Tásense por secretaría y como agencias en derecho se fija la suma de \$200.000. QUINTO: En caso de no ser apelada la presente decisión y al ser totalmente desfavorable a la demandante remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta”* (Audiencia virtual, archivo 27 del expediente digital, trámite de primera instancia, min. 2:28:23).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de apelación, el apoderado de la parte actora afirma que lo importante no era que la empresa conociera la pérdida de capacidad laboral, sino la enfermedad que padecía, de la cual tenía noticia desde junio de 2016, y a pesar de ello no se consultó el estado de salud con la ARL o la EPS. Asegura que no es posible alegar una justificación que no se puso de presente al momento de la terminación del contrato¹ (Audiencia virtual, archivo 27 del expediente digital, trámite de primera instancia, min. 2:29:43).

¹ “Fundamento mi apelación en lo siguiente: en el fallo del despacho se remite a que de todas maneras no tenía conocimiento de la calificación la entidad demandada la empresa GASCOL, lo que exige la norma para la estabilidad de reforzada no es que tenga conocimiento de una calificación sino de una enfermedad y esa enfermedad era conocida desde el 10 de junio del 2016. Adicionalmente el fallo se fundamenta en una notificación de esa calificación alegando un hecho de un tercero o sea desfavorable, entonces no tiene sentido que de todas maneras la ARL SURA que comunicó en su momento desde el 10 de junio del 2016 un estado de enfermedad a la empresa demandada posteriormente haya notificado la supuesta calificación a una empresa que fue la que sustituyó el contrato o sea a PROVENTAS DE LA SABANA sí, en ese sentido están tomando en forma desventajosa una posición que de todas maneras es de un tercero que no se sabe por qué motivo la empresa la ARL SURA notificó de esa forma si de todas maneras sabía que el empleador era GASCOL sí, y por lo demás el conocimiento de la enfermedad lo tenían ellos desde 2016, aunado a que ellos alegan que si tenía un estado de enfermedad y que en ningún momento o sea no habían valorado quizás no sabían de la calificación o se niegan a aceptar el conocimiento de la calificación, pero de todas maneras si conocían el estado de enfermedad, lo que vale es conocer el estado de enfermedad sin importar la calificación y así lo ha determinado la Corte Constitucional en que, en sus fallos. Lo otro que se debe destacar es esto, de todas maneras la norma misma establece que en ninguna manera una persona puede salirle al paso a una justificación que no se dio al momento de terminar el contrato, si no se dio al momento de terminar el contrato mal puede después pretender darle una justificación e insistir en que se dé o darle motivos a una terminación posteriormente y darle alcance a una situación anterior, en ese en ese caso se está utilizando para desvirtuar una presunción se está actuando contrariando la misma norma. Yo insisto en todas y cada una de las pretensiones y cuestiono realmente que de todas maneras se dé este fallo teniendo en cuenta que reúne todos los requisitos que le da, la empresa se hizo renuente a reconocer o sea por ejemplo a consultar el estado de enfermedad a la ARL y a la EPS aun sabiendo que ellos estaban comprometidos en un tratamiento de la enfermedad y aun así la despidió sin la autorización del Ministerio del trabajo y aun así éste pretende hacer que no desconocía cuando ellos lo único que veían era que como la persona era esforzada en algo en algún sentido, quizás lo codificaban como una enfermedad leve, sin

SOLICITUD DE PRUEBAS

Al recorrer el traslado para alegar de conclusión en esta instancia, la parte actora solicitó que se ordene a SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A., bajo las precisiones de los artículos 265 a 268 del C.G.P., aportar su historia clínica así como los documentos que contengan información relacionada con los tratamientos que recibió por su patología, los cuales, a pesar de haber sido pedidos con la demanda y su reforma no fueron decretados ni practicados por la conciliación que se adelantó con esa demandada y su consecuente desvinculación del proceso (archivo 006 del expediente digital, trámite de segunda instancia).

AUTO

Conforme al artículo 83 del CPTSS, en segunda instancia sólo se pueden practicar las pruebas *decretadas en primera instancia* que no se pudieron practicar “*sin culpa de la parte interesada*”². Atendiendo ello, el Tribunal niega la solicitud de pruebas elevada por la parte actora, como quiera que los medios

embargo basta entender que el 15% es un porcentaje suficiente para una incapacidad para una pérdida de la capacidad moderada y es válida para que, para conocer que sea considerado dentro de la estabilidad laboral reforzada. En esos términos insisto en que se consideren las pretensiones de la demanda ante el superior y insistiría en que se revoque la sentencia. Muchas gracias”.

² CPTSS: “Artículo 83. Casos en que el tribunal puede ordenar y practicar pruebas

Las partes no podrán solicitar del Tribunal la práctica de pruebas no pedidas ni decretadas en primera instancia.

Cuando en la primera instancia y sin culpa de la parte interesada se hubieren dejado de practicar pruebas que fueron decretadas, podrá el tribunal, a petición de parte, ordenar su práctica y la de las demás pruebas que considere necesarias para resolver la apelación o la consulta”.

probatorios pedidos no fueron decretados por el juez de primer grado pese a haber sido solicitados en la demanda, decisión contra la cual no se presentó inconformidad alguna por la interesada.

Pasa la Sala ahora la Sala a estudiar la sentencia de primera instancia.

SENTENCIA

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia en esta instancia los siguientes hechos que resultan relevantes para desatar la controversia: (i) que entre la demandante y PRODEVENTAS DE LA SABANA S.A. existió un contrato de trabajo que fue objeto de sustitución patronal a GASEOSAS COLOMBIANAS – GASCOL S.A.S. el 29 de febrero de 2016; (ii) que la relación laboral se ejecutó entre el 6 de abril de 2015 y el 1 de agosto de 2018, y (iii) que el vínculo terminó por despido sin justa causa por parte del empleador, conclusiones a la que arribó el juez de primera instancia, respecto de las cuales no se presentó inconformidad alguna por la apelante, y que encuentran soporte en las documentales que reposan en el expediente (ver folios 9 a 12, 15 y 17 del archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Tampoco se discute que mediante dictamen No. 1410800952-40634 del 23 de abril de 2018, la ARL SURA calificó a la demandante con una pérdida de capacidad laboral del 15,16% estructurada el 6 de marzo de 2018 (folios 11 a 16, archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir si la demandante tiene derecho a la estabilidad reforzada que regula la Ley 361 de 1997, y si procede el reintegro, con el consecuente pago de los salarios dejados de percibir, seguridad social, y la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Para resolver lo que corresponde, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prohíbe la terminación del contrato del trabajo cuando tenga origen en una limitación en la capacidad del trabajador, salvo que medie autorización de la oficina del Trabajo.

La norma sanciona la inobservancia de esta última formalidad con el pago a título de indemnización de 180 días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a las que hubiere lugar. Sin embargo, al estudiar su contenido, la Corte Constitucional definió con efectos de cosa juzgada, que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se ajusta al ordenamiento jurídico siempre y cuando se entienda que el despido del trabajador o la terminación del contrato de trabajo por una limitación física o psíquica y sin autorización de la oficina de Trabajo carece de efecto jurídico y, en consecuencia, también da lugar al reintegro del trabajador. A juicio de esa Corporación, la simple indemnización pecuniaria que tasó la referida Ley no garantiza la estabilidad laboral que el ordenamiento jurídico otorga a los trabajadores que padecen limitaciones en su capacidad para laborar³.

A su vez, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la función que le asigna la Constitución Política para unificar la

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-531 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

jurisprudencia nacional que aplica las normas legales a casos concretos, ha dispuesto reiteradamente que las “*personas limitadas*” a quienes se destinaron las garantías contenidas en la Ley 361 de 1997 son aquellas que acrediten haber sufrido una reducción cierta en su capacidad laboral, superior al 15%, o aquellas que acrediten encontrarse en un estado de debilidad manifiesta. Dispuso así la Corte unos parámetros objetivos que permiten a los jueces dilucidar en casos concretos cuáles personas son objeto de la protección especial de la Ley, asumiendo que no toda afectación en la salud del trabajador, ni toda limitación de su capacidad de trabajo, generan una dificultad cierta para la reinserción en el sistema competitivo laboral que es el objeto protegido por la Ley 361 de 1997.

Este criterio fue ratificado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL572-2021 M.P. LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ, a cuyo contenido nos remitimos.

Otorgar estabilidad reforzada a trabajadores que sufren limitaciones mínimas en la capacidad laboral, o a personas cuyo contrato termina por causas diferentes a esa incapacidad, traería un efecto contrario al pretendido por la Ley y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues las cargas adicionales que deban afrontar los empleadores que vinculen personas con discapacidad implicaría para estas personas, en la práctica, menores posibilidades de acceso a los empleos disponibles en el mercado. Eso, ciertamente, no fue lo que quiso el legislador al expedir la Ley 361 de 1997.

Así las cosas, para otorgar la protección que asigna la referida Ley a un caso concreto, el juez debe tener certeza sobre una pérdida de capacidad laboral o sobre una situación de debilidad manifiesta en el trabajador, para el momento

del despido, y debe tener certeza de que la terminación del contrato de trabajo tuvo origen en dicha incapacidad o debilidad.

Este último requisito se presume ocurrido cuando se demuestra que el empleador conocía la pérdida de capacidad en el porcentaje que dispuso la Corte, o sabía que el trabajador se encontraba en una situación de debilidad manifiesta. Tal presunción se puede desvirtuar por el empleador si aporta prueba que demuestre la existencia de otras causas eficientes de terminación del contrato de trabajo⁴.

Con estas reglas normativas y de interpretación, y revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones, pues si bien existe certeza judicial de una reducción en la capacidad laboral de la demandante en el porcentaje definido por la Sala Laboral de la Corte (superior al 15%), no operó la presunción de despido discriminatorio pues la demandada logró acreditar que no conocía de dicha pérdida de capacidad laboral. Pero de todas formas y aún si hubiera obrado la presunción, lo cierto es que la demandada probó que la situación de salud no implicaba una limitación o restricción para el cumplimiento de las funciones encargadas a la trabajadora en condiciones regulares y por ello la situación de salud de la demandante no fue la *causa eficiente* de la finalización de su relación laboral.

⁴ La presunción de despido discriminatorio a la que se refiere la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como todas las presunciones contempladas en el ordenamiento jurídico, exige de la parte que pretende beneficiarse de ella la prueba de los hechos que la generan, para el caso: la prueba de que existía una limitación cierta en la capacidad de trabajo y que ella era conocida por el empleador

Al respecto, y tal como se concluyó de manera precedente, es claro que la demandante se encuentra calificada con una pérdida de capacidad laboral del 15,16% -limitación moderada- por parte de la Aseguradora de Riesgos Laborales SURA S.A., limitación que se estructuró el 6 de marzo de 2018 (folios 35 a 40, archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia). Sin embargo, GASEOSAS COLOMBIANAS desde la contestación de la demanda negó haber conocido esa calificación, y no hay constancia alguna dentro del expediente que dé cuenta de que el empleador estuviera enterado de la misma.

Para ello no resulta útil el oficio con el que SURA notificó el dictamen de PCL a la demandante (folios 32 y 33 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia) donde se dejó consignado que se remitiría copia del dictamen a PRODEVENTAS DE LA SABANA, porque no hay certeza de que en efecto se hubiera efectuado dicho envío y, en todo caso, para el año 2018 -fecha del dictamen- ya había ocurrido la sustitución patronal de esa sociedad con GASCOL, por lo que era a esta última a quien se debía haber comunicado el contenido del dictamen.

De todas formas y según quedó probado, la pérdida de capacidad laboral de la demandante no representó restricción alguna para desempeñar la labor que cumplía la demandante como Jefe de Cartera -para la que fue contratada-, tal como lo reconoció la propia accionante en la demanda y lo confesó en el interrogatorio de parte que absolvió⁵, en el que claramente indicó que *“ese estado de salud no incidió en el desarrollo de sus funciones como jefe de cartera, de hecho nunca tuvo incapacidades o ausentismos”*. Así, aunque para

⁵ Audiencia del 7 de marzo de 2022, récord 29:03.

la demandada fuera claro el padecimiento de un *síndrome del túnel carpiano*, calificado como de origen laboral desde el 2016 (folios 14 a 17 del archivo 01 del expediente digital trámite de primera instancia), y contar con algunas recomendaciones emitidas por parte de la ARL en las que se daban pautas generales para una mejor realización de la tarea como la implementación de rutinas y pausas activas, la verificación de los ángulos de confort, el apoyo cómodo de los brazos y manos sobre el escritorio y la rotación de tareas (folio 18, archivo 04 ibidem.), resulta claro que dicha situación no constituyó un obstáculo para realizar sus funciones, tal como lo advirtió el testigo CARLOS ANDRÉS MARTÍNEZ RODRÍGUEZ⁶.

No resulta pertinente para acreditar una relación de causalidad entre el padecimiento y el despido, el reporte de *tratamiento de rehabilitación – SÍNDROME DEL TÚNEL CARPIANO* emitido por SURA (folios 18 a 31 del archivo 01, trámite de primera instancia), pues lo que se observa de dicha prueba es que las terapias con fisioterapia finalizaron el 8 de febrero de 2017, fecha muy anterior a la terminación del contrato; tampoco la historia clínica de la atención recibida el 21 de mayo de 2019, en la que se reporta un nuevo diagnóstico de *epicondilitis lateral*, pues se trata de una situación originada después de terminado el vínculo laboral (folios 34 a 36 ibidem.).

De la documental traída al proceso, la declaración rendida por el testigo CARLOS ANDRÉS MARTÍNEZ RODRÍGUEZ⁷, y lo confesado por la demandante en el interrogatorio, se deduce que, pese a que la terminación de su contrato fue sin justa causa, no tuvo como *causa directa o eficiente* su

⁶ Audiencia virtual del 7 de marzo de 2022, récord 1:03:18.

⁷ Ibidem.

situación de salud, sino la reestructuración del área en la que la actora se desempeñaba y que conllevó a la supresión del cargo de Jefe de Cartera que ocupaba.

Sobre esta materia, el Jefe de Gestión humana de Gaseosas Colombianas S.A.S. certificó, el 14 de diciembre de 2020, que el cargo de Jefe de Cartera desempeñado por la demandante fue *suprimido en la empresa a partir del 3 de septiembre de 2018, por reestructuración del área de cartera* (folio 10, archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia), situación que ratificó en la audiencia al indicar que todos los cargos del proceso de cartera fueron sometidos a un proceso de reestructuración y, actualmente, se trabaja bajo la figura del Coordinador Regional quien ya no es responsable de una planta de trabajo -como lo era la demandante- sino de un grupo de centros, y que además se definieron otros indicadores que apalancaban el proceso de cobro de cartera. También precisó que se intentó un acercamiento con la demandante para reconocer sus años de servicio en la compañía, pero esta no aceptó ninguna oferta. Sobre esto último se refirió la demandante en su interrogatorio en el que indicó que, como lo dijo el representante legal⁸, le advirtieron que su cargo sería suprimido y que por esa razón se realizaron varias propuestas y acercamientos que ella rechazó pues no quería retirarse de la empresa dadas sus condiciones familiares y personales.

En conclusión, se probó que la terminación del contrato de trabajo tuvo origen en la supresión del cargo por reestructuración del área en el que la actora laboraba, y no en su situación de salud.

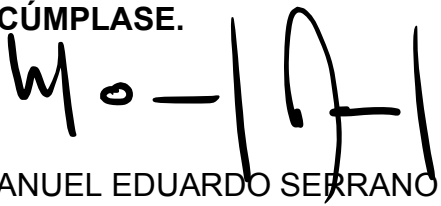
⁸ Audiencia virtual del 7 de marzo de 2022, récord 06:15.

Por lo expuesto, el 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

- 1. **CONFIRMAR** la sentencia apelada.
- 2. **COSTAS** en la apelación a cargo del demandante.

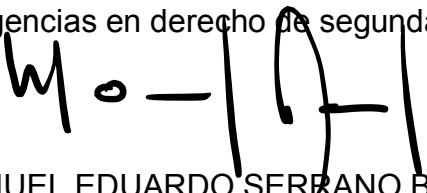
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de CIEN MIL PESOS (\$100.000), como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE DIMAS FERNANDO BELTRÁN MORELA
CONTRA SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. - SOMOS K S.A.**

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

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, como lo estableció el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada por la Juez Treinta y Una (31) Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de enero de 2022. En ella se DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, se CONDENÓ al pago de salarios y costas, y se ABSOLVIÓ de las demás pretensiones incoadas.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, DIMAS FERNANDO BELTRÁN MORELA presentó demanda contra SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. - SOMOS K S.A. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo que fue suspendido a partir del 27 de abril de 2020 de manera *ilegal* y por causas imputables al empleador, *sin que haya sido levantada la suspensión a la fecha de presentación de la demanda*. Pide el pago de los salarios, cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios y vacaciones que se habrían generado durante dicho periodo, así como la sanción moratoria que regula el artículo 65 del CST. Como fundamento de lo pedido, afirma que firmó contrato de trabajo a término indefinido con la demandada a partir del 13 de marzo de 2004, para el cargo

de *operador de autobús articulado*, con una asignación salarial, al momento de la suspensión del contrato, de \$1.876.000. Le fue diagnosticada *discopatía con cambios degenerativos* y fue reubicado con base en una recomendación médica. El 27 de abril de 2020, el gerente general de la demandada le comunicó la suspensión del contrato de trabajo. Indica que la causa de tal decisión fue su negativa a la revisión del contrato con reducción de su jornada de trabajo y su salario a raíz de la pandemia de covid19, y por la terminación de la operación del contrato de concesión que dicha sociedad tenía con el sistema de transporte *Transmilenio*, lo que ocurrió el 29 de febrero. Afirmo que además de su condición médica, hace parte de la junta directiva del *sindicato*, y ello ha desencadenado una *arremetida* en su contra. Refiere que la suspensión del contrato persiste pese a que *iría hasta la fecha en que el gobierno levantara las medidas de confinamiento*, lo que ya ocurrió, y a las solicitudes que ha efectuado a través del sindicato por considerar superados los 120 días permitidos en el artículo 51 del CST (ver demanda en archivo 001 folios 4 a 11 y archivo 008 folios 3 a 13).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. - SOMOS K S.A. la contestó mediante apoderado, quien se opuso a la mayoría de las pretensiones. Afirmo que el demandante fue vinculado mediante contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, el cual se modificó a término indefinido por suscripción de otrosí el 6 de septiembre de 2011. Durante su vinculación el demandante presentó afecciones físicas de salud que dieron lugar a recomendaciones médicas a las cuales ha dado estricto cumplimiento con la asignación de funciones en *apoyo de las actividades de gestión humana*. Resaltó que la sociedad se constituyó con el único objeto de prestar el servicio de transporte a favor de Transmilenio S.A. mediante concesión No. 017 del 2003, la que terminó el 29 de febrero de 2020, y con ello cesó el objeto social de la empresa, que no tiene buses autorizados desde el 1º de marzo siguiente y se encuentra inactiva y en etapa de liquidación, al punto que tenía 401 trabajadores y con corte de 1º de mayo de 2020 se redujo su planta a 31 trabajadores. Con todo lo anterior, durante la pandemia la empresa procuró garantizar y proteger los derechos de los

trabajadores “*teniendo en cuenta los 4 pilares que planteó la OIT*” y las recomendaciones dadas por el Ministerio del Trabajo, primero otorgando vacaciones causadas y anticipadas, luego invitó a los trabajadores a la revisión del contrato con la reducción de la jornada y el salario, a lo que el demandante se negó sin presentar contrapropuesta, y finalmente definió la suspensión del contrato por motivos de fuerza mayor amparada en los diferentes decretos que impidieron la libre circulación y la realización de las actividades ligadas al desarrollo del contrato de trabajo, restricciones que se extendieron hasta el 1º de junio de 2021 con el decreto 206 del 26 de febrero del mismo año. Por ello, en virtud del Decreto Distrital No. 199 del 4 de junio de 2021 y una vez implementados los protocolos de bioseguridad, procedió a notificar al demandante de la finalización de la suspensión de su contrato el 12 de julio de 2021. Agrega que el Decreto 738 de 2021 proferido por el Ministerio de Salud y Protección Social prorrogó la emergencia sanitaria hasta el 31 de agosto de dicha anualidad, con lo cual se restringió la libre circulación de personas y se pararon todas las actividades empresariales no esenciales. Propuso como excepciones de fondo: *cobro de lo no debido por inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio, inexistencia, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, compensación, pago, falta de título y causa y genérica* (ver contestación en archivo 011 folios 2 a 17).

Terminó la primera instancia con sentencia del 11 de enero de 2022, en la cual la Juez Treinta y Una (31) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, CONDENÓ al pago de salarios y costas, y ABSOLVIÓ de las demás pretensiones incoadas. Para tomar su decisión, consideró que, si bien la suspensión del contrato de trabajo se dio durante la vigencia de las restricciones de circulación decretadas por el Gobierno Nacional en virtud de la pandemia, el origen de la suspensión fue la terminación de la concesión que la demandada tenía con Transmilenio S.A. y no la situación de fuerza mayor aducida. En todo caso, únicamente procedía la condena por los salarios adeudados como quiera que las demás prestaciones y vacaciones ya le habían sido reconocidas al demandante, según lo reconoció él mismo en el interrogatorio de parte.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre DIMAS BELTRÁN MORELA, en calidad de trabajador, y SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. SOMOS K S.A., en calidad de empleador, contrato que comenzó a regir el día 13 de marzo del año 2004 y a la fecha se encuentra vigente. CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar al demandante la suma de \$27.521.865 correspondientes a los salarios por el período comprendido entre el 27 de abril del año 2020 al día 13 de julio del año 2021. CONDENAR a la demandada al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio SMLMV. Debe aclararse que la parte demandada se autoriza (sic) a descontar de los \$27.521.865 por concepto de salario, el valor de los aportes al sistema de seguridad social integral en la parte correspondiente al trabajador. ABSOLVER de las demás pretensiones incoadas por el demandante a la parte demandada”* (Audiencia virtual del 11 de enero de 2022 – archivo 020 Min. 23:31).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la demandada pide que se revoquen las condenas impuestas. Aduce que sí se acreditaron los presupuestos fácticos y jurídicos que dieron lugar a la suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor, en virtud de la ocurrencia de circunstancias *irresistibles* e *imprevisibles* a raíz de la *pandemia* por el *Covid-19*, especialmente con decretos de orden nacional, distrital y local, que limitaron la circulación de personas en el territorio nacional. Resaltó que en el expediente quedó comprobado que la concesión No. 017 de 2003 con Transmilenio S. A. culminó el 29 de febrero de 2020, no obstante, el demandante fue citado el 4 de marzo siguiente para continuar sus actividades laborales en la sede de la empresa ubicada en el barrio Toberín de Bogotá, al punto que sólo a partir del 27 de abril siguiente se dispuso la suspensión del contrato y sólo ante la imposibilidad de llevar a cabo las actividades laborales correspondientes, una vez agotados los mecanismos alternos con base en los *4 pilares* dispuestos por la OIT como la concesión de

vacaciones causadas y anticipadas y la propuesta de revisión del contrato para disminuir tiempo de trabajo y salario, la cual fue rechazada por el actor. Señaló que las labores del demandante implicaban la organización de miles de documentos de tipo confidencial por lo que no era posible adelantarlas por fuera de la sede de la empresa (Audiencia virtual del 11 de enero de 2022 - archivo 020 Min. 25:06)¹.

¹ “Encontrándome dentro de la oportunidad procesal, me permito interponer recurso apelación contra la decisión que acabó de preferir el despacho, bajo las siguientes argumentaciones: la sentencia recurrida al pronunciarse de fondo Sobre el asunto que nos atañe accede a algunas pretensiones de la demanda al considerar que la suspensión del contrato de trabajo pues no fue legal, por cuanto dice la operadora judicial de primera instancia que nada tuvo que ver la pandemia; entonces en el caso que nos ocupa la señora juez no realizó una valoración acuciosa de todos los elementos materiales probatorios que obran en el plenario porque dejó de tener por probado una serie de hechos obrando pruebas suficientes para su acreditación. Entonces respecto a la configuración de la fuerza mayor voy a indicar lo siguiente: en este proceso se debatió en las audiencias pues el tema de la legalidad de la suspensión del contrato de trabajo, y sobre ello SOMOS K S.A. buscó en todo momento la protección y el bienestar del demandante. Si bien es cierto la compañía y Transmilenio..., el contrato que estaba... que estaba suscrito entre la compañía y Transmilenio finalizó el 29 febrero 2020, esto es, el contrato de concesión 017 de 2003, éste finalizó el 29 febrero 2020 y debido a ello también cesó el objeto social de mi representada, también es cierto que al demandante se le notificó en fecha 4 de marzo 2020, de lo cual obra prueba documental en el expediente y que igualmente fue confesado en interrogatorio, que se le notificó que debía asistir a la nueva sede de la empresa ubicada en el barrio Toberín, debido a lo que ya manifesté que finalizó el contrato de concesión, tocó entregar el patio operación, entonces se le notificó al colaborador la nueva sede para que desde allí siguiera prestando el servicio. Más adelante voy a indicar cuáles eran las actividades que están presupuestadas desde antes del inicio de la pandemia. Entonces da la casualidad que el día 29 de febre... 29 de febrero 2020 finalizó el contrato de concesión y a los pocos días pues empezó todo el tema de la pandemia por el Covid-19 y la emisión de una serie de decretos proferidos por el gobierno nacional, distrital y local, entonces ante ese panorama adverso al que ya hice mención, la finalización del contrato de concesión el 29 febrero 2020 aunado al tema de la pandemia por el Covid-19 y los diversos decretos que se profirieron, mi representa procuró garantizar y proteger los derechos laborales del señor aquí demandante, teniendo en cuenta los cuatro pilares que planteó la OIT, la Organización Internacional del Trabajo, pues para hacer frente a estas consecuencias por el Covid-19. Entonces mi representada agotó una serie de medidas antes de la suspensión del contrato de trabajo. Medida número uno: tal cómo se indicó en el fallo de primera instancia pues se otorgaron una serie de vacaciones causadas y anticipadas. medida número dos: se invitó al... al colaborador a revisar la... a revisar el contrato de trabajo. Esto con qué fin, esto con esto con el fin de acordar la aplicación de una jornada parcial equivalente al 40% de la jornada ordinaria con una asignación salarial correspondiente a 1 SMLMV, propuesta ante la cual el demandante manifestó su negativa, y a qué voy a hacer mención sobre estas medidas, que la suspensión del contrato de trabajo no fue arbitraria, no fue inmotivada, no fue caprichosa. La empresa que represento en todo momento procuró garantizar los derechos laborales del trabajador, tan es así que lo invito a revisar el contrato de trabajo y así hacerse merecedor de 1 SMLMV si se acordaba, si se revisaba en buenos términos el contrato de trabajo; entonces una vez agotadas estas dos medidas mi representada suspendió el contrato de trabajo por motivo de fuerza mayor, y entonces aquí es donde voy hacer alusión a este tema. Entonces respecto a esta configuración de esta causal, una vez agotada las medidas número 1 y número 2 implementadas por mí representada desde el 20 de marzo hasta el 26 de abril de 2020 y no encontrando otra posibilidad de aplicar más medidas, el 27 de abril de 2020 se comunicó la decisión tanto al demandante como el Ministerio de Trabajo de suspender temporalmente el contrato de trabajo del colaborador por motivo de fuerza mayor, esto según el artículo 51 numeral 1° del código sustantivo del trabajo. Entonces se cumplió con el aviso, el requisito de aviso inmediato al Ministerio de Trabajo, obra la prueba documental en expediente. Entonces en virtud de lo dispuesto en

el artículo 51 numeral 1 es válido suspender los contratos de trabajo que temporalmente se impida la ejecución. De vieja data la Sala de Casación Laboral ha indicado que pues para que un hecho pueda calificarse como constitutivo de fuerza mayor debe ser irresistible e imprevisible, esto en diversas sentencias voy a mencionar la sentencia del 13 de junio de 1991 con radicado 3965 ponente del Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, entonces para que un hecho sea generador de fuerza mayor debe ser irresistible e imprevisible, en el caso concreto en el caso de análisis existen una serie de hechos irresistibles e imprevisibles generadores de fuerza mayor, estas son las decisiones proferidas por el gobierno nacional y distrital. Entonces voy a hacer mención a algunos decretos: mediante los decretos 457 del 22 de marzo 2020, 531 del 8 abril de 2020, 593 del 24 de abril de 2020, el 636 del 6 de mayo 2020, el decreto 749 del 28 de mayo 2020, el decreto 143 del 15 de junio 2020, decreto 1076 del 28 de Julio 2020, el decreto 1168 del 25 de agosto 2020, el decreto 1297 del 21 de Septiembre 2020, el decreto 1408 del 30 de octubre 2020, el decreto 1550 de 28 de noviembre 2020, el decreto 039 del 14 enero 2021 y finalmente el decreto 206 del 26 de febrero del 2021 que extendió la emergencia sanitaria hasta el primero de junio 2021 y los decretos 061, 084, 190 y 191 de la Alcaldía Mayor de Bogotá, el Gobierno Nacional y Distrital adoptaron las medidas pertinentes con el fin de mitigar la propagación del virus Covid-19 catalogado como pandemia por la Organización Mundial de la Salud. De igual forma la Resolución 738 de 2021 del Ministerio de Salud y Protección Social decidió prorrogar hasta el 31 de agosto 2021 la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional, declarado resolución 385 de 1020 y prorrogada a su vez por las resoluciones 844, 1462 y 2230 de 2020 y 222 de 2021; entonces ¿qué implican todas estas de estas decisiones proferidas por los... los entes competentes? Primero restringir la libre circulación de las personas y segundo parar todas aquellas actividades empresariales no consideradas como esenciales; en el caso bajo análisis el contrato de concesión 017 de 2003 finalizó el 29 de febrero 2020, y solo hasta el 27 de abril de 2020 se suspendió el contrato de trabajo, es decir que alguien... es un espacio bastante amplio donde el trabajador prestó sus funciones o actividades o labores al servicio de la empresa, entonces en nada tuvo que ver la finalización del contrato de concesión con lo anotado en la sentencia, entonces pues mi representada si bien no tenía buses que puedan ser válidamente operados pues sí existían una labores administrativas como se indicó en los interrogatorios de parte de rendidos y en la en la prueba testimonial de la señora Tatiana Rodríguez, entonces no entiende este profesional del derecho cuál fue la tarifa legal que aplicó la operadora judicial de primera instancia respecto a estas declaraciones, entonces existían una labores administrativas que requerían el apoyo del demandante, entonces si bien y no iba conducir buses porque se había entregado los buses, se había entregado el patio, sí existían unas actividades asignadas y programadas para el demandante como los demás colaboradores y que se encuentran aún vigentes con la compañía, cuáles son esas actividades asignadas o que se tenían programadas, fue un tema netamente documental, organización de documentos los cuales son demasiados, son cientos de miles como lo son las listas de chequeo, o actividades de los conductores etcétera; está documentación era diaria y pues de una gran cantidad de buses durante un período y colaboradores durante un período de 17 años, de manera que es notorio el extenso papeleo y trazabilidad que se necesita. Entonces estos documentos a los que hago mención son netamente confidenciales, entonces la única forma que tenía la empresa para poder asegurar esa confidencialidad es que se organizara esa información dentro de la compañía y no por fuera, actividad que se encontraba asignada y programada desde antes del inicio de la pandemia, pues cómo se dijo en la sentencia, como quedó acreditado, la finalización del contrato de concesión acaeció el 29 de febrero de 2020. Entonces la señora juez, en este plan de trabajo este plan de trabajo se encontraba agendado antes del inicio de la pandemia, no obstante debido a los a los decretos que hice mención en líneas arriba emitidos por el gobierno nacional y distrital se impidió la libre circulación de las personas y no se pudo realizar esas actividades por la restricción, de igual manera es preciso indicar y tal y como se manifestó en el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la compañía y la testigo Tatiana Rodríguez se encontraban programadas unas capacitaciones las cuales De igual forma no se pudieron llevar a cabo debido a estas decisiones proferidas por el gobierno nacional y distrital, entonces que el gobierno nacional y distrital hayan proferido y emitido diversos decretos a lo largo del año 2020 y 2021, mediante los cuales se ordenó restringir la libre circulación de las personas en el territorio nacional que necesariamente implican alguna ejecución de actividades laborales es un hecho Irresistible, qué fue invencible para el demandante y para la compañía y sobre el cual no fue posible evitar su acontecimiento ni superar sus efectos, pues son normas de obligatorio cumplimiento que deben ser acatadas en su integridad y de igual forma fue un hecho totalmente imprevisible para el demandante y para la compañía, pues no era posible prever la emisión de estos

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará la Sala, por no haber sido controvertidos a lo largo del proceso, o estar contenidos en la sentencia y no haber sido apelados: (i) que entre las partes se ejecuta contrato de trabajo de término indefinido desde el 13 de marzo de 2004; (ii) que el 29 de febrero de 2020 terminó el contrato de concesión No. 017 de 2003, mediante el cual la demanda prestaba los servicios de operación de vehículos de transporte masivo para Transmilenio S.A.; (iii) que la sociedad demandada otorgó al actor en forma anticipada las vacaciones causadas, a partir del 20 de marzo de 2020 derecho que disfrutó hasta el 26 de abril siguiente; (iv) que para dicha fecha el salario devengado ascendía a \$1.876.000; y (v) que el 27 de abril de 2020 la empresa le comunicó al trabajador la decisión de suspender el contrato de trabajo por *fuerza mayor* o *caso fortuito*, a partir del 27 de abril siguiente, y el contrato reanudó su ejecución el 13 de julio de 2021 (archivo 001 folios 12 a 18, 20 a 22, y archivo 011 folios 56 a 135 y 166 a 265).

La controversia que debe estudiar el Tribunal, por consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), se centra en definir: si hay lugar o no al pago de los salarios dejados de percibir entre el 27 de abril de 2020 y el 13 de julio de 2021.

Para resolverla, los artículos 51, 52 y 53 del CST regulan la suspensión del contrato de trabajo y disponen sus efectos.

decretos que primero, ya como hice mención, restringen la libre circulación de las personas y segundo impidieron la movilización física del colaborador a su lugar de trabajo y la consecuente ejecución de sus actividades laborales, entonces pues era una circunstancia imposible de prever. En definitiva, sí existieron los presupuestos fácticos y jurídicos que permitieran de forma legal suspender el contrato de trabajo, contrario a lo manifestado por la señora juez de primera instancia. No queda más que solicitar, de la manera más respetuosa a los honorables magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá revoquen los numerales 2 y 3 de la sentencia y en su lugar se absuelva a mi representada de las condenas a las que fue impuesta en su contra como quiera que la suspensión del contrato de trabajo del actor acaeció por una causa legal esto es la fuerza mayor”.

Según el artículo 53, durante el lapso de suspensión se interrumpe la ejecución de las principales obligaciones que el contrato genera, así: para el trabajador la obligación de prestar el servicio, y para el empleador la obligación de pagar el salario y algunas de las prestaciones sociales que la ley contempla en su favor², y tal situación pueden ocurrir cuando se presenta una de las causas que regula el artículo 51, entre ellas (numeral 1º) una situación de *fuerza mayor* o un *caso fortuito* que impidan la ejecución del contrato.

A su vez el artículo 64 código Civil define al caso fortuito como la circunstancia *sobreviniente, imprevisible, irresistible y ajena a la intención o la culpa del deudor*, que hace imposible el cumplimiento de las obligaciones a cargo.

Sobre la materia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que *“el concepto de caso fortuito o fuerza mayor a que se refiere el Código Sustantivo del Trabajo en los artículos 51-1 y 466, no es original o especial sino el mismo que contempla la Ley 95 de 1890, art. 1º(...) Consiguientemente, en materia laboral son aplicables los requisitos que en la jurisprudencia y doctrina generales se han exigido para la figura, como que sólo puede calificarse de caso fortuito o fuerza mayor el hecho que concurrentemente contemple los caracteres de imprevisible e irresistible e igualmente, que un acontecimiento determinado no puede catalogarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodearon el hecho. Igualmente se ha explicado que entre los elementos constitutivos de la fuerza mayor como hecho eximente de responsabilidad contractual y extracontractual figura la inimputabilidad, esto es que el hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito, no se derive en modo alguno*

² CST: “Artículo 53. Efectos de la suspensión

Durante el período de las suspensiones contempladas en el artículo 51 se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido, y para el {empleador} la de pagar los salarios de esos lapsos, pero durante la suspensión corren a cargo del {empleador}, además de las obligaciones ya surgidas con anterioridad, las que le correspondan por muerte o por enfermedad de los trabajadores. Estos períodos de suspensión pueden descontarse por el {empleador} al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones.”.

de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante del hecho. Es decir que la existencia o no del hecho alegado como fuerza mayor, depende necesariamente de la circunstancia de si el deudor empleó o no la diligencia y cuidado debidos para prever ese hecho o para evitarlo, si fuere previsto y es menester, entonces, que en él no se encuentre relación alguna de causa a efecto con la conducta culpable del deudor”³.

Con este fundamento normativo y una vez revisado el expediente, el Tribunal modificará la decisión de primera instancia que condenó a la sociedad demandada a pagar al demandante salarios sin prestación del servicio, pues ocurrió un caso fortuito o fuerza mayor por la emergencia sanitaria causada por la pandemia de COVID19, situación imprevisible, irresistible y que no es atribuible al empleador, de la cual se derivó la suspensión de la obligación de prestar el servicio (para el trabajador) y la suspensión de la obligación de pagar el salario (para el empleador). Sin embargo, en el caso específico del demandante, tal situación se extendió hasta el 1º de septiembre de 2020.

Sobre la ocurrencia de la circunstancia descrita y las medidas preventivas de aislamiento asumidas por el gobierno nacional con motivo de la pandemia de COVID-19, la Corte Constitucional, entre otras en las sentencias T-279 y T-430 de 2021⁴, advirtió que su ocurrencia constituye un hecho notorio. El *coronavirus SARS-CoV-2* fue identificado por parte de la Organización Mundial de la Salud – OMS el 7 de enero de 2020, organización que solicitó a los países adoptar medidas para detener su transmisión y propagación el 9 de marzo siguiente, y declaró la enfermedad *COVID-19* como pandemia el 11 de marzo de dicha anualidad.

³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia Rad. 16595 del 28 de noviembre de 2001, citada, entre otras, en las Sentencias Rad. 17570 del 29 de mayo de 2002, Rad. 44201 del 3 de diciembre de 2014 M.P. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ, y SL3238-2020 Rad. 38639 del 26 de agosto de 2020 M.P. LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ.

⁴ En ellas, entre otras, la Corte Constitucional hace un recuento de las medidas asumidas por el Gobierno Nacional para afrontar la *crisis sanitaria* ocasionada por el *SARS-CoV-2*.

En concordancia con lo anterior, el Ministerio de Salud y Protección Social dio a conocer el primer caso del brote de la enfermedad en el país el 6 de marzo de 2020, a raíz de lo cual emitió la Resolución 385 de 2020 que declaró la *emergencia sanitaria* y adoptó medidas para prevenir y controlar su propagación. El 17 de marzo de 2020 el Gobierno Nacional decretó el *estado de emergencia económica, social y ecológica* y dispuso ejercer las facultades contenidas en el artículo 215 de la Constitución⁵. Conforme a ello, el 22 de marzo de 2020 emitió el Decreto 457 mediante el cual determinó el *aislamiento preventivo obligatorio* de todos los habitantes del territorio nacional a partir del 25 de marzo de 2020. La medida inicialmente se prolongaría hasta el 13 de abril de 2020, pero se extendió sin solución de continuidad hasta el 1º de septiembre de 2020⁶.

⁵ Constitución Política: “Artículo 215. Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario. Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente. El Gobierno, en el decreto que declare el Estado de Emergencia, señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término. El Congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas. El Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno. En relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo. El Congreso, si no fuere convocado, se reunirá por derecho propio, en las condiciones y para los efectos previstos en este artículo. El Presidente de la República y los ministros serán responsables cuando declaren el Estado de Emergencia sin haberse presentado alguna de las circunstancias previstas en el inciso primero, y lo serán también por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al Gobierno durante la emergencia. El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo.

PARÁGRAFO. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumple con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.”.

⁶ Ver Decretos 531, 593, 636, 689, 749, 847, 878 y 1076 de 2020.

Si bien desde el Decreto 457 de 2020 se contemplaron actividades *exceptuadas* de la medida de aislamiento obligatorio, ninguna de ellas resultaba aplicable a la demandada pues agotado su objeto social, el cual era la prestación del servicio de transporte masivo de pasajeros para Transmilenio S.A. según contrato de concesión No. 017 de 2003 (ver certificado de existencia y representación legal y acta de restitución y reversión de los bienes que forman parte de la Concesión No. 17 de 2003 – archivo 011 folios 20 a 34 y 61 a 110), únicamente podía desarrollar labores asociadas a la liquidación del contrato de concesión, o *labores de oficina no esenciales*⁷ que bien se podía ejecutar en las modalidades de trabajo desde el domicilio a partir del 1º de septiembre de 2020⁸, fecha en que terminaron las medidas de aislamiento obligatorio, como se indicó previamente.

Téngase en cuenta que para “*proteger el empleo y la actividad productiva*”, el Ministerio del Trabajo expidió la Circular 021 del 17 de marzo de 2020, en la cual se incluyeron lineamientos para la implementación del *trabajo en casa*⁹, el *teletrabajo*¹⁰, la *jornada laboral flexible*¹¹, las *vacaciones anuales anticipadas y colectivas*¹², y los *permios remunerados*¹³ o el *pago de salario sin prestación del servicio*¹⁴, y que mediante la Circular 033 del 17 de abril de 2020, se dispusieron como mecanismos adicionales la *licencia remunerada*

⁷ En los términos del Decreto Distrital 193 de 2020.

⁸ Decretos 457, 531, 593, 749 y 1076 de 2020.

⁹ Ley 1221 de 2008 artículo 6 numeral 4: “Una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará teletrabajador por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio y en lugar distinto de los locales de trabajo del empleador, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual”.

¹⁰ *Ibidem* artículo 2: “una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación – TIC para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo”.

¹¹ En concordancia con lo dispuesto en el artículo 161 del CST.

¹² En concordancia con lo dispuesto en el artículo 186 del CST.

¹³ En concordancia con lo dispuesto en el artículo 57 del CST.

¹⁴ En concordancia con lo dispuesto en el artículo 140 del CST.

compensable, la modificación de la jornada y concertación del salario, la modificación y suspensión de beneficios extralegales y la concertación de beneficios convencionales. Para los demás casos, el Gobierno Nacional implementó medidas para proteger a la población en situación de desempleo o que hubieran visto disminuidos sus ingresos por el confinamiento¹⁵.

Con la culminación del aislamiento estricto en los términos antes señalados, a partir del 1º de septiembre de 2020 el gobierno nacional implementó una fase de *aislamiento selectivo y distanciamiento individual responsable*, que facultaba a los gobiernos municipales para restringir ciertas actividades con la *realización de un aislamiento selectivo y focalizado*, teniendo en cuenta los informes que se generaran en materia de afectación por el Covid-19, pero disponiendo como regla general la apertura de las actividades comerciales y laborales siempre que se cumplieran los *protocolos de bioseguridad* que fueron determinados por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Así mismo, se priorizó el *teletrabajo* y el *trabajo en casa* para “*empleados o contratistas cuya presencia no sea indispensable en la sede de trabajo*”¹⁶. El *aislamiento selectivo* se previó inicialmente como una medida vigente hasta el 1º de octubre de 2020, pero se prorrogó, con ciertas variaciones, hasta el 31 de marzo de 2022¹⁷.

En concordancia con lo anterior a partir del 1º de septiembre de 2020 y dada la regla general de apertura de las actividades comerciales y laborales siempre que se cumplieran los *protocolos de bioseguridad* determinados por el Ministerio de Salud y Protección Social, estaba a cargo del empleador, en el caso bajo estudio, la reanudación de las labores que desempeñaba el demandante.

¹⁵ Ver Decretos 488, 518, 558 y 770 de 2020.

¹⁶ Ver Decreto 1168 de 2020.

¹⁷ Ver Decretos 1168, 1297, 1408 y 1550 de 2020 y 039, 206, 580 y 1614 de 2021.

En Bogotá, atendiendo al nivel de afectación por el Covid-19 a nivel distrital, la Alcaldía Mayor de Bogotá dispuso el funcionamiento alternado de, entre otros, las *actividades de oficina no esenciales* sin restricción horaria durante los días *lunes, martes, viernes y sábados*¹⁸, para más adelante permitir la realización de todas las actividades económicas *“sin restricción alguna de días u horarios”*¹⁹, siempre que se diera cumplimiento a los protocolos de bioseguridad dispuestos para el efecto y con la instrucción a las entidades públicas y privadas de que *“sus empleados o contratistas cuya presencia no sea indispensable en la sede de trabajo, desarrollen de manera preferencial las funciones y obligaciones bajo las modalidades de teletrabajo, trabajo en casa u otras similares”*²⁰. Si bien a partir del 5 de abril de 2021 se generaron *“medidas adicionales en el marco del aislamiento selectivo”* y restricción de circulación en ciertos horarios, ellas no implicaron una restricción para la realización de labores productivas, aun cuando se insistió en priorizar el teletrabajo y el trabajo en casa²¹, las cuales se extendieron hasta el 8 de junio de 2021, fecha a partir de la cual se adoptaron *“medidas para la reactivación económica segura de los sectores económicos de la ciudad”* que nuevamente y con contadas excepciones, permitieron la libre circulación sin limitación horaria de todos los ciudadanos, no sin reiterar que se debía priorizar del trabajo a distancia y las medidas de bioseguridad²². A partir del 1º de mayo de 2022 se eliminó el uso obligatorio del tapabocas²³, con la exigencia de aplicar medidas de bioseguridad en los lugares de trabajo y el aislamiento *preventivo* con la posibilidad de *teletrabajo o trabajo en casa* para quienes presenten *sospecha de contagio por COVID-19*²⁴.

¹⁸ Ver Decretos Distritales 193, 195 y 202 de 2020.

¹⁹ Con excepción de las relativas a: *comercio al por menor y prestación de servicios no esenciales, sector de manufactura de bienes no esenciales, sector de construcción en zonas residenciales y no residenciales* y los *establecimientos educativos*, los cuales sí tenían restricción horaria.

²⁰ Ver Decretos Distritales 207, 262, 276 y 276 de 2020.

²¹ Ver Decretos Distritales 135, 144, 148, 157, 172, 180, 186 y 190 de 2021.

²² Ver Decretos Distritales 199, 277, 376, 442 y 490 de 2021 y 076 de 2022.

²³ Con excepción de los servicios de salud, hogares geriátricos y transporte de personas.

²⁴ Ver Decreto Distrital 173 de 2022.

Se advierte pues, como lo resaltó la Juez de primera instancia, que previo al inicio de la pandemia y a la implementación de las medidas gubernamentales para paliarla, la sociedad demandada había culminado su objeto social desde el 29 de febrero de 2020 (archivo 011 folios 20 a 34 y 61 a 110). No obstante, aun cuando dicha situación pudo contribuir a la posterior imposibilidad de mantener las condiciones del trabajador, y contrario a lo manifestado en la providencia recurrida, ese no fue el origen de la suspensión del contrato de trabajo. Como lo confesó el actor en interrogatorio de parte (artículo 191 del CGP), tras la finalización de la concesión con Transmilenio S.A. la empresa lo citó para dar *continuidad* a sus labores el 4 de marzo de 2020 en la nueva sede administrativa ubicada en el barrio Toberín de esta ciudad (Audiencia virtual del 17 de noviembre de 2021 – archivo 017 Min. 05:54) pues tenía *previsto* asignarle funciones de organización de documentos, según lo dijo el representante legal de la sociedad (Audiencia virtual del 17 de noviembre de 2021 – archivo 017 Min. 17:20) y la testigo JANETH TATIANA RODRÍGUEZ LÓPEZ, quien aclaró que dicha asignación de funciones no se llevó a cabo pues “*acto seguido*” iniciaron las medidas de aislamiento (Audiencia virtual del 17 de noviembre de 2021 – archivo 017 Min. 31:50).

Esto último, la falta de prestación del servicio durante las 2 semanas previas al inicio de la *crisis sanitaria*, en modo alguno se puede entender como parte del periodo de *suspensión* y así lo entendió la demandada al mantener vigente sus obligaciones al punto que al trabajador le fueron reconocidos y pagados los salarios y prestaciones causadas durante dicho interregno, como lo confesó en su interrogatorio (Audiencia virtual del 17 de noviembre de 2021 – archivo 017 Min. 05:54), lapso durante el cual, ante la terminación de la referida concesión, la sociedad debía reorganizarse para atender asuntos relativos a la liquidación de dicho contrato e, incluso, atender la terminación de más de 300 contratos de trabajo -pasó de tener 401 trabajadores a 31-, según certificación del 26 de julio de 2021 (archivo 011 folios 266 y 267).

Así las cosas y pese a tener prevista la asignación de labores de oficina al trabajador éstas no se pudieron llevar a cabo en razón del inicio de la *crisis sanitaria*, y por ello, y en cumplimiento de los lineamientos del Ministerio de Trabajo para la protección del empleo la empresa concedió al demandante vacaciones causadas y anticipadas a partir del 20 de marzo de 2020 hasta el 26 de abril de la misma anualidad (archivo 011 folios 115 a 119). Culminadas éstas y siguiendo los lineamientos gubernamentales, ante la imposibilidad de ejecutar el contrato de trabajo (pues las únicas labores que podía asignar al actor eran relativas a la organización y clasificación de documentos que por su naturaleza *confidencial* no era dable trabajar de manera remota *-teletrabajo o trabajo desde casa-*)²⁵ se le ofreció la posibilidad de revisar el contrato para establecer una jornada inferior a la acordada con la consecuente disminución de su salario, hasta el mínimo legal (archivo 011 folios 120 a 122), oferta que fue rechazada por el trabajador (*ibídem* folios 123 y 124).

Ante este panorama, la decisión del empleador de suspender el contrato de trabajo del demandante a partir del 27 de abril de 2020 (*ibídem* folios 125 a 128) con la correspondiente comunicación al Ministerio del Trabajo (*ibídem* folios 129 a 132), tuvo plena justificación en la vigencia de las medidas de *aislamiento obligatorio* antes reseñadas, por la imposibilidad de aplicar alguna medida adicional que permitiera proteger el empleo y por la negativa del trabajador a acordar la revisión de su contrato.

Nótese que, aun cuando la terminación del contrato de concesión de la demandada con Transmilenio S.A. perturbó el curso normal de las relaciones laborales del empleador, entre el 29 de febrero de 2020 y la fecha de suspensión de contrato de trabajo el 27 de abril de 2020 transcurrieron casi 2 meses en los cuales la demandada tomó todas las medidas posibles para preservar el empleo del actor.

²⁵ Según lo informó la testigo ya mencionada en concordancia con lo manifestado por el representante legal de la demandada (Audiencia virtual del 17 de noviembre de 2021 – archivo 017 Min. 31:50 y 17:20, respectivamente).

No obstante, y si bien se encuentra justificada la suspensión del contrato de trabajo en virtud de las limitaciones de movilidad y las medidas de aislamiento obligatorio decretadas en el curso de la *crisis sanitaria*, ellas perdieron vigencia a partir del 1º de septiembre de 2020, fecha en la que se flexibilizaron las restricciones y se permitió la realización presencial de *labores de oficina no esenciales*, como las que bien podría haber ejecutado el demandante. Conforme las disposiciones de la administración distrital antes detalladas, sus labores se podían llevar a cabo los lunes, martes, viernes y sábados, y a partir del 21 de septiembre de 2020, se permitió su realización sin limitación alguna de días u horarios.

De allí, que únicamente se pueda tener como válida la suspensión del contrato de trabajo entre el 27 de abril y el 31 de agosto de 2020. A partir del 1º de septiembre de 2020 el trabajador bien podía prestar servicios presenciales en las oficinas de la sociedad demandada, es decir, cesaba la circunstancia de *fuerza mayor*.

Nótese, como se indicó antes, que si bien las labores de revisión de documentos ubicados en las dependencias de la demandada no se podían ejecutar de manera remota, al terminar las restricciones para el trabajo presencial desde el 1º de septiembre de 2020 sí se podrían realizar, por lo cual era ésta y no otra la fecha en la cual debió ser citado para *continuar* o para dar inicio a las labores que le serían asignadas, a las que más adelante se sumarían el *cumplir horario*, participar en capacitaciones y, especialmente estar atento a recibir cualquier orden que le imparta el empleador según sus necesidades, como lo declaró la testigo JANETH TATIANA RODRÍGUEZ LÓPEZ (Audiencia virtual del 17 de noviembre de 2021 – archivo 017 Min. 31:50).

Al culminar las medidas de aislamiento *selectivo* en el transcurso del presente trámite (el 8 de junio de 2021), que en todo caso permitían la prestación presencial del servicio del actor como se vio, la sociedad tardó más de un mes en disponer el retorno del actor a sus labores (a partir del 13 de julio de 2021)

para, acto seguido, enviarlo nuevamente a disfrutar vacaciones anticipadas, lo que muestra que la prórroga de la suspensión hasta tal fecha correspondía a una falta de organización de la empresa y no, como se pretende, a la *crisis sanitaria*.

En tal sentido, únicamente puede hablarse de una situación imprevisible e irresistible que no es atribuible al empleador, por el periodo comprendido del 27 de abril al 31 de agosto de 2021, durante el cual la Sala considera que la suspensión del contrato de trabajo estuvo ajustada a lo dispuesto en el artículo 51 numeral 1º del CST y no hay lugar a condena alguna al pago de salarios sin prestación del servicio (artículo 140 del CST).

Pero a partir del 1º de septiembre de 2020 y hasta el 12 de julio de 2021, fecha anterior a la *reanudación del trabajo* (13 de julio de 2021) la suspensión fue enteramente atribuible al empleador y no correspondía a circunstancias irresistibles que impidieran la ejecución del contrato de trabajo.

En consecuencia, procede la condena respecto de dicho periodo, en los términos del artículo 140 del CST.

Como no existe controversia acerca del último salario devengado por el trabajador previo a la suspensión del contrato de trabajo (\$1.876.000, archivo 011 folios 229 y 230), procede el pago de 10 meses y 12 días de salario, es decir \$19.510.400, suma que resulta inferior a la definida en la sentencia apelada, que será modificada.

Sin COSTAS de en la apelación ante la prosperidad parcial del recurso.

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

RESUELVE

1. **MODIFICAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada a reconocer y pagar al demandante los salarios correspondientes al periodo del 1º de septiembre del año 2020 y 12 de julio del año 2021, en la suma de \$19.510.400.
2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE BERNARDO FLOREZ RIVERA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A y COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 15 de marzo de 2022 por el Juez Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, BERNARDO FLÓREZ RIVERA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS

PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad e ineficacia* de su vinculación al régimen de ahorro individual, por carecer de validez y por existir un vicio del consentimiento -error de hecho-, debido a que las AFP demandadas no lo asesoraron para escoger su mejor opción y obtener una pensión conforme a su historia laboral. En consecuencia, pide que se declare que está válidamente afiliado al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, se condene a PROTECCIÓN y a PORVENIR a procesar y tramitar su retorno, trasladar los dineros de su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos, descuentos por cuota de administración, por pólizas de seguro y demás dineros descontados de sus aportes, así como a *asumir las consecuencias económicas y legales por falta de información, diligencia y oportunidad en la asesoría en materia de pensiones* y pagar la diferencia que pudiera existir entre los aportes realizados al RAIS y los que debían acreditar en el RPM. Además, que se ordene a COLPENSIONES recibirlo como su afiliado (ver demanda folios 90 a 106, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, las demandadas contestaron a través de apoderado judicial.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que en el expediente obran medios de prueba suficientes que llevan a determinar que el traslado efectuado por el demandante fue libre y voluntario, y que el asesor del fondo privado suministró información clara, precisa y completa respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía trasladarse del RPM al RAIS. Considera además que no se evidencia causal alguna para declarar la anulación de ese acto jurídico y, por ende, se presume válido y realizado con el lleno de los requisitos legales. Indica que el actor tiene más de 55 años y se encuentra inmerso en la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003 para retornar a esa entidad. En su defensa propuso como

excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia del derecho y la obligación, buena fe y la innominada o genérica (ver contestación, archivo 03 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PROTECCIÓN S.A. se resistió también a la prosperidad de las pretensiones que la involucran y, en especial, a que se declare la nulidad del traslado de régimen, ya que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo lo que se corrobora con el formulario de afiliación en el que consta que la decisión fue libre y espontánea, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y respetando el derecho de libre elección de régimen. Advierte que la forma en la que se liquida la pensión de vejez en el RAIS no torna nula la afiliación, pues la fórmula para ello está consagrada en la ley. Indica que esa sociedad nunca faltó a su deber, pues brindó información amplia y una asesoría pertinente, oportuna, objetiva y comprensible, conforme a la normatividad de la época. Formuló como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, *aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones*, innominada o genérica, *inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declararara (sic) la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y traslado de aportes* (ver contestación folios 2 a 34, archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. presentó también oposición a la prosperidad de las declaraciones y condenas que involucran a esa sociedad y, en especial, a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado, en la forma como aparecen formuladas en la demanda, como quiera que el mismo se presentó en virtud del derecho del actor a escoger libremente el

fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección. Afirmo que sus asesores comerciales brindaron al demandante una asesoría integral y completa respecto de las implicaciones de su traslado horizontal, las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias con el régimen de prima media, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad, de retractación y los requisitos para acceder a una pensión de vejez en ambos regímenes, cumpliendo con ello todos los presupuestos de ley, sin que existiera coacción o presión alguna. Advierte que el demandante, dentro del plazo que las disposiciones legales le conceden, no manifestó sus inconformidades ni retornó al régimen de prima media y, en todo caso, no se está vulnerando su derecho pensional. En su defensa propuso como excepciones de fondo: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, *validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A.*, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (ver contestación folios 2 a 22, archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR S.A. se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda por cuanto el traslado del RPM al RAÍS que se efectuó con HORIZONTE (hoy PORVENIR) en el año 1994, fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia del formulario de afiliación No. 154467, el cual, en su sentir, es un documento público que se presume auténtico. Asegura que nunca omitió ningún detalle frente a las ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual, por cuanto se brindó la asesoría pertinente para que la decisión del demandante fuera libre, voluntaria e informada conforme se establece en el artículo 60 de la Ley 100 de 1993. Refiere que, por tratarse de un sistema público y obligatorio, las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones se encuentran definidas y

establecidas en la ley, por ello no les es dable pactar condiciones diferentes. Menciona que no procede la ineficacia a que se refiere el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 porque ella opera frente a actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al sistema, conductas dolosas que no se alegan ni se acreditan en este asunto. Propuso como excepciones las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y génica (ver folios 3 a 55 del archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia de 15 de marzo de 2022, mediante la cual el Juez Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que no se probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades y diferencias entre el RAIS y el RPM para entender que el demandante tomó una decisión libre y voluntaria al momento de su traslado de régimen pensional, sin que para el efecto resulte útil la suscripción del formulario de afiliación ni se advierta confesión alguna al respecto en su interrogatorio de parte. Finalmente, señaló que la acción es imprescriptible dada su estrecha relación con el derecho pensional.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLÁRESE INEFICAZ el traslado de régimen pensional que hizo el demandante señor BERNARDO FLOREZ RIVERA, identificado con cédula de ciudadanía No.19.302.666 de Bogotá, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de los Seguros Sociales al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad administrado por HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A hoy LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A a partir del 1 de noviembre de 1994, conforme a lo expuesto. SEGUNDO: DECLÁRESE válidamente vinculado al demandante señor*

BERNARDO FLOREZ RIVERA al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto. TERCERO: CONDÉNESE a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en su cuenta de ahorro individual o que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a los rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración por el tiempo en que permaneció en dicha administradora esto es, desde el 1 de agosto de 2005 y hasta cuando se haga efectivo el traslado. Los costos cobrados por concepto administración deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora, pero además debidamente indexados. CUARTO: CONDÉNESE a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicho régimen, esto es, del 1 de noviembre de 2001 al 31 de julio de 2005, los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados. QUINTO: CONDÉNESE a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicho régimen, esto es, desde el 1 de noviembre de 1994 a 31 de octubre de 2001, los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora, pero además deben ser devueltos debidamente indexados. SEXTO: ORDÉNESE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, actualice la información en su historia laboral para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida. SEPTIMO: DECLÁRENSE no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto. OCTAVO: Condenar en costas de esta instancia a AFP PORVENIR S.A., a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

CESANTIAS PROTECCION S.A. Por secretaría líquídense e inclúyanse como agencias en derecho la cantidad de TRES MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (MCTE) (\$3.600.000) a cargo de las AFP PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A y la suma de UN MILLON QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$1.500.000) a cargo de la AFP PROTECCION S.A y a favor del demandante. NOVENO: SIN COSTAS ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. DECIMO: CONCÉDASE el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES” (Audiencia virtual, archivo 016 récord 2:00:22).

RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. en la alzada afirma que nunca impidió la afiliación del demandante y, por el contrario, el actor haciendo uso de esa libertad de escogencia decidió afiliarse a ese fondo para que administrara sus aportes pensionales. Advierte que no hay prueba adicional al formulario de afiliación, pues para el año 1994 no existía el deber de dejar consignada información diferente a ese documento, y que cumplió con el deber legal de información lo cual se corrobora no solo con el formulario sino con el hecho de que se le permitiera efectuar descuentos con destino a ese fondo, sin que presentara queja alguna, estima que los actos de relacionamiento dan cuenta de la intención del afiliado de permanecer en el RAIS. Con relación a los gastos de administración asegura que se trata de descuentos que tienen origen legal y proceden igualmente en el régimen de prima media, valores que no están llamados a financiar la pensión de vejez, y por ello sobre esos recursos sí opera la prescripción. Sostiene que disponer su devolución a COLPENSIONES constituye un enriquecimiento sin causa, pues se beneficiaría con una gestión que no realizó, y que la indexación de esos dineros sería una doble condena, pues ya se entregaron los rendimientos financieros. Pide se revise la condena en costas y el valor fijado como agencias

en derecho el cual considera exorbitante atendiendo la carga probatoria que tenía la parte actora y que ha actuado de buena fe (Audiencia virtual, archivo 016, récord 2:04:38).

Por su parte COLFONDOS S.A. pide se revoque la condena a devolver los gastos de administración indexados, por cuanto se trata de deducciones autorizadas por la ley en ambos regímenes pensionales y tienen por objeto compensar la gestión y administración de los recursos de los afiliados por parte del fondo, por lo que devolverlos desconoce su trabajo. Asegura que estos dineros no están destinados a financiar la pensión de vejez pues se trata de recursos ya causados y pagados en vigencia de la afiliación con el fondo, por lo que aquellos que no se hayan cobrado en los 3 años anteriores a su causación se encuentran prescritos. Estima que la indexación es una sanción demasiado alta para el fondo que actuó de buena fe, y que los rendimientos compensan cualquier pérdida del valor adquisitivo que pudieran sufrir esas sumas (Audiencia virtual, archivo 016, récord 2:10:07).

PROTECCIÓN S.A. también solicita que se revoque la orden de devolver los gastos de administración de manera indexada, atendiendo idénticos argumentos a los expuestos por COLFONDOS. Además, estima que tiene derecho a conservar esos recursos, pues su devolución implica un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, y que, si como consecuencia de la ineficacia las cosas vuelven a su estado original, el demandante no tendría derecho a los rendimientos que se trasladaron. Agrega que trasladó a la aseguradora el valor de la prima para cubrir las pensiones de invalidez y sobrevivencia, quien es un tercero de buena fe (Audiencia virtual, archivo 016, récord 2:13:57).

Finalmente COLPENSIONES en el recurso pide que se modifique la sentencia y se condene a PORVENIR a tratar a la afiliada conforme a las reglas del régimen de prima media, si se logra confirmar la omisión en el deber de información, por el daño que se genera a COLPENSIONES por ser la entidad

que, en últimas, debe asumir la obligación pensional, al ser condenado por un hecho que no cometió, decisión que, a su juicio, no es justa. Advierte que hay otras formas de restablecer el derecho del actor, por lo que se podría adoptar una determinación más ajustada o una nueva línea que redirija los procesos de nulidad o ineficacia del traslado, hacia los fondos privados, con lo cual se proteja el fondo común (Audiencia virtual, archivo 016, récord 2:19:07).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial.

Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste*

periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)".

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas aportadas al expediente, que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 38 años de edad y había cotizado 727 semanas¹, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 12 años, 9 meses y 8 días)², y para la fecha de presentación contaba con la edad de pensión (tenía 63 años de edad – ver folios 6 y 107 archivo 001 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

¹ Ver historia laboral expedida por COLFONDOS, página 51, archivo 01 del expediente digital.

² Ver historia laboral para reclamación de bono pensional (folio 48, ibidem).

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que le asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{3, 4}, según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del Sistema Pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de*

³ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁴ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”. En este sentido: (i) “El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias». Además –dice la Corte- (ii) “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. 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”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe si para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se pudieran vislumbrar o no consecuencias negativas, por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: “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” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) para la Corte -además- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”, y la acción para el efecto es imprescriptible “en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de

régimen del demandante, pues la AFP PORVENIR S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un “*consentimiento informado*”. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Indicó que su traslado se dio al momento de su vinculación con un nuevo empleador y su asesoría se limitó al diligenciamiento del formulario de afiliación. Dijo que el asesor le comentó que el instituto de seguros sociales se iba a acabar, pero no recibió información sobre el régimen de ahorro individual y las condiciones de acceso a la pensión (Audiencia virtual del 15 de marzo de 2022 – archivo 016 Min. 27:26).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como “*saneamiento*” la permanencia en dicho régimen, y que la acción para el efecto es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la

devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de COLFONDOS S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, y la devolución de los gastos de administración descontados durante la afiliación del actor, los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados, tanto a cargo de esa AFP como de PROTECCIÓN y PORVENIR, por los periodos en que duró la afiliación del actor con esas administradoras (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) que conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵ hacen parte de los gastos de administración, valores que se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia en el sentido de autorizar a dicha entidad para

⁵ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

Finalmente, se confirmará la condena en costas a PORVENIR, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió en el caso bajo estudio. En cuanto a la tasación de las agencias en derecho en contra de la AFP, se recuerda que este no es el momento procesal oportuno para discutirlos, según lo dispuesto en el artículo 366 *ibidem*.

COSTAS en apelación a cargo de PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS.

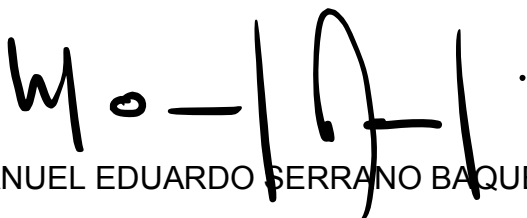
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en lo demás.
3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE LUZ HELENA GARCÍA CASTRO CONTRA
BLANCA STELLA JIMÉNEZ DE RUEDA.**

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

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, como lo estableció el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación presentados por ambas partes, contra la sentencia dictada el 4 de febrero de 2022 por la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella, se DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido y se CONDENÓ al pago de aportes a seguridad social en pensiones e indemnización moratoria.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado, LUZ HELENA GARCÍA CASTRO presentó demanda contra BLANCA STELLA JIMÉNEZ DE RUEDA, para que, previos los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1º de *febrero* de 2008 y el 30 de junio de 2020, que terminó por *causas imputables a la empleadora* en desarrollo del cual existió una desmejora salarial. En consecuencia, pide que se condene al pago de diferencias salariales, el auxilio de cesantías con sus intereses, y la sanción por no pago oportuno de estos últimos, primas, vacaciones, dotación (vestido y calzado de labor), aportes a seguridad social en pensiones mediante cálculo actuarial, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, las indemnizaciones por *despido sin justa causa* y moratorias por no

consignación de las cesantías a un fondo y por no pago de salarios y prestaciones al terminar el vínculo, y por los *perjuicios morales* sufridos, así como la indexación de los valores no constitutivos de salarios ni prestaciones. En subsidio de la indemnización del artículo 65 del CST, la *actualización monetaria* de los salarios y prestaciones adeudadas.

Como fundamento de lo pedido, afirma que estuvo vinculada laboralmente con la demandada desde el 1º de *febrero* de 2008 en el cargo de *empleada de servicios generales*. Devengó un salario diario, que incluía el auxilio de transporte, de \$25.000 en 2008 y 2009, \$26.000 en 2010, \$28.000 en 2011, \$30.000 en 2012 y 2013; así como un salario mensual de \$616.000 en 2014, \$644.350 en 2015, \$767.156 en 2016, \$737.717 en 2017, \$869.454 en 2018, \$828.116 en 2019. No fue afiliada a un fondo de cesantías, en su lugar recibió por dicho rubro \$394.520 en 2008, \$410.301 en 2009, \$591.780 en 2011 y \$591.780 en 2012, y *abonos parciales* en 2010 y 2013. En 2014 fue afiliada al fondo de cesantías Protección S.A., al que se consignaron las cesantías de ese año el 11 de febrero de 2015 y las de 2018 el 5 de febrero de 2019, mientras que no se consignaron las de 2015 a 2017. No se le suministraron ni pagaron dotaciones de los años 2009 a 2019. No estuvo afiliada a seguridad social en pensiones, salud, riesgos laborales ni caja de compensación familiar entre 2008 y febrero de 2014. En 2020 la demandada “*quería reducir el ius variandi alterando de mi prohijada reduciendo mi jornada laboral y salario (sic), sin explicarle las razones*”, por lo que envió petición para solicitar una explicación mediante empresa de mensajería, el 9 de marzo de 2020, con entrega exitosa certificada el 11 de marzo siguiente. Dicha solicitud no fue contestada pese a haber sido incluso ordenado mediante tutela. En vista de lo anterior, el 30 de junio de 2020 remitió *renuncia motivada* mediante correo certificado. No se le cancelaron cesantías “*del 15 de febrero de 2020 al 30 de junio de 2020*”, intereses sobre estas ni vacaciones de enero a junio de 2020, ni la “*liquidación final de salarios y prestaciones sociales*” (ver demanda en archivo 001 folios 8 a 28).

Notificada la demanda y corrido el traslado, BLANCA STELLA JIMÉNEZ DE RUEDA la contestó mediante apoderado, quien se opuso a las pretensiones, excepto a la existencia del contrato de trabajo, con la aclaración de que éste fue inicialmente ejecutado en favor de Nelson Rafael Rueda Alejo del 1º de septiembre de 2008 al 13 de febrero de 2018, fecha esta última en que se modificó para tener como empleadora a la aquí demandada, y el vínculo se extendió hasta el 28 de febrero de 2020. Resaltó que la terminación del contrato ocurrió el 28 de febrero de 2020, fecha desde la cual la demandante no se presentó a trabajar, e incluso el 2 de marzo de 2020 se presentó a formalizar su decisión de dar por terminado el contrato como consta en carta firmada de dicha fecha y no el 30 de junio, como se pretende hacer ver, máxime cuando para esta última fecha la demandante ya laboraba tiempo completo desde el mes de mayo con SB SOLUCIONES Y SERVICIO S.A.S. según su historia laboral ante Protección S.A. Agrega que no hubo ni se probó la presunta desmejora salarial, por el contrario, en 2019 el salario fue de \$925.148 mensuales incluido el auxilio de transporte, las cesantías fueron debidamente pagadas según documentos firmados por la actora y las constancias expedidas por el respectivo fondo, lo mismo que los intereses sobre las cesantías y vacaciones, así como las primas desde que dicha prestación fue legalmente exigible. Los pagos proporcionales de los pocos meses de 2020 se hicieron mediante consignación. Los pagos adeudados por aportes a pensiones fueron debidamente pagados mediante cálculo actuarial ante Protección S.A. aunque para los años 2008 a 2013 no existía la obligación de afiliación a seguridad social en pensiones, riesgos laborales ni caja de compensación. También entregó la dotación, al menos durante los años no afectados por la prescripción. No hay lugar al pago de subsidio familiar, pues se realizaron los aportes correspondientes, por lo que debe reclamarse ante la caja de compensación. Finalmente, señaló que no se probó ni se dio soporte jurídico a los *supuestos* perjuicios morales sufridos. Propuso como *excepciones: inexistencia de las obligaciones laborales a cargo de mi representada, cobro de lo no debido, pago, mala fe de la parte demandante y prescripción* (ver contestación en archivo 006 folios 3 a 15).

Terminó la primera instancia con sentencia del 4 de febrero de 2022, en la cual la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes y CONDENÓ al pago de aportes a seguridad social en pensiones e indemnización moratoria, y ABSOLVIÓ de las demás pretensiones. Para tomar la decisión determinó los extremos laborales según las documentales allegadas y la confesión de la demandante en interrogatorio, y los salarios en que no existió acuerdo con las documentales allegadas por la demandada. Consideró acreditado el pago de las primas y vacaciones, así como las cesantías. En cuanto a la dotación estimó que las no prescritas se habían entregado, y no se aportaron elementos de juicio para proceder al pago de las de 2017. En vigencia del vínculo no encontró mala fe por la no consignación de cesantías, pues no se buscó dañar a la demandante al realizar el pago en efectivo, atendiendo a que la demandante trabajaba por días. Se realizaron los aportes a ARL, salud y caja de compensación a partir del 2014, por lo que no se adeuda suma alguna al respecto. Previo a la afiliación a seguridad social en pensiones existía la obligación del empleador por lo que se ordenó realizar las cotizaciones correspondientes según cálculo que elabore la administradora de pensiones. Las razones aducidas al momento de la renuncia no constituyen justa causa, por lo que no se presentó despido indirecto y no procede el pago de indemnización. Consideró que la demanda actuó de buena fe al realizar el pago de acreencias finales mediante consignación, de lo cual tuvo conocimiento la demandante con la contestación de la demanda, por lo que la moratoria se definió hasta esa fecha.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal:
“PRIMERO: DECLARAR que entre las partes existió un contrato laboral a término indefinido, comprendido entre el 1º de septiembre del 2008 al 28 de febrero de 2020. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada BLANCA STELLA JIMÉNEZ DE RUEDA a pagar a la demandante LUZ HELENA GARCÍA CASTRO los aportes a la seguridad social en pensiones según cálculo actuarial que realice la Administradora de Fondo de Pensiones Protección S.A. o a la cual se encuentre afiliada la demandante en este momento, como se

indica a continuación: Para el año 2008: 48 días trabajados, con un ingreso base de cotización de \$22.000; para el año 2009: 192 días trabajados, con un ingreso base de cotización de \$25.000 diarios; para el año 2010: 192 días trabajados, con un ingreso base diario de cotización de \$26.000; para el año 2011: 240 días trabajados, con un ingreso base de cotización de \$17.853; para el año 2012: 240 días trabajados, con un ingreso base de cotización de \$30.000 diarios; para el año 2013: 240 días trabajados, con un ingreso base de cotización de \$30.000 diarios; y para el año 2014, (...), los meses de enero y febrero, que corresponden a \$616.000 como ingreso base de cotización. TERCERO: CONDENAR a la demandada BLANCA STELLA JIMÉNEZ DE RUEDA a pagar a la demandante la suma de \$11.791.780 por concepto de indemnización moratoria. CUARTO: ABSOLVER a la demandada BLANCA STELLA JIMÉNEZ DE RUEDA de las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante LUZ HELENA GARCÍA CASTRO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. QUINTO: CONDENAR a la demandada al pago de las costas del proceso, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$500.000” (Audiencia virtual del 4 de febrero de 2022 - archivo 018 Min 56:39).

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante aduce que “no se entiende” por qué no se ordenó el pago de la dotación para el año 2017 que se evidencia no otorgada. En el mismo sentido, al existir sustitución patronal, considera que se debió ordenar el pago de las cesantías de 2011 cuyo pago no está acreditado y su cálculo debió efectuarse sobre 5 y no sobre 4 días, situación esta última que se repitió hasta el año 2020. Estima que la demandada actuó de mala fe “al no entregar la carta” ni buscarla “para comentar ese tipo de situaciones” y así se pudiera reclamar el auxilio. Considera que la demandante actuó de buena fe al presentar la carta de renuncia motivada, la cual no fue firmada por la empleadora según lo confesó en interrogatorio de parte, por lo que presentó una segunda renuncia mediante *Interrapidísimo* para tener *prueba* de su situación. Adicionalmente, dicha carta *debía ser aceptada* por la demandada y

negar los hechos de la misma, frente a lo cual no tuvo intención alguna y, por el contrario, sí se demostró la “*baja de condiciones laborales*” como se ve en el otrosí suscrito en 2018 en el que se indicó la disminución de la jornada laboral pese a lo cual durante ese año y hasta 2020 continuó laborando “5 días”, y no 4 como señaló el despacho para la liquidación (Audiencia virtual del 4 de febrero de 2022 - archivo 018 Min 58:43)¹.

El apoderado de la demandada manifestó oposición a las condenas impuestas. Afirma que al realizar el pago de las prestaciones a través de consignación en el juzgado demostró su buena fe, sin que fuera dable inferir

¹ “Gracias señor (sic) Juez, por medio de la presente interpongo recurso de reposición... recurso de apelación frente a la sentencia por usted otorgada en los siguientes términos. Tomando en cuenta el... el tema de la dotación quedó confirmado que se faltó en el año 2017 pero no se entiende el porqué no se da este tipo de prestación social a mi representado (sic) que está aprobado. Respecto al punto de las cesantías, entendiéndose que hubo la sustitución patronal y que no obra prueba del año 2011 de algún pago, y que igualmente se tiene en cuenta que la liquidación se hizo sobre cuatro días, el cual debió haber sido sobre 5 días; consideró que... y al no entregar la carta a la empleadora a mí representada, que existe esa mala fe para que ella no pueda reclamar sus cesantías por el periodo de la relación laboral, igualmente recordando que nunca notificó en debida forma o intentó buscar a mi representada para comentarle ese tipo de situaciones. Hay que tener en cuenta que dentro del proceso mi representada actuó de buena fe, dado que agotó todos los recursos necesarios que da la vía jurídica para poder obtener los documentos, el cual fue el derecho de petición, posteriormente la acción de tutela, seguida por el incidente de desacato; a lo que no pudo obtener una respuesta alguna, la cual la empleadora solamente con dar una respuesta escrita pueda de buena fe solventado esta situación y hubiera permitido a mi representada gozar de las cesantías que no se le están otorgando, en el, en el sentido de que no operó la mala fe de parte de la empleadora. Respecto al despido en el no pago, por el... el no fallar en el tema del despido sin justa causa, hay que resaltar que igualmente mi representada actuó de buena fe y agotó los requisitos legales frente a ese tipo de situación; en primer tema observamos que presentó la carta motivada debidamente y que la empleadora se negó a firmar, como bien lo confirmó en el interrogatorio de parte, posteriormente ella presenta una carta por Inter Rapidísimo, donde confirma esta situación dado a que no tenía un recibido o una respuesta de parte de su empleadora, lo cual le obligaba a conseguir un trabajo para lograr su sustento diario. En esta renuncia motivada hay que recordar que al ser presentada tuvo que haber existido una respuesta de parte de la empleadora donde acepta la renuncia motivada y niegue los hechos que se presenten en la misma; hay una omisión total de esta situación dado que en ningún momento se comprobó, y con el interrogatorio de parte se afirmó, que hubiera tenido la intención, solamente la intención, de querer aportarle esa, esa respuesta a su renuncia motivada a mi representada. Por lo tanto considero que si obedeció a que, efectivamente, la baja de condiciones laborales le facultó a ella para poder presentar esta renuncia motivada tomando en cuenta que existe un otrosí desde 2018, para el año 2018, donde indica que si efectivamente van a bajar la jornada laboral, pero en el 2019 y en el 2020 siguen manejando el mismo modelo y en ninguna parte del contrato observó que se prorrogaran esas mismas situaciones año por año; en el 2018 trabajó 5 días, en el 2019 trabajó 5 días, 2020 trabajo 5 días, igualmente el despacho continúa haciendo la liquidación por cuatro días. Además, la doble renuncia se debió a que mi prohijado necesitaba prueba alguna de su situación laboral, no tenía conocimiento de que hacer frente a su trabajo y sus funciones dado que, como observamos y como lo indiqué, de mala fe la empleadora se negó en todos los casos y en cualquier instancia judicial de brindar una respuesta oportuna a mi representado para que pudiera obtener de buena medida alguna respuesta a sus inquietudes. Con esto dejo finalizado mis alegatos de conclusión señor Juez, gracias a usted”.

que para ese momento la dirección contenida en el otrosí al contrato de trabajo correspondiera con la residencia de la actora, y la demandante sí sabía la ubicación de residencia de la demandada para reclamar el pago (Audiencia virtual del 4 de febrero de 2022 - archivo 018 Hora 1:04:22)².

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia, los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala: i) que la demandante prestó sus servicios en calidad de *empleada de servicio doméstico* en la residencia de la accionada, mediante contrato de trabajo a término indefinido del 1º de septiembre de 2008 al 28 de febrero de 2020; ii) que el contrato fue suscrito inicialmente con Nelson Rafael Rueda Alejo, a cargo de quien estuvo el pago de las acreencias laborales hasta su muerte, momento en que fue sustituido como patrono por su esposa la aquí accionada (archivo 001 folios 29 a 46 y carpeta 019).

En consonancia con el recurso de apelación el Tribunal debe definir (artículo 66-A del CPTSS): (i) si se adeuda alguna suma de dinero a título de cesantías del año 2011 y si las liquidadas para los años 2017 a 2020 se debieron efectuar con base en “5 días” de trabajo; (ii) si hay lugar o no al pago de la dotación del año 2017; (iii) si se acreditaron las circunstancias que soportan la renuncia justificada que dé lugar al pago de la correspondiente indemnización; (iv) si se

² “Me per (...) permito... recurso de apelación contra la decisión adoptada por el despacho de condenarla a pagar la suma indicada en la sentencia, teniendo en cuenta que, con la siguiente motivación y sustentación del recurso. Está claro y probado eficazmente dentro del plenario que la demandada dio cumplimiento exacto al artículo segundo del... al numeral segundo del artículo 65 del... del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el pago de las prestaciones a través de consignación, que efectivamente se hizo en el juzgado, tal como aparece en la prueba aportada con la contestación de la demanda. Si bien es cierto que, si existe la jurisprudencia Corte Suprema de Justicia, aquí hay que resaltar y como se ha resaltado en la contestación de la demanda y en los alegatos, que mi representada siempre procedió de buena fe al contrario de la parte demandante; porque aquí queda claro que ellos sabían dónde estaba la direc, dónde era la residencia de la, de la demandada para reclamar y presentarse a reclamarles el pago de las prestaciones sociales. Por otra parte, no se infiere que el... del, la anotación de la dirección en el otrosí del contrato de trabajo, fuera esa la residencia de la demandante en el momento en que se le hizo la consignación de las prestaciones sociales; hecho que deberá ser, digamos, objeto de prueba en la segunda instancia, de tal suerte que yo creo que con fundamento en lo que he explicado se dio cumplimiento de buena fe al pago como se hizo en todas, como, como quedó demostrado en el proceso, que ella actuó de buena fe y que cumplió con los pagos de las obligaciones laborales integralmente, así sustento mi recurso”.

acreditó mala fe de la empleadora por la demora en el pago de las cesantías de la demandante, lo que daría lugar a la indemnización moratoria por no pago al terminar el vínculo.

No habrá lugar a pronunciarse acerca de los presuntos pagos *deficitarios* de las cesantías en los años 2008 a 2013, ni sobre la eventual sanción de que trata el artículo 99 numeral 3 de la Ley 50 de 1990, reclamados en los alegatos presentados ante esta instancia (carpeta segunda instancia archivo 005 y 006), pues tales asuntos no fueron objeto de apelación (artículo 66-A del CPTSS).

(i) CESANTÍAS. Para resolver sobre esta materia, el artículo 249 del CST impone al empleador la obligación de pagar a sus trabajadores, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, el equivalente a 1 mes de salario por cada año de servicios, o proporcionalmente por fracción de año, y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 dispone que dicho auxilio se debe liquidar al 31 de diciembre de cada año de manera definitiva y el valor se debe consignar en el fondo de cesantías que escoja el trabajador. En caso de que la relación laboral termine antes de esa fecha, se procederá a su pago directo del auxilio al trabajador³.

Con estas premisas normativas y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia, en cuanto absolvió a la demandada del pago de las cesantías causadas en el año 2011 a favor de la

³ Ley 50 de 1990: “ARTÍCULO 99. El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1a. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

(...).

3a. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. (...).

4a. Si al término de la relación laboral existieron saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos”.

trabajadora, pes si bien como se refirió en las consideraciones de la sentencia de primera instancia, ninguna de las pruebas documentales allegadas da cuenta del pago o consignación de dicho auxilio a un fondo (archivo 01 folios 29 a 48 y carpeta 019), lo cierto es que en la demanda, específicamente en el hecho 27 (archivo 01 folio 10)⁴, la parte actora manifestó haber recibido un pago de cesantías en cuantía de \$591.780, suma que supera ampliamente el monto que correspondía a dicha anualidad, equivalente a un SMLMV (\$535.600) según el salario declarado en primera instancia para dicha anualidad, aspecto que no fue objeto de apelación. Dicha afirmación constituye una confesión válida de conformidad con los artículos 191 y 193 del CGP⁵.

Lo anterior, resulta concordante con el amplio material probatorio que da cuenta de que, tanto el empleador inicial de la demandante como posteriormente la persona aquí demandada, mostraron un reiterado cuidado en el cumplimiento de sus obligaciones laborales en materia salarial, prestacional de vacaciones y entrega de dotaciones; incluso se hizo el pago de los aportes a seguridad social de los últimos años de vinculación que se encontraban insolutos (archivo 01 folios 29 a 48 y carpeta 019).

Ahora bien, contrario a lo señalado en el recurso de la parte actora, se advierte que para los años 2017 a 2020 la sentencia de primera instancia no efectuó liquidación alguna ni refirió un número de días laborados, pues de las pruebas arrimadas únicamente se pudo concluir que para dichas anualidades devengó el equivalente al SMLMV, monto sobre el cual se acreditó la consignación de

⁴ “Hecho 27º. Durante 2011 la parte demandada BLANCA STELLA JIMENEZ (sic) RUEDA no afilio a mi prohijada a un fondo de Cesantías de su elección, solo hizo un abono en efectivo parcial de 591.780.00 (QUINIENTOS NOVENTA Y UN MIL SETECIENTOS OCHENTA PESOS MTE)”.

⁵ CGP: “ARTÍCULO 191. REQUISITOS DE LA CONFESIÓN. La confesión requiere:

1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.

2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.

(...).

ARTÍCULO 193. CONFESIÓN POR APODERADO JUDICIAL. La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita”.

las cesantías causadas en los años 2017 a 2019 (carpeta 019 subcarpeta “b”), así como el cálculo de las causadas en los meses de enero y febrero de 2020 (*ibídem* archivo “j”), cuyo importe se encontraría cubierto por el depósito judicial arrojado (*ibídem* archivo “k”), por lo que no hay lugar a condena alguna por tales rubros.

(ii) DOTACIÓN (CALZADO Y VESTIDO DE LABOR). Respecto del pago de dotaciones para el año 2017 que reclama la demandante en la alzada, debe precisarse, en consonancia con decisiones de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que la entrega de estos elementos de trabajo no procede a la terminación de la relación de trabajo sino durante su vigencia, pues una vez concluida la relación de trabajo solo puede reclamarse el pago de eventuales perjuicios causados con la omisión del empleador⁶. En este orden de ideas y dado que no se alegó ni demostró daño, culpa y relación de causalidad por la omisión en que pudo incurrir la demandada por dotaciones no entregadas, el Tribunal confirmará este aspecto de la sentencia de primera instancia.

(iii) DESPIDO INDIRECTO. El artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo define, en forma taxativa, los hechos o conductas de alguna de las partes en el contrato de trabajo que permiten a la otra la terminación unilateral de la relación con justa causa, y por ello, sin el pago de indemnización. Dispone además la norma, que la parte que termina el contrato debe manifestar a la otra, en el momento de terminación, los *hechos* o *conductas* concretos que son motivo de su decisión, y que no puede alegar con posterioridad causas distintas. Esta última exigencia resulta indispensable para garantizar los derechos de contradicción y de defensa de la parte a la que se acusa de incumplir el contrato, pues solo frente a conductas concretas que se hayan puesto en conocimiento de la contraparte al momento de despido o de renuncia se podrán ejercer tales derechos en el proceso judicial.

⁶ Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, Sentencia Rad. 10400 del 22 de abril de 1998.

Cuando es el trabajador quien termina la relación de trabajo alegando una de dichas causas, ocurre lo que la doctrina denomina *despido indirecto* y procede el pago de la indemnización correspondiente, para lo cual, a la luz de lo previsto en el artículo 167 del CGP, deberá probar en el proceso que las conductas aducidas ocurrieron, que constituyen una justa causa para el efecto (Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral, Sentencia SL18344 del 24 de agosto de 2016), y que fueron invocadas en la oportunidad debida para dar por terminado el contrato de trabajo (Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral, Sentencia SL417 del 27 de enero de 2021 Rad. 71672).

Con estas reglas procesales y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará igualmente la decisión de primera instancia en esta materia, pues no se acreditó en el expediente la ocurrencia de la conducta aducida por la demandante en la carta de renuncia motivada, ni que hubiera existido un vicio en el consentimiento o una supuesta presión para renunciar, en lo que centró el debate probatorio.

La carta del 2 de marzo de 2020 (carpeta 019 archivo “m”) que fue allegada con la contestación (archivo 018) y cuyo recibo en la misma fecha fue confesada por la demandada en interrogatorio de parte (Audiencia virtual del 4 de febrero de 2022 - archivo 015 Min. 06:46), aduce que la *renuncia motivada* se funda en la “*reducción considerable de los días laborables de 5 a 2 días implicando también una reducción a menos del 50% de lo que devengaba anteriormente y poniendo en riesgo la afiliación a la EPS*”, circunstancia que podría enmarcarse en una *violación de las obligaciones o prohibiciones que incumben al empleador*⁷ si se hubiese definido unilateralmente por el

⁷ CST: “ARTICULO 59. PROHIBICIONES A LOS {EMPLEADORES}. Se prohíbe a los {empleadores}: (...).

9. Ejecutar o autorizar cualquier acto que vulnere o restrinja los derechos de los trabajadores o que ofenda su dignidad.

(...).

ARTICULO 62. TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA. <Artículo modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965> Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

(...).

B). Por parte del trabajador:

empleador. En el caso presente tal situación fue acordada por las partes, al suscribir un otrosí al contrato de trabajo el 1º de enero de 2020 en tal sentido -disminución de la jornada laboral a 2 días- (archivo 001 folios 39 a 41). Se trató entonces de una decisión de la demandante que no implicaba renuncia alguna a derechos mínimos e irrenunciables que se hubieran causado (artículo 13 del CST), sino una estipulación válida de las condiciones laborales que se iban a desarrollar en el futuro.

En todo caso y aunque la referida *intención* de disminuir la jornada laboral de la demandante fue también confesada por la demandada en interrogatorio de parte (Audiencia virtual del 4 de febrero de 2022 - archivo 015 Min. 06:46), ésta nunca se materializó, como lo manifestó de forma enfática el apoderado de la demandante en su recurso, al punto que fue la misma trabajadora quien no culminó su última semana laboral pues no se presentó a trabajar el viernes 28 de febrero de 2020, como lo confesó igualmente la misma demandante en el interrogatorio de parte (Audiencia virtual del 4 de febrero de 2022 - archivo 015 Min. 20:36).

En el mismo sentido, tampoco se advierte cómo dicha modificación pudiera afectar o *poner en riesgo* su afiliación a seguridad social en salud -EPS-.

Finalmente, no es dable estudiar las razones adicionales que se aducen en la carta de renuncia remitida vía correo certificado el 30 de junio de 2020 (archivo 001 folio 55), pues no sólo se presentó de manera abiertamente extemporánea -más de 4 meses después de culminar el contrato de trabajo-, sino que las razones allí referidas corresponden a situaciones que se presentaron -según

(..).

8. *Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones que incumben al empleador, de acuerdo con los artículos 57 y 59 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.*

PARÁGRAFO. La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.”.

se afirma- “*en los primeros años que trabajé con ud.*”, y el vínculo se mantuvo durante más de 6 años.

Al no haber cumplido la parte actora con la carga de probar las razones aducidas en su carta de renuncia, como era su deber procesal (artículo 167 del CGP), se entiende que ésta no está justificada en actuaciones del empleador y, en consecuencia, se asimila a una renuncia libre y voluntaria, por lo que no hay lugar a acceder al pago pretendido como indemnización.

(iv) SANCIÓN MORATORIA. Declarada la relación de trabajo surgen en favor del trabajador los derechos que la ley define, entre ellos –por ser materia del recurso- el derecho al pago del salario y de las prestaciones sociales que se causaron en favor de la trabajadora, y en caso de que tales derechos no sean pagados a la fecha de terminación del contrato, el empleador reconocerá al trabajador, a título de indemnización o sanción moratoria (artículo 65 del CST), un día de salario por cada día de retardo en el pago completo de lo adeudado.

Si bien esta sanción no opera de forma automática e inexorable, pues la demora u omisión del empleador puede estar revestida de buena fe, dicha situación solo se puede derivar del entendimiento plausible, es decir, con razones válidas del empleador de no estar obligado al pago, o de situaciones sobrevinientes que le hicieran imposible cumplir con sus obligaciones, como el caso fortuito, o la inclusión en procesos de liquidación empresarial forzada.

Ninguna de tales circunstancias se probó ocurrida en el expediente para la demora en la consignación del título judicial allegado con la contestación (carpeta 19 archivo “k”).

No es razón *plausible* para dicha demora que se desconociera si la dirección de la actora continuaba siendo o no la anotada en el otrosí suscrito entre las partes apenas dos meses atrás -el 1º de enero de 2020- (archivo 001 folios 39 a 41), pues no se demostró la remisión de comunicación alguna con destino a la trabajadora a la dirección que sí era conocida, para así ésta pudiera

proceder a su reclamación ante el Juez Laboral. Si bien en el interrogatorio de parte la demandada adujo haber remitido en 2 ocasiones comunicaciones para el efecto las cuales habrían sido devueltas por problemas de dirección errada (Audiencia virtual del 4 de febrero de 2022 - archivo 015 Min. 06:46), brillan por su ausencia pruebas que acrediten dicha situación en el plenario.

Tampoco se demostró una situación de fuerza mayor que hiciera imposible efectuar el pago de los salarios y prestaciones adeudados directamente a la demandante, con anterioridad a las fechas señaladas, o que se hubiera impedido la comunicación con la trabajadora previo a la radicación de la contestación en el presente trámite.

Así las cosas, se confirmará también en este aspecto la decisión de primera instancia, en tanto sólo hasta la radicación de la contestación de la demanda a la cual se anexo la constancia de constitución del depósito judicial a favor de la trabajadora, pudo la demandante conocer sobre la existencia del referido depósito judicial para proceder a reclamar su importe de conformidad con el escrito mediante el cual se solicita la entrega correspondiente (carpeta 019 archivo “j”).

En respuesta a los argumentos de la apelación de la parte actora, reiterados en los alegatos presentados ante esta instancia, en cuanto a no haber podido acceder al pago de sus cesantías por no contar con la *carta de retiro* correspondiente, se debe advertir que, contrario a lo manifestado, no obra prueba de que la trabajadora hubiera intentado el cobro de los valores depositados, o que el empleador hubiera impedido el pago de las sumas depositadas -que sería lo relevante para el efecto pretendido-.

Lo anterior, adquiere mayor relevancia al contrastarlo con el reiterado comportamiento procesal del extremo actor, que a más de insistir en el cobro de acreencias cuyo pago ya había confesado, buscó ocultar que el contrato había terminado el 28 de febrero de 2020 manifestando que éste se había prolongado hasta el 30 de junio de 2020, fecha en que habría presentado una

segunda carta de renuncia (archivo 01 folio 55), sin mencionar la renuncia presentada previamente -el 2 de marzo de 2020- (carpeta 019 archivo “m”), y ocultar que para entonces la demandante ya había dejado de prestar servicios a favor de la demandada. Además, y según se dijo, la demandante, pese a haber reconocido desde los hechos de la demanda el pago parcial de cesantías, entre otras acreencias, pretendió el pago de todas ellas como si ninguna hubiera sido cancelada, al punto que persistió en desconocer el pago del auxilio de cesantía del año 2011 que previamente había confesado, como se vio.

SIN COSTAS en la apelación, por la no prosperidad de los recursos interpuestos por ambas partes.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia apelada.
2. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

Exp. 28 2021 00112 02
Fabiola Tovar Gutiérrez contra Colpensiones y otras.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE FABIOLA TOVAR GUTIÉRREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS.

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a su favor, la sentencia dictada el 3 de octubre de 2022 por la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora Alida del Pilar Mateus, identificada con T.P. 221.228, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido por la Representante Legal Suplente de la sociedad ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S (ver archivo 008 del expediente digital, trámite segunda instancia).

ANTECEDENTES

Exp. 28 2021 00112 02
Fabiola Tovar Gutiérrez contra Colpensiones y otras.

Por medio de apoderado, FABIOLA TOVAR GUTIÉRREZ presentó demanda contra la COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS, LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la ineficacia o la nulidad del traslado realizado del RPM al RAIS, a través de la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. en enero de 1996, por cuanto no fue asesorada e informada de manera clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de la diferencias entre uno y otro régimen, las prestaciones que obtendría en el RAIS, las ventajas y desventajas y, en general, las implicaciones y consecuencias sobre sus derechos pensionales. En consecuencia, pide que se declare como afiliación válida al sistema general de pensiones la efectuada al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, se condene a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados junto con sus rendimientos y demás sumas causadas, y a esta última, y contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizadas en el RAIS (ver demanda folios 1 a 20 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la admisión de la demanda, las demandadas la contestaron a través de apoderado judicial.

COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones con fundamento en que la acción se proyecta con el fin de obtener beneficios económicos y el traslado se encuentra ajustado a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 pues la demandante *prefirió trasladarse* al régimen de ahorro individual, dentro del cual efectuó varios traslados con los cuales se configuró una ratificación tácita. Además, asegura que es un deber de la afiliada estar pendiente de su estatus pensional y que la actora no puede trasladarse cuando le faltan menos de 10 años para tener derecho a la pensión de vejez. Como excepciones de

Exp. 28 2021 00112 02
Fabiola Tovar Gutiérrez contra Colpensiones y otras.

mérito formuló las que denominó *inexistencia de afectación por protección judicial SL373 - 2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, buena fe y la innominada o genérica* (ver contestación archivo 09 del expediente digital).

PROTECCIÓN S.A. se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda con fundamento en que la afiliación a ese fondo es completamente válida y eficaz ya que se dio de manera libre, voluntaria y sin presiones, precedida de una asesoría adecuada, suficiente y oportuna, como se verifica de los formularios de vinculación, los cuales cumplen con los requisitos contenidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por lo que no existe razón para que COLPENSIONES reciba a la actora como su afiliada, ya que no existió vicio del consentimiento ni causal alguna de ineficacia en la celebración de dicho acto jurídico. En su defensa propuso las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, *aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones*, innominada o genérica, *inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara* (sic) *la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y traslado de aportes* (ver contestación archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso únicamente a las pretensiones que incumben a esa entidad afirmando que la afiliación de la actora a esa AFP se realizó dentro del marco legal vigente para la fecha y conforme a los postulados de la buena fe. Advierte que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación, ni dentro del contexto de la demanda se

Exp. 28 2021 00112 02
Fabiola Tovar Gutiérrez contra Colpensiones y otras.

establece cuál es la naturaleza de la nulidad que se persigue, la cual, en todo caso, solo sería posible por vicios del consentimiento. Indica que el deber de información debe verificarse en relación con la fecha en que se produjo el traslado de régimen pensional, por cuanto para la expedición de la Ley 100 de 1993, tal requisito no se encontraba vigente y desde entonces ha sido objeto de evolución jurídica. Precisa que no es aplicable la inversión de la carga de la prueba ni es viable legalmente el traslado de régimen solicitado. Formuló como excepciones de mérito *actos de relacionamiento, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal – falta de interés negociable, prescripción de la acción, prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro- gastos de administración, buena fe y genérica.*

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso también. A las pretensiones de la demanda porque, a su juicio, no existen presupuestos de hecho ni de derecho para declarar la ineficacia o nulidad de traslado, afirma que la demandante se encontraba válidamente vinculada al RAIS. Indica que la actora, de manera libre, voluntaria, espontánea, sin que mediara coacción, ni vicios del consentimiento, decidió afiliarse al RAIS y someterse a todas las características y exigencias del régimen, por ello, afirma, no se puede concluirse que el traslado es nulo. Asegura que siempre cumplió con el deber de informar, jamás existió omisión en la información y tampoco indebida o equivocada asesoría. Como sustento de su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad,

Exp. 28 2021 00112 02
Fabiola Tovar Gutiérrez contra Colpensiones y otras.

ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (ver contestación archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por último, PORVENIR S.A., se opuso también al éxito de las pretensiones de la demanda afirmando que la afiliación realizada por la actora con COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, tal como se aprecia del formulario de afiliación, documento que, en su sentir, se presume auténtico y cumple con los presupuestos del artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Señala que no es procedente declarar la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, por cuanto en este asunto no se alegan ni acreditan situaciones o actuaciones dolosas que atenten contra el derecho de afiliación y, en todo caso, asegura que a la demandante le aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Indica que, en el hipotético caso de haberse generado un vicio en el consentimiento este se encontraría ratificado por su actuar y por los más de 25 años que permaneció en el RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (ver contestación archivo 16 del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 3 de octubre de 2022, mediante la cual el Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que la AFP PORVENIR, antes COLPATRIA, no probó que se hubiera brindado información suficiente para entender que la demandante tomó una decisión informada, omitiendo así su deber legal, lo cual no se superaba con el

Exp. 28 2021 00112 02
Fabiola Tovar Gutiérrez contra Colpensiones y otras.

formulario de afiliación. Aseguró que la acción es imprescriptible por tratarse del reconocimiento de un estado jurídico.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la señora FABIOLA TOVAR GUTIERREZ al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1º de diciembre de 1995 por intermedio de COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS, hoy la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la de régimen de prima media con prestación definida, administrada hoy en día por Colpensiones, todo conforme se dijo en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: CONDENAR a la AFP COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS ha trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora FABIOLA TOVAR GUTIERREZ, quien se identifica con la cédula de Ciudadanía 51.626.597 a Colpensiones. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES para que active la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y proceda a actualizar su historia laboral. CUARTO: DECLARAR no probados los medios exceptivos propuestos por el extremo demandado. QUINTO: Las COSTAS de esta instancia a cargo de las administradoras demandadas. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una de estas y a favor de la parte actora. SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión se deberá consultar con el superior, en tanto le resultó adversa a los intereses de la demandada COLPENSIONES”* (Audiencia virtual, parte 2, récord 51:42, archivo 27 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

Exp. 28 2021 00112 02
 Fabiola Tovar Gutiérrez contra Colpensiones y otras.

En el recurso, COLPENSIONES pide se revoque la sentencia y, en su lugar, se mantenga incólume la afiliación de la demandante al RAIS. Asegura que para el momento del traslado no era viable exigir información adicional, como se expresa en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, ni documentación distinta al formulario de afiliación. Señala que la demandante ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS a través de los actos de relacionamiento y que esa entidad no puede verse afectada con un acto jurídico en el que no participó, ni es procedente recibir a la demandante como su afiliada pues se afecta la sostenibilidad financiera del sistema¹ (Audiencia virtual, parte 2, récord 54:15, archivo 27 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema

¹ “Su señoría, no estando conforme con la anterior decisión tomada por su despacho, muy respetuosamente me permito interponer recurso de apelación, el cual sustentaré de la siguiente manera. Debe tener de presente que los argumentos esgrimidos en la sentencia no tomaron en cuenta algunas reglas aplicables dentro de las relaciones contractuales adquiridas por la parte demandante, es así que se ha de tener en cuenta para la resolución del caso los siguientes aspectos: primero: las obligaciones legales que le asisten directamente al trabajador conforme el Decreto 2241 de 2010, lo cual lo cual se enmarca dentro del presente proceso existe un silencio del consumidor en el transcurso del tiempo por una adecuada pensión. Segundo la responsabilidad que se quiere endilgar directamente a mi representada al tener que recibir a la demandante en el régimen de prima media no exonera en ningún momento a quien genera el daño para poder asumir dicha responsabilidad. Tercero: que para el momento del traslado no era exigible a los fondos privados realizar una asesoría al nivel como se expuso en las sentencias de la Corte Suprema, y no es exigible la documentación distinta a la allegada con cada una de las AFP dentro del presente proceso. Cuarto: dentro del presente proceso se encuentran los actos de relacionamiento los cuales fueron omitidos y que confirman entonces por medio de estos, que la demandante se sentía a gusto con el régimen de ahorro individual con solidaridad y no puede desconocer en ningún momento después de su larga trayectoria en diferentes fondos que ella quería permanecer en el régimen de ahorro individual. Y por último la relación legal que tuvo la demandante en su momento con el fondo privado y posteriormente con los demás, COLPENSIONES es totalmente externo a estos negocios jurídicos y no puede verse afectado en tener que recibir la carga prestacional de la demandante, toda vez que esto genera una afectación a la estabilidad financiera, la cual es una interpretación constitucional dispuesta por el acto legislativo 01 de 2005 que no se puede obviar dentro de los presentes casos. Es por lo anterior y con los argumentos desarrollados durante este proceso que solicito muy amablemente al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, revocar la anterior sentencia y mantener incólume la afiliación llevada a cabo por la demandante con cada una de las AFP administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, muchas gracias”.

Exp. 28 2021 00112 02
Fabiola Tovar Gutiérrez contra Colpensiones y otras.

General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial.

Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica

Exp. 28 2021 00112 02
 Fabiola Tovar Gutiérrez contra Colpensiones y otras.

de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas aportadas al expediente, que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones, la demandante tenía 34 años de edad y había cotizado 642.86 semanas², para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 10 años y 7 meses)³, y para la fecha de presentación de la demanda contaba con el requisito de edad de pensión (tenía 59 años de edad – ver archivo 2 y folio 25 archivo 1).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁴, ⁵,

² Ver historia laboral actualizada expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en folios 61 y 62 del archivo 01.

³ *Ibidem*.

⁴ Sentencia STL3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁵ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es*

Exp. 28 2021 00112 02
Fabiola Tovar Gutiérrez contra Colpensiones y otras.

según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*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. 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*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe si para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se pudieran vislumbrar consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado*

normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

Exp. 28 2021 00112 02
Fabiola Tovar Gutiérrez contra Colpensiones y otras.

para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) y -dice la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PORVENIR (antes COLPATRIA) no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener específicamente para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Indicó allí que los asesores de COLPATRIA llegaron hasta su sitio de trabajo para que se afiliara a ese fondo advirtiéndole que ello era posible por cuanto no era beneficiaria del régimen de transición. Además, le explicaron que el instituto del seguro social se iba a acabar y que podría retirar el 100% del dinero ahorrado, sin ilustrarla sobre las condiciones

Exp. 28 2021 00112 02
Fabiola Tovar Gutiérrez contra Colpensiones y otras.

para acceder a su pensión en el RAIS u otras condiciones propias de ese régimen (Audiencia virtual del 3 de octubre de 2022, parte 2, Min. 01:14).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen, o los traslados al interior del mismo; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de COLFONDOS la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que sea posible descontar suma alguna por gastos de administración y seguros de invalidez o sobrevivencia; sin embargo, en virtud de la consulta a favor de COLPENSIONES se adicionará para ordenar a PROTECCIÓN, PORVENIR y SKANDIA que efectúen la devolución de los gastos de administración y las comisiones pertenecientes a la cuenta de la demandante, a la administradora del RPM, por el tiempo en que la actora estuvo afiliada en cada una de ellas (Sentencias SL1421 del 10 de abril de 2019 y SL4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL4360 del 9 de octubre de 2019, M.P.

Exp. 28 2021 00112 02
Fabiola Tovar Gutiérrez contra Colpensiones y otras.

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), lo que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes porcentaje que hace parte de los gastos de administración, valores que se deben devolver “*debidamente indexados*” (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

SIN COSTAS en la apelación.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

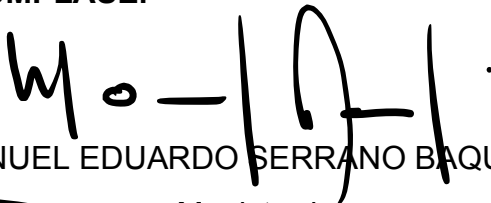
RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para ORDENAR a las AFP PROTECCIÓN, PORVENIR y SKANDIA devolver los gastos de administración y las comisiones pertenecientes a la cuenta del demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
2. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
3. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.

Exp. 28 2021 00112 02
Fabiola Tovar Gutiérrez contra Colpensiones y otras.

4. SIN COSTAS de segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE LUZ AMANDA ESCOBAR CRISTANCHO
CONTRA EL BANCO DE LA REPÚBLICA.**

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispuso el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada el 8 de febrero de 2022 por la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella, se ABSOLVIÓ de *reestablecer* y pagar el auxilio educacional, médico y de salud, previstos en la Convención Colectiva de Trabajo de 1997 suscrita con la organización sindical ANEBRE, y de los intereses moratorios.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, LUZ AMANDA ESCOBAR CRISTANCHO presentó demanda contra el Banco de la República, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que como pensionada tiene derecho a los auxilios *educacional, médicos y de salud*, previstos en la convención colectiva de trabajo de 1997 y se condene a *reestablecerlos y a reembolsar* las sumas que por dichos conceptos hubiere pagado directamente, más los intereses de mora a la *tasa máxima legal permitida*.

Como fundamento de lo pedido, afirma que tiene nacido el 12 de abril de 1958 y laboró de manera ininterrumpida para la demandada entre el 10 de octubre de 1991 y el 1º de junio de 2016, esto es, por más de 24 años. Se retiró

“producto del reconocimiento por parte de Colpensiones de una pensión de jubilación compartida prevista en el Decreto 758 de 1990”. Durante su vinculación estuvo afiliada a la Asociación Nacional de Empleados del Banco de la República – ANEBRE, organización sindical que suscribió con la entidad demandada la Convención Colectiva de Trabajo 1997 – Régimen Unificado, que contempló en sus artículos 32 y 40 para *“los trabajadores y de los pensionados”* auxilios *educacionales* y *“médicos, paramédicos, hospitalarios quirúrgicos y odontológicos”*. Dicha convención fue adicionada y actualizada en el año 2018, conforme a negociación adelantada en el año 2017 conservando los referidos auxilios para *“trabajadores y pensionados”*. Mediante Resolución GNR 413710 del 21 de diciembre de 2015 Colpensiones le reconoció pensión de vejez *“compartida”*, la cual fue reliquidada mediante Resolución VPB 121299 del 26 de abril de 2016, por solicitud de la actora. El BANCO DE LA REPÚBLICA cotizó al ISS, hoy COLPENSIONES *“con el único propósito de subrogar la pensión de jubilación legal que está a su cargo”*, pero no subrogó los beneficios colectivos aquí reclamados. Aduce que el Acto Legislativo 01 de 2005 no eliminó los derechos extralegales de educación y salud para trabajadores y pensionados previstos en la CCT, y Banco los desconoce. Considera relevante para la materia en discusión, el *acto administrativo 2—2011-008754* del 23 de marzo de 2011 en el que los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y el de Protección Social indicaron que el Acto Legislativo 01 de 2005 sólo unificó las condiciones para el reconocimiento de prestaciones económicas en materia pensional dejando a salvo los demás beneficios convencionales (ver demanda en archivo 01 folios 5 a 36).

Notificada de la demanda, el BANCO DE LA REPÚBLICA la contestó a través de apoderada judicial. Se opuso a todas las pretensiones, con fundamento en que los derechos convencionales reclamados sólo resultan aplicables a los trabajadores o pensionados directos de la entidad, no así a quienes les fue reconocida la prestación a través del sistema general de pensiones, pues tales beneficios no son subrogables a Colpensiones. Afirma que la demandante no cumplió los requisitos para obtener la pensión de jubilación extralegal

susceptible de ser compartida con la referida administradora que, en todo caso, sólo abarcaría la prestación pensional que previamente era reconocida por el banco en condiciones más favorables. Resaltó que fue la falta de vinculación directa de la pensionada con la entidad bancaria, la razón para negar los beneficios reclamados, no así el Acto Legislativo 01 de 2005. En el mismo sentido, aclaró que la *comunicación* del Ministerio de Hacienda y Crédito Público traído a colación por la demandante, a más de no ser vinculante, hace referencia al caso de pensiones que eran reconocidas directamente por las respectivas entidades, por lo que no resulta aplicable al presente asunto. En su defensa propuso como excepciones *perentorias*: *falta de título y causa, cobro de lo no debido, prescripción, legalidad de la actuación del banco, buena fe, inexistencia de la obligación pretendida y genérica* (ver contestación en archivo 01 folios 245 a 254).

Terminó la primera instancia con sentencia del 8 de febrero de 2022, a través de la cual la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ al demandado a reestablecer y pagar el auxilio educacional, médico y de salud, previstos en la Convención Colectiva de Trabajo de 1997 suscrita con la organización sindical ANEBRE, y de los intereses moratorios. Para tomar la decisión, concluyó que el acuerdo convencional al señalar el reconocimiento de los beneficios reclamados a favor no sólo de los trabajadores del banco sino de los pensionados, únicamente hizo referencia a aquellos que cumplieron los requisitos para obtener la prestación directamente por dicha entidad, no a quienes se pensionaron conforme al sistema general de seguridad social, no se trata por ello de una pensión reconocida por la entidad como sí ocurría en la época en que se suscribió el acuerdo colectivo.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“Primero, Declarar probados los medios exceptivos propuestos por la pasiva Banco de la República conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente Providencia. Segundo, absolver a la demandada banco de la República de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora Luz Amanda Escobar Cristancho. Tercero condenar en costas a la demandante*

por resultar vencida en el presente litigio, y en favor de la demandada banco de la república. por secretaría liquiden se incluyan se la suma de \$500.000 por conceptos de agencias en derecho. cuarto de no ser apelada la presente decisión remítase al superior jerárquico para que se surta en grado jurisdiccional de consulta.” (Audiencia virtual del 8 de febrero de 2022 – carpeta 03 Min. 35:37).

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, la apoderada de la demandante considera que existió un error por parte de la Juez al no tener en cuenta que la actora trabajó para el BANCO DE LA REPÚBLICA desde 1983 y no desde el año 1991, por lo que no resultaba aplicable la jurisprudencia traída a colación, en tanto cumplió los requisitos para pensionarse directamente por el banco aun cuando el reconocimiento lo hubiera hecho otra entidad en virtud del *acto legislativo*, lo que no facultó a la entidad para desconocer los beneficios convencionales reclamados. Una interpretación contraria implicaría el desconocimiento del derecho sindical de asociación y negociación colectiva, pues impediría extender beneficios para los *trabajadores*. Estima que la redacción de los artículos 32 y 40 de la CCT no excluyen a ningún pensionado ni indican que éstos deban ser pensionados directos o *indirectos* del banco. Así mismo -dice- se debe tener en cuenta que tales artículos *recogen* lo dispuesto en la “*ley 4ª del 56 (sic)*”, por lo que no se puede eliminar un beneficio *legal* con una interpretación restrictiva y desfavorable como la aplicada en la sentencia. Finalmente, pide que se valore de manera adecuada la prueba de su vinculación al sindicato y de beneficiaria de la CCT, y “*el componente constitucional*” y “*legal*” de la decisión respecto de los derechos asistenciales que no fueron eliminados por el *acto legislativo* que tampoco afectó derechos adquiridos ni “*las legítimas expectativas*”, como en este caso (Audiencia virtual del 8 de febrero de 2022 – carpeta 03 Min. 36:29)¹.

¹ “Señora pues por supuesto, dado el contenido de la decisión la parte demandante manifiesta su interés de impugnar o apelar la decisión y para el efecto, si lo considera despacho, procederé inmediatamente a sustentar el recurso. Bueno, muy bien, muchas gracias, señora Juez. Por supuesto con el respeto y la

deferencia que merece el fallador, por supuesto por las consideraciones que despliega, el suscrito apoderado no está de acuerdo con ellas y por eso impugna la decisión. El alcance de la misma, por supuesto, solicito revocar en segunda instancia los numerales uno, dos, tres de la sentencia que se acaba de proferir, en virtud de los cuales, primero declarar probadas las excepciones, el segundo absolver al banco de la república y tercero condenar en costas a la señora LUZ AMANDA, por las razones que quiero señalar a continuación: Primera, existe un grave error en la valoración probatoria y en los supuestos sobre los cuales el despacho afinca su decisión. Para el efecto quiero mencionar que el despacho pasó por alto un detalle absolutamente trascendente y es que no es cierto que la señora LUZ AMANDA no hubiese trabajado para el BANCO DE LA REPÚBLICA con anterioridad al año 1991, y para el efecto basado al simple ver... la resolución de Colpensiones virtud por la cual se le reconoció la pensión por vejez a la demandante, en la que claramente señala que la señora LUZ AMANDA estaba afiliada a dicho régimen de pensiones por parte del BANCO DE LA REPÚBLICA, esto es a partir del año 1983 como se anotó en la fijación del litigio, que por supuesto el despacho lo aceptó y manifestó que como no era trascendente para la decisión pues simplemente tomaba nota sobre el particular, pero esa anotación es la que le conduce, en esencia, a desconocer el resto de derechos; lo primero, porque la misma resolución del Seguro Social señala que la señora LUZ AMANDA se vinculó al banco del primero de febrero del año 1983 y que se retiró del banco el 1º de junio del 2016, luego entonces, es una manifestación absolutamente equivocada la del despacho en señalar qué fue desde el 10 de octubre de 1991, cuando en realidad fue con mucha más anterioridad, y esa argumentación, ese punto específico, desbarata por supuesto un poco la argumentación que cita el despacho apoyándose de la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte, porque en estas sentencias... Entonces mencionaba que ese hecho del tiempo de servicio de la demandante, es el que advierte que la jurisprudencia sobre la cual el despacho afincó la decisión, primero no aplica; dos, corresponde a supuestos de hecho totalmente diferentes; y tres, la ubique en un escenario de protección tal que el banco bajo ninguna circunstancia se podría sustraer de los beneficios convencionales que aquí se reclaman, y ello, retomó las palabras del despacho 'solo está para los pensionados directos', error por supuesto que subyace de la interpretación que le da la misma al artículo convencional y ello porque la señora LUZ AMANDA ESCOBAR, como lo señalé, tiene el tiempo de servicio para considerarse una pensionada directa o indirecta, señora Juez, directa o indirectamente porque directa o indirectamente, porque tenía el tiempo de servicio para la pensión. ¡Ah! que el acto legislativo impidió que la entidad de manera directa reconociera la prestación y que de una otra forma la subrogara en el sistema, eso sí es así; pero eso no le elimina, bajo ninguna circunstancia, los beneficios que emanan de la convención. Aceptar una interpretación de esas, casi qué significaría eliminar la Convención Colectiva de los capítulos asistenciales previstos ahí en la convención, casi que estaría señalando que el derecho colectivo en los aspectos de sindicalización y negociación perdieron tal nivel de fuerza y capacidad jurídica qué hoy ningún derecho para efectos del banco tendría la capacidad de emanar de la convención; entonces, ese señalamiento o esa conclusión de que sólo es para los pensionados directos del banco constituye un error, no solamente por los supuestos de la señora LUZ AMANDA ESCOBAR, que ya hice la precisión probatoria y fáctica, sino que además los artículos 32 y 40 jamás señalan o utilizan expresiones como pensionados directos, pensionados exclusivos del banco, no utiliza jamás una connotación o calificación de esas, luego entonces por qué no utilizar la interpretación que más beneficia trabajador, que más beneficia a la organización sindical, hacer una interpretación diferente es un mecanismo casi que ponerle una lápida a la organización sindical que ya no va a encontrar ningún beneficio que extender a sus afiliados. Ahora, otro elemento, y es que el despacho señala es que la señora LUZ AMANDA era afiliada a la organización sindical, no, el certificado no dice que era afiliada, el certificado dice que se vinculó y aportó y que sigue gozando de los beneficios convencionales, luego entonces es una apreciación errada de la prueba que pido al Tribunal corregir para entender, en el contexto general de

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala: i) que la demandante laboró de manera ininterrumpida para el BANCO DE LA REPÚBLICA del 10 de octubre de 1991² al 1º de junio de 2016; ii) que se retiró de la entidad por el reconocimiento de una pensión de vejez por parte de Colpensiones, en aplicación del Decreto 758 de 1990; iii) que en vigencia del vínculo la demandante se afilió al sindicato

la discusión, que, insisto, la señora LUZ AMANDA cumple las condiciones para ser pensionado del banco. ¡Ah! ¿que no se la reconoció? pero eso no le elimina la posibilidad de hacerlo. Dos, que las interpretaciones de los artículos 32 y 40 jamás excluyen y jamás señalan qué son pensionados directos, indirectos, luego entonces el despacho utilizó la interpretación más restrictiva, menos favorable, menos beneficiosa para el trabajador, y eso debe corregirse por el Tribunal, sobre todo teniendo en cuenta la prolija jurisprudencia que ya mencioné en los alegatos de conclusión y, por supuesto, en el escrito de demanda, con relación el precedente jurisprudencial que debe en este caso respetarse, sobre todo porque compromete derechos de naturaleza fundamental que emanan de la organización sindical a la que ella hace parte. Finalmente el despacho le resta valor a la ley, excluye y señala con relación a la ley 4ª del 56, que esos beneficios no le aplican cuando realmente, por solo la fecha de celebración de la vinculación de la demandante con el BANCO DE LA REPÚBLICA y el tiempo que estuvo al servicio de la entidad, claramente es destinataria de la norma, y señalé con absoluta claridad que entonces la convención lo que hizo fue a recoger ese cuerpo normativo y plasmarlo en la convención, luego entonces ¿cómo eliminar un beneficio legal con otra interpretación que le resulta menos favorable? decir que la convención o los beneficios pensionales en ese aspecto sólo se extienden a los pensionados directos del banco es indudablemente el mayor error del despacho que pido, por vía de impugnación, corregir. Finalmente, quiero pedirle al honorable tribunal que cuando valore el expediente y la decisión de primera instancia revise el componente constitucional de la decisión, el componente legal del mismo, a su vez la convención colectiva de trabajo en un contexto, verificando por supuesto que emana derechos de naturaleza asistencial que jamás el acto legislativo eliminó; tampoco eliminó los derechos adquiridos, las legítimas expectativas y, en este caso, los derechos de aquellas personas que cumplieron los requisitos de edad de semanas de cotización y de aportes al sistema para ser beneficiarios de la pensión por vejez, en este caso, a cargo del BANCO DE LA REPÚBLICA. Así las cosas, solicito entonces revocar la decisión de primer nivel en los aspectos que señalé, al alcance de la impugnación y, en virtud de ello, condenar al BANCO DE LA REPÚBLICA a reconocer todos y cada uno de los beneficios señalados en la demanda, contenidos en el artículo (sic) 32 y 40, por las razones que ya he expresado en esta apelación y, sumando a ello, cada uno de los planteamientos plasmados en el escrito de demanda. En ese sentido, señora juez, dejo sustentado el recurso y pido concederlo ante el honorable Tribunal - Sala Laboral correspondiente. Muy amable. Muchas gracias”.

² Hecho No. 2 de la demanda: “La señora LUZ AMANDA ESCOBAR CRISTANCHO laboró en forma ininterrumpida al servicio del Banco de la República entre el 10 de octubre de 1991 y el 1º de junio de 2016” (archivo 01 folio 7).

ANEBRE; iv) que la referida asociación sindical y la entidad demandada suscribieron la Convención Colectiva de Trabajo de 1997, en la que se establecieron como los auxilios “*educacional*” y “*médicos, paramédicos, hospitalarios quirúrgicos y odontológicos*” a favor de los trabajadores y de los “*pensionados*”, beneficios que se conservaron en el Acta de Acuerdo para resolver el Conflicto Colectivo de 2017. (ver archivo 01 folios 30 a 81, 119, 120, 216 y 222).

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir si la demandante, pensionada por vejez a través de Colpensiones, tiene o no derecho al pago de los auxilios “*educacional*” y “*médicos, paramédicos, hospitalarios quirúrgicos y odontológicos*” contenidos en los artículos 32 y 40 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en 1997 entre la demandada y el sindicato ANEBRE.

No habrá lugar a pronunciarse acerca de si reunía o no los requisitos para ser pensionada directa del BANCO DE LA REPÚBLICA, ni sobre si laboró o no para dicha entidad con anterioridad al 10 de octubre de 1991, pues tales materias no fueron planteadas en la demanda ni hicieron parte del objeto del litigio fijado en audiencia virtual del 8 de febrero de 2002³ (carpeta 03 Min. 05:15).

Para resolver la apelación se debe advertir que, si bien la Convención Colectiva de Trabajo de 1997 estableció en sus artículos 32 y 48 el reconocimiento a favor de “*los trabajadores y pensionados*” de auxilios “*educacional*” y “*médicos, paramédicos, hospitalarios quirúrgicos y odontológicos*” (archivo 01 folios 36 a 56), tales *beneficios* fueron excluidos del ordenamiento jurídico por el párrafo transitorio tercero del artículo 48 de la

³ Si bien en dicha etapa procesal el apoderado de la demandante manifestó que se debía tener en cuenta que la demandante laboró para la entidad demandada a partir del 1º de febrero de 1983, ello no se incluyó en la fijación de litigio por no considerarlo pertinente y, en todo caso, no era dable *reformular* la demanda en dicha etapa procesal (artículo 28 del CST).

Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005. Los derechos o beneficios que no se hubieran causado o consolidado para el 31 de julio de 2010 se tornaron en expectativas fallidas y sin posibilidad de reconocimiento en el futuro por ausencia de fundamento normativo.

La referida enmienda constitucional -Acto Legislativo 01 de 2005-, en su artículo 1º inciso 5º reguló no solo las reglas extralegales de acceso a la pensión sino también los beneficios que puede otorgar una pensión extralegal a las personas que la estén recibiendo con anterioridad o las que la causen a futuro. Se dispuso al respecto que *“Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido”*.

En consecuencia, beneficios pensionales como los reclamados en este proceso que se hubiesen causado por cumplir los requisitos dispuestos en las reglas extralegales, antes de entrar en vigor del acto legislativo, serán derechos de trabajador. No tienen tal condición las expectativas que tuvieran los pensionados a futuro de acceder a tales beneficios pues -se reitera- estas se vieron truncadas por la expedición del Acto legislativo.

Sobre esto último resultan particularmente claros e ilustrativos, el artículo 17 de la Ley 153 de 1887 al disponer que *“las meras expectativas no constituyen derecho contra la Ley nueva que los anule o cercene”*, y la jurisprudencia Constitucional, según la cual, la aplicación de estatutos normativos derogados no entra dentro de la categoría de los derechos adquiridos⁴.

⁴ Sentencia C-168 del 20 de abril de 1995, M.P. CARLOS GAVIRIA DIAZ, al estudiar la constitucionalidad de los artículos 11, 36 y 288 de la Ley 100 de 1993: *“e. Derechos adquiridos. (...) Lo anterior conduce a afirmar que el derecho adquirido es la ventaja o el beneficio cuya conservación o integridad, está garantizada, en favor del titular del derecho, por una acción o por una excepción. Ajusta mejor con la técnica denominar 'situación jurídica concreta o subjetiva', al derecho adquirido o constituido de que trata la Constitución en sus artículos 30 y 202; y 'situación jurídica abstracta u objetiva', a la mera expectativa de derecho. Se está en presencia de la primera cuando el texto legal que la crea ha jugado*

En la sentencia C-168 de 1995, la Corte Constitucional hizo una clara distinción entre un derecho adquiridos y una expectativa truncada, en materia laboral, por la llegada de una nueva regla normativa. Dijo La Corte: “(...) *Pretender, como lo hace el demandante, la garantía de los derechos aún no consolidados, sería aceptar que la Constitución protege "derechos" que no son derechos, lo cual no se ajusta al Ordenamiento Superior, como se consignó en párrafos anteriores. La pretensión del actor equivale a asumir que los supuestos de eficacia diferida condicional, es decir, aquellos que sólo generan consecuencias jurídicas cuando la hipótesis en ellos contemplada tiene realización cabal, deben tratarse como supuestos de eficacia inmediata y, por ende, que las hipótesis en ellos establecidas han de tenerse por inmodificables aun cuando su realización penda todavía de un hecho futuro de cuyo advenimiento no se tiene certeza. (...) Sólo existe derecho adquirido cuando se han cumplido en su totalidad las hipótesis normativas exigidas para gozar de él. Entonces, mientras no se realicen íntegramente los presupuestos, condiciones o requisitos que la misma norma contempla para adquirir el derecho, mal puede hablarse de "derecho adquirido"; lo que existe es una simple esperanza de alcanzar ese derecho algún día, es decir, una 'expectativa', y como se ha reiterado, la Constitución no las protege*”.

Así las cosas, y al margen de las razones que expuso el Juez de primera instancia –que comparte este Tribunal en cuanto resulta claro que los *beneficios* establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo de 1997 únicamente aplicaban para los trabajadores y *pensionados* directos del Banco, esto es, quienes hubieran cumplidos los requisitos pensionales señalados en el artículo 18 del referido acuerdo convencional (archivo 01 folios 36 a 56), mientras la convención tuvo vigencia en materia pensional, la Sala confirmará

ya, jurídicamente, su papel en favor o en contra de una persona en el momento en que ha entrado a regir una ley nueva. A la inversa, se está frente a la segunda, cuando el texto legal que ha creado esa situación aún no ha jugado su papel jurídico en favor o en contra de una persona (sent. diciembre 12 de 1974)”.

la decisión apelada pues, de todas formas, para el caso de la demandante la norma convencional sobre la cual soporta sus pretensiones fue derogada.

Según la Resolución GNR 413710 del 21 de diciembre de 2015, la pensión de la demandante se causó a partir del 12 de abril de 2013 (archivo 01 folios 76 a 81), esto es con posterioridad al 31 de julio de 2010, fecha en la cual perdieron vigencia los beneficios convencionales en materia pensional según el citado párrafo tercero transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005.

Además y en lo que interesa a este proceso, los *beneficios* extralegales que se pudieran causar en el futuro para ella o para los demás pensionados, por hechos ocurridos después de la fecha señalada en la enmienda constitucional, son expectativas frustradas por falta de un fundamento normativo. Los beneficios reclamados “*educacional*” y “*médicos, paramédicos, hospitalarios quirúrgicos y odontológicos*” nacen claramente bajo supuestos de eficacia diferida condicional, es decir, se causan en la medida en que vayan ocurriendo en el futuro los hechos que los generan. Por ello solo se podían reclamar mientras los acuerdos convencionales tuvieron vigencia para los pensionados, y no luego de su derogación -para ellos- por el Acto Legislativo.

Debe advertir el Tribunal de lo dispuesto en los distintos párrafos del Acto Legislativo, que allí también se regularon las convenciones o pactos colectivos que habían entrado en vigor antes del 25 de julio de 2005, pues el supuesto fáctico del párrafo 2º transitorio dispuso textual y claramente, que “*la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010*”. Con ello se reguló de forma expresa la terminación de cualquier régimen pensional extralegal en materia de acceso a la pensión o de beneficios extralegales que pudiera otorgar tal prestación, salvo aquellos a los que el mismo párrafo excluyó de la regla: i) *el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República* en forma absoluta y desde su origen, y ii) los regímenes legales que por regulación de todos *los párrafos* del Acto

Legislativo mantengan vigentes condiciones distintas a las que definen las leyes del *Sistema General de Pensiones* (VR GR: el régimen pensional de *los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial* bajo la circunstancias que regula el párrafo transitorio primero); o temporalmente en materia de derechos convencionales las condiciones que pudieron subsistir durante la vigencia de los respectivos acuerdos, a los que hace referencia el párrafo 3º transitorio en una afirmación que comprende a los dos enunciados, para disponer que “*En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010*”.

La clara coherencia de la norma constitucional desde el punto de vista sistemático excluye la existencia de una *antinomia jurídica* que se pudiera solucionar aplicando el principio de favorabilidad. Sobre la materia también se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional (sentencia SU-555 de 2014).

Así las cosas, se repite, los beneficios pensionales extralegales que reclama la demandante y que se pudieran causar en el futuro, es decir, por **hechos** ocurridos después de la enmienda constitucional, carecen de fundamento normativo, y no se pueden reconocer judicialmente.

COSTAS en la apelación a cargo de la demandante.

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

RESUELVE

- 1. CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
- 2. COSTAS** en la apelación a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS (\$200.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 20 2020 00264 01
Jairo Herrera Murillo contra Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JAIRO HERRERA MURILLO
CONTRA COLPENSIONES Y OTROS.**

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

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito como lo estableció en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar los recursos de apelación presentados por ambas partes y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 28 de marzo de 2022 por el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se declaró la existencia de contratos de trabajo del demandante con la ASOCIACIÓN HOLSTEIN DE COLOMBIA y la CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA – CORFICOLOMBIANA, respectivamente, y se les condenó a pagar el cálculo actuarial por aportes a pensión a favor del demandante. Además, condenó a COLPENSIONES a *“proceder al estudio y reconocimiento de la pensión de vejez del demandante con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990”*, una vez recibido el cálculo actuarial.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JAIRO HERRERA MURILLO presentó demanda, la cual fue objeto de reforma, contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la ASOCIACIÓN HOLSTEIN DE COLOMBIA y la CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S.A. - CORFICOLOMBIANA, para que mediante los trámites de un proceso

EXP. 20 2020 00264 01
Jairo Herrera Murillo contra Colpensiones y otros.

ordinario laboral se declare que con la ASOCIACIÓN HOLSTEIN DE COLOMBIA existió un contrato de trabajo entre el 1 de enero de 1962 y el 30 de septiembre de 1964 y con la CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S.A. – CORFICOLOMBIANA del 1 de octubre de 1964 al 20 de agosto de 1971; que COLPENSIONES *es responsable de asumir los aportes en mora* causados entre el 1 de abril y el 30 de septiembre de 1999; y que es beneficiario del régimen de transición y cumple los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990 o la Ley 71 de 1988 para causar pensión de vejez. En consecuencia, pide que se condene (i) a la ASOCIACIÓN HOLSTEIN DE COLOMBIA a pagar la reserva actuarial o título pensional de los aportes pensionales correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de enero de 1962 y el 30 de septiembre de 1964; (ii) a la CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S.A. – CORFICOLOMBIANA a pagar la reserva actuarial o título pensional de los aportes pensionales correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de octubre de 1964 y el 31 de diciembre de 1966 y (iii) a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reconocer y pagar pensión de vejez conforme lo previsto en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 o el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, a partir del 31 de enero de 2019 - fecha de la reclamación administrativa- en 14 mesadas anuales, junto con los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación.

Como fundamento de lo pedido afirma que nació el 25 de enero de 1946 y para la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 contaba más de 40 años de edad. Aduce que laboró al servicio de la Asociación Holstein de Colombia del 1 de enero de 1962 al 30 de septiembre de 1964, tiempo que no se encuentra contabilizado en la historia laboral emitida por COLPENSIONES; y al servicio de la Corporación Financiera Colombiana S.A. desde el 1 de octubre de 1964 al 20 de agosto de 1971 pero sólo aparece como tiempo cotizado el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1967 al 20 de agosto de 1971. Indica que en el reporte emitido por COLPENSIONES figura una deuda por no pago con el empleador Asociación Nacional de Empresas entre

EXP. 20 2020 00264 01
Jairo Herrera Murillo contra Colpensiones y otros.

el 1 de abril y el 30 de septiembre de 1999. Asevera que teniendo en cuenta todos los tiempos laborados sumaba 819 semanas de cotización para el 31 de diciembre de 2010 y 1028 semanas para el 31 de diciembre de 2014. Sostiene que, en todo caso, adicionados los periodos referidos, tendría 1407 semanas cotizadas. Refiere que solicitó la corrección de su historia laboral, pero COLPENSIONES le dijo no ser posible acreditar los periodos anteriores al año 1967. Manifiesta que el 31 de enero de 2019 presentó la reclamación administrativa, la cual fue resuelta mediante Resoluciones SUB160101 del 21 de junio, SUB239745 del 3 de septiembre, y DPE 10877 del 4 de octubre de 2019, en las que se negó la pensión de vejez (ver demanda folios 1 a 13 del archivo 01 y archivo 10, expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por las demandadas a través de apoderado judicial.

La CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S.A. – CORFICOLOMBIANA S.A. se opuso únicamente a la pretensión dirigida a que se le condene al pago del cálculo actuarial o título pensional por aportes a pensión causados con anterioridad a diciembre de 1966. Aduce que el deber de afiliar trabajadores al régimen de los seguros sociales surgió con el Acuerdo 224 de 1966 y la cobertura en el territorio no fue inmediata pues la inscripción se iniciaría en las fechas determinadas por la Dirección General del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, por ello la obligación de afiliar al trabajador y pagar aportes en el presente le fue exigible a partir del 1 de enero de 1967. En su defensa propuso las excepciones de mérito de *inexistencia de la obligación de pago con anterioridad al 1 de enero de 1967*, prescripción, buena fe y la innominada (folios 3 a 12 del expediente digital, archivo 05, trámite de primera instancia).

La ASOCIACIÓN HOLSTEIN DE COLOMBIA dijo no constarle ninguno de los hechos y se opuso a todas las pretensiones *ateniéndose a lo que resulte probado*. Asegura que buscó dentro de sus bases de datos la historia laboral del demandante, pero no encontró información alguna que de cuenta de su

EXP. 20 2020 00264 01
Jairo Herrera Murillo contra Colpensiones y otros.

vinculación con esa sociedad, y aunque pidió a la administradora de pensiones un reporte de los aportes realizados a favor del actor, esa entidad no dio respuesta alguna. Como excepciones de fondo propuso las que denominó *inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de la obligación de pagar aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, cobro de lo no debido* y prescripción (ver contestación, folios 3 a 9 del archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se opuso a todas las pretensiones formuladas en su contra. Indica, en primer lugar, que la protección de los riesgos de invalidez, vejez y muerte fueron asumidos por el ISS a partir de 1967, razón por la cual no podía existir afiliación antes de esa fecha, por ser inexistente la cobertura. Indica que no es posible endilgarle culpa alguna por la negligencia u omisión en el pago de aportes, en caso de llegarse a probar la existencia de los contratos laborales. Refiere que en la historia laboral no existe reporte del empleador *ASOCIACIÓN NACIONAL* para el periodo comprendido entre abril y septiembre de 1999 y el demandante debe acreditar la relación laboral con dicho empleador o el pago de los aportes, pero en manera alguna es COLPENSIONES responsable de asumirlos. Con relación a la pensión pretendida, refiere que, aunque en principio el actor era beneficiario del régimen de transición por edad, no extendió sus efectos hasta el 2014, pues solo contaba con 528,15 semanas cotizadas al 25 de julio de 2005, y no había cumplido los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990 ni en la Ley 71 de 1988, antes del 31 de julio de 2010. Advierte que para que proceda la contabilización de los periodos sobre los cuales se solicita la reserva actuarial o título pensional, se requiere que el valor de este sea efectivamente trasladado a satisfacción por la entidad administradora seleccionada por el trabajador. Como excepciones de mérito propuso las de falta de legitimación en la causa, inexistencia del derecho reclamado, buena fe de COLPENSIONES, *presunción de legalidad de los actos administrativos*, cobro de lo no debido, *no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago*

EXP. 20 2020 00264 01
Jairo Herrera Murillo contra Colpensiones y otros.

del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (ver contestación archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 28 de marzo de 2022 por medio de la cual el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la existencia de un contrato de trabajo con la ASOCIACIÓN HOLSTEIN DE COLOMBIA entre el 1 de enero de 1962 y el 30 de septiembre de 1964, y otro con la CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S.A. CORFICOLOMBIANA del 1 de octubre de 1964 al 31 de diciembre de 1966, y condenó a ambas demandadas a pagar a favor del demandante el cálculo actuarial por dichos periodos, no cotizados al sistema pensional. Además, le ordenó a COLPENSIONES que proceda al estudio y reconocimiento de la pensión, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, una vez cumplida la obligación a cargo de la ASOCIACIÓN HOLSTEIN DE COLOMBIA y la CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA – CORFICOLOMBIANA S.A.

La parte resolutive de dicha providencia tiene el siguiente tenor literal:
“PRIMERO: DECLARAR que entre JAIRO HERRERA MURILLO y la ASOCIACIÓN HOLSTEIN DE COLOMBIA se ejecutó un contrato de trabajo desde el 01 de enero de 1962 hasta 30 de septiembre de 1964, conforme a las consideraciones de la parte motiva. SEGUNDO: DECLARAR que entre JAIRO HERRERA MURILLO y la CORPORACION FINANCIERA COLOMBIANA S.A. - CORFICOLOMBIANA se ejecutó un contrato de trabajo desde el 01 de octubre de 1964 hasta el 31 de diciembre de 1966, igualmente conforme a las consideraciones precedentes. TERCERO: CONDENAR a la ASOCIACIÓN HOLSTEIN DE COLOMBIA y a la CORPORACION FINANCIERA COLOMBIANA S.A.,-CORFICOLOMBIANA, a la constitución de un título pensional, previo cálculo actuarial que para el efecto solicitarán a COLPENSIONES, con el fin que cubran los aportes que no le cotizó al demandante por falta de afiliación en el periodo comprendido

EXP. 20 2020 00264 01
Jairo Herrera Murillo contra Colpensiones y otros.

entre el desde el 01 de enero de 1962 hasta 30 de septiembre de 1964 y desde el 01 de octubre de 1964 hasta 31 de diciembre de 1966, respectivamente, y procederán a situarlo a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, fondo al cual se encuentra afiliado el demandante, conforme a las consideraciones de la parte motiva. Como ingreso base de cotización se tendrá el salario devengado por el demandante, y de no existir archivo sobre el mismo, se tendrá el salario mínimo legal mensual vigente para la data. CUARTO: Una vez cumplido lo anterior, la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, procederá al estudio y reconocimiento de la pensión de vejez del demandante con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, conforme a las consideraciones de la parte motiva. QUINTO: COSTAS a cargo de la ASOCIACIÓN HOLSTEIN DE COLOMBIA y la CORPORACION FINANCIERA COLOMBIANA S.A. – CORFICOLOMBIANA. Tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho el equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, pagaderos a cuota parte. SEXTO: De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que se le está ordenando a Colpensiones, entidad y régimen general de pensiones del cual es garante la Nación, es decir, se condenó a COLPENSIONES al estudio y reconocimiento pensional con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990” (audiencia virtual, archivo 026 del expediente digital, récord 1:07:14).

Para tomar su decisión el juez consideró, en primer lugar, que no existía discusión frente al contrato que el demandante alegaba ocurrido con CORFICOLOMBIANA en los extremos indicados en la demanda, porque, además de ser un hecho excluido del debate probatorio, se constataba con la certificación arrimada a las diligencias. Con relación al vínculo del actor con la Asociación Holstein de Colombia encontró probada la prestación de servicio con la declaración del testigo y, a partir de la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T., declaró el contrato en los términos solicitados por el convocante. Frente al pago de los aportes a pensión, con fundamento en

EXP. 20 2020 00264 01
Jairo Herrera Murillo contra Colpensiones y otros.

el actual criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia, estimó que se debía cumplir con el pago del título pensional correspondiente sin importar las razones por las cuales el empleador dejó de afiliarse al trabajador, entre ellas la falta de cobertura. En lo que toca a la pensión de vejez, concluyó que el demandante era beneficiario del régimen de transición por edad, el cual extendió hasta el 2014 teniendo en cuenta las semanas cotizadas que figuran en el reporte expedido por COLPENSIONES, los tiempos de servicio público y las semanas ordenadas pagar mediante cálculo actuarial, las cuales sumaban, para la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, 792,41 semanas. Además, determinó que para el 31 de diciembre de 2014 el demandante tenía más de 1000 semanas cotizadas, por lo que su prestación debía analizarse a la luz de lo regulado en el Acuerdo 049 de 1990, dejando supeditado su reconocimiento por parte de la entidad pensional, al pago del cálculo actuarial ordenado.

RECURSOS DE APELACIÓN

Contra la decisión anterior propusieron apelación todas las partes.

En el recurso del DEMANDANTE, su apoderada solicita que se ordene el pago de la pensión de vejez a partir del 30 de junio de 2011, fecha en que se causó la prestación en los términos del Acuerdo 049 de 1990, pues no quedó definido en la sentencia de primera instancia el momento a partir del cual se debe empezar a pagar, y que se disponga el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o la indexación¹ (audiencia virtual, archivo 026 del expediente digital, récord 1:11:58).

¹ “Me permito presentar recurso de apelación en el sentido de que se ordene el reconocimiento, pues que no se especificó exactamente la fecha a partir de la cuando (sic) cumplió el demandante con los requisitos de edad y semanas de cotización una vez se cancele el cálculo actuarial que constituye ese título pensional. En esas condiciones dentro del plenario quedó probado y solicitó al honorable Tribunal que se condene a Colpensiones a reconocer la prestación económica de la pensión de vejez a mi representado a partir del 30 de junio del año 2011, fecha en que el demandante cumplió con los requisitos de edad y semanas de cotización conforme a los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 del 90, teniendo en cuenta para ello, pues que la condena que emitió el despacho respecto a los títulos pensionales con las demandas HOLSTEIN desde el 1 de enero del 62 al 30 de septiembre al 64 y desde el 01 de octubre del 64 hasta el 31 de diciembre del 66 con la

EXP. 20 2020 00264 01

Jairo Herrera Murillo contra Colpensiones y otros.

En el recurso de CORFICOLOMBIANA, afirma que sólo hasta el 1 de enero de 1967, cuando se dio aplicación al Acuerdo 224 de 1966 aprobado mediante Decreto 3041 de 1966, surgió en cabeza suya la obligación de afiliarse al demandante al sistema de seguridad social, como en efecto lo hizo. Sostiene que en la sentencia no se consideró el valor sobre el cual se debía realizar el cálculo actuarial, y al no existir prueba dentro del plenario, no debió accederse a lo pretendido² (audiencia virtual, archivo 026 del expediente digital, récord 1:15:22).

razón social la Corporación Financiera Colombiana, igualmente teniendo en cuenta para ello que el Honorable Tribunal tenga en cuenta las semanas que fueron, que se encuentran con mora patronal, con la razón social ASOCARGAS entre el 01 de abril de 99 al 30 de septiembre del 99 con la razón social Asociación Nacional de Empresas, tiempos que dentro del plenario quedaron probados que efectivamente se encuentran en deuda patronal, su empleador presenta deuda por no pago, así lo estableció Colpensiones en la historia laboral de fecha de actualización 22 de enero del 2013, en la rendición de observación, con la observación que acabo de mencionar "su empleador presenta deuda por no pago". Igualmente solicitó al honorable Tribunal que se ratifique la condena en cuanto a las demandas Holstein y CORFICOLOMBIANA, pero en cuanto a Colpensiones a que se ordene a reconocer la prestación económica de la pensión de vejez a partir del 30 de junio del 2011, fecha en que el demandante cumplió con los requisitos de edad, reitero edad y semanas de cotización, asimismo, igualmente, solicitó se condene a los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 del 93 o la indexación, teniendo en cuenta que frente a ese punto el despacho no se pronunció. En esas condiciones, respetuosamente solicito al honorable tribunal confirmar la sentencia en cuanto a las condenas establecidas por el despacho en la sentencia que se acaba de emitir y se condene a Colpensiones a reconocer la prestación a partir del 30 de junio del 2011 y a los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. En esas condiciones dejo sentado en el recurso de apelación a efectos de que el Honorable Tribunal Superior Sala Laboral, confirme la sentencia en cuanto a las condenas emitidas por el despacho, pero se establezca en la condena en la fecha de la causación que sería 30 de junio del 2011 y a los intereses moratorios."

² "Muchas gracias, señor juez, de manera respetuosa y dentro del término procesal oportuno, me permito presentar recurso de apelación y sustentar el mismo de conformidad con el artículo 66 del Código procesal del trabajo y la seguridad social en cual me permito manifestar lo siguiente: solicito respetuosamente del honorable tribunal, se revoquen los numerales segundo, tercero y quinto de la parte resolutive de la sentencia, atendiendo que, de manera respetuosa, recibimos las consideraciones realizadas sin embargo, no compartimos los argumentos expuestos, atendiendo que si bien la jurisprudencia citada por el despacho de instancia señala una postura o un criterio ya indicado, el mismo no es de recibo atendiendo que las obligaciones por la teoría general, se causan o se genera su cumplimiento una vez que se genera la misma y este hecho generador de obligación para el empleador, en este caso, para mi representada Corficolombiana corresponde a que la obligación solamente se ha hecho o se hace exigible a partir de la aplicación del Acuerdo 224 del 66, aprobado por el decreto 3041 del 66 y específicamente la Resolución 831 del mismo año. Por tal razón, antes del 01 de enero del 1967, mi representada no había generado obligación o no tenía en su contra obligación alguna pendiente por cumplir, por cuanto, por el contrario, como se observa en la prueba documental aportada, una vez se causó la obligación, siendo clara y exigible, mi representada procedió a dar cumplimiento a

EXP. 20 2020 00264 01

Jairo Herrera Murillo contra Colpensiones y otros.

En el recurso de HOLSTEIN DE COLOMBIA, su apoderado afirma que no se acreditó la prestación personal del servicio y, por ende, la relación laboral con esa sociedad, pues el testigo sobre el que se sustenta la decisión condenatoria de primera instancia, era de oídas y la información que entregó se basó en lo que le refirió el propio demandante. En esa medida, a su juicio, no había lugar a dar aplicación a la presunción legal. Por otra parte, advierte que la obligación legal de cotizar al sistema de pensiones nació hasta el año 1967, no siendo posible que la jurisprudencia *pase por encima* de las disposiciones legales para imponer una carga retroactiva, que no estaba contemplada por la ley para la época³ (audiencia virtual, archivo 026 del expediente digital, récord 1:20:20).

lo normado en las resoluciones indicadas y decretos indicados y afilió al demandante a la seguridad social. Por otro lado, debo indicar que no había, no era posible emitir condena alguna en atención a que debemos tener claro que las decisiones por las cuales, las decisiones que deben adoptarse una sentencia deben estar basadas en hechos ciertos y precisos, no pueden estar sometidas a consideraciones o a una argumentación subjetiva, es por eso que la parte resolutive inclusive no se consideró a lo largo de la decisión el valor que presuntamente debía sobre el cual debía realizarse la cotización o el cálculo actuarial. No puede dejarse en una parte resolutive por carecer de claridad y exigencia uno u otro recordemos que los falladores están en la obligación, de conformidad con el Código General del Proceso, de aplicar una condena en concreto, por ende, al no haber existido prueba dentro del plenario de en lo que corresponde a mí representa del 01 de octubre del 64 al 31 de diciembre del 66 cuál era el valor, más aún cuando consideramos que no existía obligación alguna, solicito respetuosamente que no se acceda y que, en consecuencia, se revoquen los numerales indicados al inicio de este recurso, solicitando la absolución de mi representada. En los anteriores términos dejo sustentado el recurso de apelación. Muchas gracias”.

³ “Gracias, señor juez de la manera respetuosa y estando dentro del término legal para ello me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia que usted acaba de dictar en sede de primera instancia, con base en los siguientes términos: Desde el principio del proceso se denotó que la prueba de la presunta relación laboral o de la supuesta relación laboral entre mi representa y el demandante brillaba por su ausencia. Posteriormente en la reforma de la demanda se incluyó un testigo sobre el cual la parte actora pretendió o con el cual la parte actora pretendió probar la relación laboral, un testigo que nos sorprende como el despacho lo interpreta porque el señor, solamente dijo no solo manifestó que lo había conocido aquí en Holstein, sin precisar que hacía el demandante, claro como lo hacía, solamente se valía de su amistad con el demandante y se valió de lo que el demandante le contó, cosa que al despacho le da plena credibilidad, o sea, el testigo se sabe el extremo inicial de la relación laboral porque el demandante se lo contó, sabe el extremo final de la relación laboral porque el demandante se lo contó, sabe las funciones de las supuestas funciones de la relación laboral que acaba de declarar la primera instancia, porque el demandante se lo contó. Entonces no entendemos cómo el despacho en su valoración determina que no es un testigo de oídas, e incluso, al ser ésta la única prueba en una presunta relación laboral entre las partes mi representada y el demandante, el despacho hace el resto de la tarea. Dice, no es que yo creo que el salario era el salario mínimo legal mensual vigente, porque entre otras cosas, eso tampoco está probado dentro del proceso, o sea, el despacho parte de supuestos, supuestos y con base en supuestos nos condena, con base en una presunción legal que, como se expuso en los alegatos de conclusión, no podía

EXP. 20 2020 00264 01

Jairo Herrera Murillo contra Colpensiones y otros.

Finalmente, en el recurso de COLPENSIONES, pide que se revoque la sentencia en su integridad. Afirma que no se acreditó la relación laboral con las demandadas HOLSTEIN y CORFICOLOMBIANA, y que, en todo caso, no hay lugar a realizar el cálculo actuarial por los periodos ordenados, ya que el ISS solo asumió la cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte en enero de 1967. Frente a la pensión de vejez, sostiene que su reconocimiento debe ser condicionado al pago del cálculo actuarial, ya que solo hasta ese momento se tendrá certeza sobre las semanas que hay que adicionar a la historia laboral para establecer con ello si el demandante era o no

ser probada, no podía ser aplicada, perdón, porque es que no existe prueba alguna de la prestación personal del servicio, más que un señor que se encontraba en partido de fútbol con otro señor y el otro señor, le contaba como oiga sí, mire, yo trabajo al lado, hago tal cosa y eso es lo que el despacho le da plena credibilidad más cuando el testigo aceptó que los une una fuerte amistad allí, o sea, yo no puedo entender como un proceso de esta trascendencia jurídica, se falla con base en un testigo de oídas y el despacho termina de hacer la tarea y supone el salario, supone la prestación personal del servicio y supone la subordinación del contrato de trabajo, porque es que nada de eso está probado el proceso, nada de eso está probado en el proceso. Ahora bien, entendemos el criterio jurisprudencial que expone el despacho en su sentencia respecto de la obligatoriedad de cotización, sin embargo, no la compartimos porque es que la ley no puede ser aplicada con retroactividad, en caso de que la relación laboral se considere probada por parte del honorable Tribunal entre Holstein y el demandante. No puede ser, va contra la seguridad jurídica que, por consolidar un derecho, inexistente por demás al momento en que supuestamente la relación laboral se produjo, vayamos en contra de los derechos adquiridos del sistema de fuentes del derecho y además del razonamiento jurídico, la jurisprudencia nunca ha estado por encima de la Ley. De acuerdo con el artículo 230 de la Constitución Nacional colombiana, las fuentes del Derecho son constitución, ley, jurisprudencia. Luego, si hasta 1967 nació la relación, la obligación legal de cotizar al sistema de pensiones creado en ese entonces o puesto en funcionamiento en ese entonces, porque se creó en el 45, no puede la Corte Suprema de Justicia ni ningún otro juez, como lo hizo el despacho de primera instancia, pasar por encima de las disposiciones legales y determinar que alguien, que existía una obligación retroactiva, que nunca se contempló por parte de los empleadores de esa época. Es verdad que los empleadores tenían o tienen un deber de protección con sus trabajadores, pero ese deber de protección en ese en ese momento, se sustentaba o se veía reflejado en otra prestación completamente diferente que era una pensión de jubilación, que aun si mi representada hubiese estado en una relación laboral con el demandante que insistimos no está probada, pues tampoco llegó a causarse la pensión de jubilación porque no se cumplían los requisitos. Entonces Honorables magistrados yo sí le solicito que, en sede de segunda instancia, revoque la sentencia que se está apelando en relación con la declaratoria de la existencia de la relación laboral entre mi representado, entre mi representada y la parte demandante y, además, revoque la condena relacionada con la constitución de un título actuarial en favor del demandante y en contra del Holstein de Colombia, toda vez que no se probaron los elementos del artículo 23 del Código del trabajo y que así se hubieran probado, la obligación legal de pensión surgió el 01 de enero 1967, muchas gracias”.

EXP. 20 2020 00264 01
Jairo Herrera Murillo contra Colpensiones y otros.

beneficiario del régimen de transición, y cuál es el régimen aplicable⁴ (audiencia virtual, archivo 026 del expediente digital, récord 1:26:43).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala: (i) que entre el demandante y la CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S.A. – CORFICOLOMBIANA, existió un contrato de trabajo entre el 1 de octubre de 1964 y el 31 de diciembre de 1966, situación que encuentra soporte -además- en la certificación laboral expedida por esa sociedad (folio 40, archivo 05) y en la confesión de ese extremo procesal vertida en la contestación a la demanda; y (ii) que el trabajador no estuvo afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES por el periodo que duró la relación laboral con esa corporación.

⁴ “Gracias su señoría, siendo la instancia procesal adecuada interpongo el recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir en su despacho para solicitar a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en la sala laboral la revoquen en su integridad por las siguientes razones: Primero: No se encuentra conforme este apoderado judicial con el criterio que tuvo el despacho para decretar la relación laboral entre el demandante y Holstein de Colombia y también Corficolombiana, ya que si bien el despacho pues cuenta con la facultad de la de la facultad que le otorga el artículo 24 del trabajo, esta es la presunción de que el contrato de trabajo (sic), no es menos cierto que dentro del sustento probatorio, del acervo que se logró recaudar en el presente proceso no se logra evidenciar la existencia de un contrato laboral y mucho menos los extremos laborales en ese sentido, pues COLPENSIONES al ser un una parte ajena a este, pues dentro de la existencia de relación laboral, pues tiene que atenerse a las pruebas que se han practicado en este proceso y las cuales no generan la suficiente credibilidad como para que el fallador pueda salir de toda duda y en este momento decretar la relación laboral, tampoco realizar el cálculo actuarial ordenado de periodos cotizados antes de 1967, ya que el seguro social inició operación el 01 de enero del 1967 respecto a las cotizaciones para la protección de riesgos de vejez, invalidez y muerte y por lo cual no puede haber existido afiliación al riesgo de vejez desde esa fecha atendiendo la inexistente la cobertura, como ya lo he dicho, del riesgo por parte de mi representada o en ese caso el instituto de los seguros sociales. Respecto entonces a la pensión de vejez ésta debe ser declarada sujeta a condición, ya que, al momento pues este cálculo actuarial no ha sido pagado ni tampoco conocemos cuál es la densidad semanas que el demandante entonces aunaría a su historia laboral y en ese sentido, no sabremos dentro de quien periodos también se deben contabilizar las mismas para sostener si el aquí el actor es beneficiario o no del régimen de transición o que norma es aplicable para el caso concreto, de tal forma que en este en este caso pues se debió solamente condenar al cálculo actuarial y obviamente por trámite legal que le corresponda a mí representa a estas misma estudiará la pensión de vejez en el caso en el que el demandante la pida en vía administrativa. En tal sentido pues Colpensiones debe ser absuelta de todas las pretensiones que sean incoadas en su contra, sobre todo por el reconocimiento de la pensión y en esos términos dejo sustentado mi recurso su señoría, muchas gracias.”

EXP. 20 2020 00264 01
Jairo Herrera Murillo contra Colpensiones y otros.

En consonancia con los recursos de apelación presentados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal estudiará: (i) si se acreditó o no la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la ASOCIACIÓN HOLSTEIN DE COLOMBIA en el periodo comprendido del 1 de enero de 1962 al 30 de septiembre de 1964; (ii) si hay lugar a ordenar el pago del cálculo actuarial ante COLPENSIONES por los aportes del referido periodo, y por el comprendido ente el 1 de octubre de 1964 y el 31 de diciembre de 1966, en el cual el actor laboró con la demandada CORFICOLOMBIANA; y (iii) si hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez que se reclama a cargo de COLPENSIONES teniendo en cuenta los periodos que puedan estar a cargo de HOLSTEIN DE COLOMBIA y la CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S.A., y presuntos periodos en mora del año 1999, para lo cual se definirán los parámetros con los cuales se debe reconocer la prestación, y la procedencia de intereses los moratorios o la indexación.

(i) CONTRATO DE TRABAJO. Para resolver lo primero, son pertinentes los artículos 22 y 23 del CST, que definen al contrato de trabajo como “*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*”, disponen como elementos esenciales de este contrato a la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica, para éste, la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos; y el salario como contraprestación directa del servicio.

Una vez reunidos estos tres elementos -dice el artículo 23- *se entiende* que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se agreguen.

EXP. 20 2020 00264 01
Jairo Herrera Murillo contra Colpensiones y otros.

De las normas referidas y del artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden una *presunción legal*, por cuya virtud toda relación en la que se involucre la prestación de un servicio personal está regida por contrato de trabajo, es decir, se presume ejecutada bajo *subordinación*. Ello trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia del contrato de trabajo, pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de la prueba a quien alega hechos *presumidos* por el legislador.

Sin embargo, para que la presunción legal de subordinación opere, se requiere la prueba del hecho que la genera: la prestación de un *servicio personal* de quien alega la existencia del contrato de trabajo en favor de la persona a quien llama al proceso como su empleador.

Con estas reglas procesales y una vez revisado el expediente, el Tribunal modificará la decisión de primera instancia, pues el demandante no cumplió con la carga de probar de manera fehaciente la prestación de un servicio personal en favor de la sociedad HOLSTEIN DE COLOMBIA por todo el período reclamado.

Solo se demostró dicha prestación personal del servicio en el lapso transcurrido entre el 1 de febrero de 1962 y el 30 de junio de ese mismo año (1962). Conforme a ello, se presume que tales servicios se ejecutaron bajo subordinación, elemento cuya existencia no fue desvirtuada por las demandadas.

Al punto, la única prueba que fue incorporada a las diligencias sobre la relación laboral que se alega existente entre el demandante y HOLSTEIN DE COLOMBIA entre el 1 de enero de 1962 y el 30 de septiembre de 1964, fue la declaración testimonial de LUIS ALBERTO SARMIENTO TORRES⁵. Dicho testigo informó que conoció al actor cuando ingresó a laborar para esa empresa el 1 de febrero de 1962, fecha para la cual el demandante ya se encontraba trabajando en la compañía. Dice que el demandante laboraba

EXP. 20 2020 00264 01
Jairo Herrera Murillo contra Colpensiones y otros.

como auxiliar de control lechero en horario de 8:00 a.m. a 12:00 y de 2:00 a 5:00 p.m., aunque en ocasiones también desarrolló labores de mensajería. Sostuvo que, pese a que se retiró de HOLSTEIN el 30 de junio de 1962, sabe que el demandante trabajó en esa empresa hasta el 30 de septiembre de 1964, porque se convirtieron en amigos muy cercanos que compartían escenarios deportivos, y en alguna oportunidad el mismo actor así se lo comentó, y que fue el mismo demandante quien le dijo que su ingreso a la compañía había sido el 1 de enero de 1962.

Como se ve, el deponente solo puede dar cuenta directa y certera de la prestación personal de un servicio del demandante a favor de HOLSTEIN DE COLOMBIA por el periodo en el cual observó dicha situación por estar laborando para esa compañía, único hecho del cual tiene constancia directa. De tal declaración no se obtiene prueba suficiente frente a otros momentos, pues respecto en los extremos referidos en la demanda y reconocidos en la sentencia apelada (fecha de ingreso y de retiro) el testigo no estaba vinculado con esa demandada y la información que otorgó ante el estrado la obtuvo por información que recibió del mismo demandante. Además, causa sospecha la precisión del testigo en la indicación de las fechas, pues pese a que han transcurrido más de 50 años desde esa época y el deponente cuenta más de 80 años, no dudó al momento de responder al cuestionamiento realizado sobre extremos exactos que le expuso la apoderada de la parte actora, lo que le resta espontaneidad en estos aspectos.

Probado el *servicio personal* en el lapso referido, correspondía al extremo demandado desvirtuar la subordinación, para lo cual debía traer al proceso evidencia clara de que las labores se ejecutaron con plena autonomía técnica y directiva. Para ello ningún medio de prueba se arrimó a las diligencias.

Así las cosas y dado que la carga de desvirtuar la existencia del elemento *subordinación* la tenía la demandada, y que dicha carga no fue cumplida, se

⁵ Audiencia del 16 de febrero de 2022, récord 37:16.

EXP. 20 2020 00264 01
Jairo Herrera Murillo contra Colpensiones y otros.

modificará la sentencia de primera instancia para declarar la existencia del contrato de trabajo, entre el 1 de febrero y el 30 de junio de 1962.

(i) PAGO DE APORTES POR TIEMPOS LABORADOS SIN COBERTURA DEL ISS. Para resolver sobre esta materia, el Tribunal seguirá el criterio jurisprudencial expresado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la función que le asigna el ordenamiento jurídico como Juez de Casación Laboral, para unificar la jurisprudencia en asuntos como el que se decide.

En la sentencia dictada el 16 de julio de 2014, radicación No. 41745 y en copiosa jurisprudencia dictada con posterioridad⁶, esa Corporación recogió expresamente el criterio que había expresado con anterioridad, y dispuso la responsabilidad del empleador por los periodos laborados y no cotizados o pagados al Sistema de Pensiones o a entidades de seguridad social, durante los cuales no había cobertura de los riesgos de Invalidez, Vejez o Muerte.

Para ese efecto estimó la Sala Laboral de la Corte –en la primera de las sentencias referidas–, lo siguiente: *“(...) no puede estimarse que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligación respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la lectura del 1613 del C.C., porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones*

⁶ Reiterada mediante sentencias SL 939 de 2019, M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO, SL 197 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, SL 14388 de 2015, M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO.

EXP. 20 2020 00264 01
Jairo Herrera Murillo contra Colpensiones y otros.

debidas. (...) bajo la égida de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones en cabeza del empleador, en el período en que no existió cobertura del I.S.S., parece desconocerse que el trabajador no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional”.

Con esta premisa jurisprudencial, se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de la CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA y de HOLSTEIN DE COLOMBIA el pago, mediante cálculo actuarial, de los aportes correspondientes a los periodos durante los cuales, conforme a la historia laboral actualizada a 9 de marzo de 2022, no hubo afiliación del demandante y se demostró la existencia de contrato de trabajo.

Así, a la CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA le atañe el pago de los aportes correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de octubre de 1964 y el 31 de diciembre de 1966, y a HOLSTEIN DE COLOMBIA S.A. el pago de los aportes correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de febrero y el 30 de junio de 1962.

El cálculo actuarial en el tiempo referido se debe realizar sobre el salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV) de cada anualidad, pues la parte actora no aportó prueba de los salarios devengados por un valor superior, razón por la cual se modificará también en este punto la sentencia de primer grado.

El cálculo actuarial lo deben pagar la CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA – CORFICOLOMBIANA y HOLSTEIN DE COLOMBIA S.A. en su totalidad, pues solo desde la expedición del Decreto 3041 de 1966 se impuso al trabajador la obligación de pagar un porcentaje cierto y específico de la cotización para cubrir los riesgos de IVM, riesgos que antes se

EXP. 20 2020 00264 01
Jairo Herrera Murillo contra Colpensiones y otros.

encontraban a cargo de los empleadores directamente. Sobre la materia, la Sala Laboral de la Corte ha precisado, claramente, que el trabajador no puede participar como deudor de las obligaciones de pago de cálculos actuariales por tiempos durante los cuales no hubo afiliación al Sistema de pensiones (sentencias SL2584-2020, SL4921-2001, SL3867-2021 entre otras).

(ii) RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. Para resolver sobre este punto de la apelación propuesta por el demandante y por Colpensiones, frente a la pensión que se reconoció en primera instancia, advierte el Tribunal que COLPENSIONES solo será deudora de la obligación pensional que se pueda derivar tiempos laborados por el trabajador y que no consten dentro de su historia laboral, cuando haya recibido a satisfacción los pagos correspondientes.

Por ello las semanas transcurridas entre el 1 de octubre de 1964 y el 31 de diciembre de 1966 y las transcurridas del 1 de febrero al 30 de junio de 1962, se imputarán por el tribunal para definir el acceso del demandante a la prestación; pero la obligación a cargo de Colpensiones (pagar las mesadas) está condicionada al recibo de los cálculos actuariales correspondientes. Así lo disponen clara y perentoriamente: el inciso 1° del Parágrafo 1°, artículo 33 de la Ley 100 de 1993⁷, y el artículo 17 del Decreto 1474 de 1997⁸.

⁷ “En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional”.

⁸ “En caso de que el trabajador haya elegido el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para efectos de computar para la pensión el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores del sector privado que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones, es necesario que previamente se haya cancelado el valor del cálculo actuarial o título pensional de acuerdo con las normas que regulan dichos títulos. De no darse la cancelación de dicho valor, de acuerdo con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, no se tomarán en cuenta las semanas correspondientes para el cálculo de la pensión. Solamente una vez cancelado el valor del título pensional y a partir de dicha fecha, será exigible el valor de la pensión tomando en cuenta las semanas laboradas o cotizadas en la empresa o entidad emisora del título”.

EXP. 20 2020 00264 01
Jairo Herrera Murillo contra Colpensiones y otros.

Con la precisión anterior y revisadas las pruebas aportadas para definir si procedía o no la aplicación de normas anteriores a la Ley 100 de 1993 en la pensión de vejez que reclama JAIRO HERRERA MURILLO, el artículo 36 de esa normatividad estableció un régimen de transición del cual se benefician los afiliados que tenían, para la fecha de entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social en pensiones, 35 años de edad las mujeres, o 40 años los hombres, condición que demostró el demandante, pues nació el 25 de enero de 1946 y por ende tenía más de 40 años de edad para el 1º de abril de 1994⁹.

No obstante, el Acto legislativo 01 de 2005, mediante el cual se adicionó el artículo 48 de la CN, dispuso en uno de sus párrafos transitorios la expiración del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 a partir del 31 de julio de 2010, dejando a salvo *únicamente* a los trabajadores o afiliados que para la fecha de entrada en vigor de la enmienda constitucional (el 25 de julio de 2005) tuvieran 750 semanas de cotización al Sistema o el equivalente en tiempo de servicios.

Para estas personas se conservó el régimen de transición hasta el año 2014.

Con estas claras reglas y una vez revisado el expediente, encuentra el Tribunal que el demandante sólo demostró **693,71** semanas para el 25 de julio de 2005 (cuando tuvo vigencia el Acto Legislativo), y por ello perdió el régimen de transición que permitiría aplicar a su situación el Acuerdo 049 de 1990.

Esta densidad se obtiene de computar: (i) **412,44** reportadas en la historia laboral actualizada por COLPENSIONES a 9 de marzo de 2022; (ii) **116,71** semanas de tiempos de servicios públicos que también figuran en el reporte emitido por COLPENSIONES (ver archivo 21 del expediente digital, trámite

⁹ El demandante tenía 48 años, pues según se observa en la cédula de ciudadanía aportada nació el 25 de enero de 1946 (folios 18 y 19, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 20 2020 00264 01
Jairo Herrera Murillo contra Colpensiones y otros.

de primera instancia); (iii) **117,29** semanas que corresponden al periodo comprendido entre el 1 de octubre de 1964 y el 31 de diciembre de 1966 respecto de los cuales se ordenó el pago mediante cálculo actuarial a cargo de CORFICOLOMBIA; (iv) **21,29** semanas que corresponden al periodo comprendido entre el 1 de febrero y el 30 de junio de 1962, respecto de los cuales se ordenó el pago mediante cálculo actuarial a cargo de HOLSTEIN DE COLOMBIA y (v) **26** semanas que corresponden a los ciclos de cotización de abril a septiembre de 1999 con el empleador ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESAS, pues en la historia laboral se reportó afiliación a partir de julio de 1998, sin que se advierta novedad de retiro. Debe advertir el Tribunal, según lo ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que la omisión del empleador en el pago oportuno de los aportes no se puede cargar al afiliado para desconocer sus derechos pensionales, por lo que se deben tener en cuenta los periodos durante los cuales exista (i) vínculo laboral, (ii) mora del empleador en el pago de cotizaciones, y (iii) omisión del fondo de pensiones en obtener el pago de dichos aportes (sentencia de 5 de junio de 2012, radicación 41958).

Como tampoco se demostraron los requisitos de acceso a la pensión antes del 31 de julio de 2010, bajo la regulación del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, dado para el 26 de enero de 2006 -cuando cumplió 60 años- sólo contaba con 35,29 semanas cotizadas en los 20 años anteriores (entre 1986 y 2006), y 693,71 semanas acumuladas de tiempos públicos y privados imputables a pensión durante toda la vida laboral (desde 1967 hasta ese momento), y para el 31 de julio de 2010 -fecha hasta la cual se extendía el régimen de transición a su favor- había acumulado menos de las 1000 semanas en cualquier tiempo (tenía 835,14), se revocará la sentencia apelada en cuanto ordenó a COLPENSIONES el *“estudio y reconocimiento de la pensión de vejez del demandante con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990”*.

Por el resultado de los recursos las COSTAS en la apelación corren a cargo de CORFICOLOMBIANA.

EXP. 20 2020 00264 01
Jairo Herrera Murillo contra Colpensiones y otros.

DECISION

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

RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia para declarar que el contrato de trabajo entre el demandante y HOLSTEIN DE COLOMBIA S.A. se ejecutó entre el 1 de febrero y el 30 de junio de 1962.
2. **MODIFICAR** el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia para declarar que el título pensional a cargo de la demandada HOLSTEIN DE COLOMBIA S.A. corresponde al periodo comprendido entre el 1 de febrero y el 30 de junio de 1962. Además, que los respectivos cálculos actuariales se deben realizar sobre el SMLMV de cada anualidad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
3. **REVOCAR** el numeral CUARTO de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, **ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.
4. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.
5. **COSTAS** en esta instancia a cargo de CORFICOLOMBIANA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión Laboral,

EXP. 20 2020 00264 01
Jairo Herrera Murillo contra Colpensiones y otros.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 18 2019 00563 01
Lyda Ximena Mora Cubillos contra Universidad INCCA de Colombia.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LYDA XIMENA MORA CUBILLOS
CONTRA LA UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA.**

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

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, como lo establece el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar el recurso de apelación presentado por el apoderado de la demandada, contra la sentencia dictada el 21 de febrero de 2022 por la Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, en la que se DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año y se CONDENÓ a la Universidad demandada al pago de prestaciones legales y extralegales, vacaciones, salarios e indemnización por despido sin justa causa.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LYDA XIMENA MORA CUBILLOS presentó demanda contra la UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año del 21 de enero al 20 de diciembre de 2019, el cual terminó por causa atribuible al empleador el 27 de marzo de 2019. En consecuencia, pide que se condene a pagar a su favor las primas, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, y salarios insolutos, que se causaron en ejecución de dos contratos de trabajo que desarrolló con esa institución, así como la indemnización prevista

EXP. 18 2019 00563 01

Lyda Ximena Mora Cubillos contra Universidad INCCA de Colombia.

en el artículo 64 del C.S.T., sanción moratoria, y los aportes a pensión entre el 20 de enero y el 27 de marzo de 2019.

Como fundamento de lo pedido afirma que el 21 de enero de 2019 celebró un contrato a término fijo inferior a un año con la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA INCCA DE COLOMBIA, para desempeñar el cargo de DIRECTORA ACADÉMICA de tiempo completo, devengado un salario de \$4.680.000. Asegura que transcurridos 2 meses y 7 días de la relación laboral, la demandada no la había afiliado al sistema general de seguridad social integral ni cancelado salarios, razón por la cual, ante el incumplimiento del contrato, el 27 de marzo de 2019 presentó renuncia motivada, la cual fue aceptada por la universidad mediante comunicación del 1 de abril de 2019 (ver demanda y su subsanación folios 4 a 12 y 29 a 37 del archivo 001 del expediente digital).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por la UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA mediante apoderado judicial. Aceptó los hechos relativos a la existencia del contrato de trabajo, el cargo desempeñado y el salario, así como el impago de salarios y aportes a seguridad social, con excepción de la cotización correspondiente al periodo enero de 2019. Negó haber provocado la renuncia de la trabajadora, pues se trató de una decisión libre y voluntaria de su parte, pues la voluntad de la institución no fue omitir el pago a la accionante *como medio de represalia para que renunciara a sus labores*, por el contrario -asegura- el incumplimiento se derivó de una situación administrativa que afectó a todos los trabajadores fruto de la recesión padecida en la época de ejecución del contrato de trabajo. Se opuso a las pretensiones dirigidas a que se declare un despido indirecto, la indemnización derivada de la terminación unilateral y sin justa causa del contrato, al pago de salarios y a la indemnización moratoria con fundamento en que la actora renunció de manera libre y voluntaria. Considera que no se cumplen los supuestos establecidos sobre el despido indirecto frente a la conducta hostil y discriminatoria, pues el no pago de salarios, prestaciones sociales y beneficios extralegales obedeció a la

EXP. 18 2019 00563 01

Lyda Ximena Mora Cubillos contra Universidad INCCA de Colombia.

situación administrativa y financiera que atraviesa y que la llevó a una inevitable recesión de pagos. Sostiene que ha realizado acciones a efectos de cumplir con sus obligaciones legales durante la vigencia y a la finalización del vínculo, además ha adelantado una auditoría al pasivo laboral de los trabajadores actuales y retirados, de más 750 personas, el cual, conforme al calendario institucional establecido, permite que sean asignadas las citas personalizadas para informar el resultado del proceso. No presentó oposición a la declaratoria de existencia del contrato de trabajo entre las partes ni al pago de las prestaciones sociales y aportes a seguridad social. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, fuerza mayor, buena fe, genérica, enriquecimiento sin causa, pago y compensación, prescripción e imposibilidad de acogerse a un proceso de reorganización o liquidación judicial (ver contestación archivo 002 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 21 de febrero de 2022 por medio de la cual la Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre las partes, del 20 de enero al 27 de marzo de 2019, y CONDENÓ a la universidad demandada al pago de prestaciones legales, vacaciones, salarios, aportes a seguridad social en pensión e indemnización por despido sin justa causa, absolviéndola de las demás pretensiones incoadas en su contra. La parte resolutive de dicha providencia tiene el siguiente tenor literal: *“**PRIMERO: DECLARAR** que entre la señora LYDA XIMENA MORA CUBILLOS y la demanda FUNDACIÓN UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA, existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, el cual estuvo vigente entre el 20 de enero al 27 de marzo del 2019, acorde a las motivaciones que anteceden. **SEGUNDO: CONDENAR** a la sociedad demandada FUNDACIÓN UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA a reconocer y pagar a favor de la demandante señora LYDA XIMENA MORA CUBILLOS las siguientes sumas de dinero: a) 10.452.000, por concepto de salarios. b) 871.000, por concepto de auxilio de cesantías. c) 19.452 pesos, por concepto de intereses a las cesantías. d) 871.000, por concepto de prima*

EXP. 18 2019 00563 01

Lyda Ximena Mora Cubillos contra Universidad INCCA de Colombia.

de servicios. e) 435.500, por concepto de vacaciones. f) 41.028.000, por concepto de indemnización por despido sin justa causa. **TERCERO: CONDENAR** a la sociedad demandada FUNDACIÓN UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA, a pagar por la totalidad del aporte en pensión a favor de la demandante señora LYDA XIMENA MORA CUBILLOS, ante la entidad para lo cual se encuentre afiliada, frente a los periodos del 1 de febrero al 27 de marzo de 2019, sobre el Ingreso Base de Cotización indicado en esta sentencia y también se condenara a efectuar una reliquidación del aporte efectuado en el mes de enero del 2019, sobre el salario real y devengado por la demandante. **CUARTO: ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones incoadas por la señora LYDA XIMENA MORA CUBILLOS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. **QUINTO:** Dadas las resultas de la litis, el despacho se releva del estudio de los medios exceptivos propuestos por la demandada, no sin antes indicar que se declaró no probada la excepción de prescripción propuesta. **SEXTO: CONDENAR EN COSTAS** a la parte demandada FUNDACIÓN UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA, a favor de la demandante, señálese como agencias en derecho la suma de 2.000.000 de pesos. **SÉPTIMO:** Contra la presente providencia procede el recurso de apelación. Lo cual se notifica en estrado a las partes” (audiencia virtual, archivo 006 del expediente digital, minuto 38:36)

Para tomar su decisión, la juez encontró probado, con las documentales arrimadas al proceso, el contrato de trabajo pedido en la demanda. Al no encontrar prueba del pago de los salarios solicitados ni prestaciones ordenó el pago. Sobre la indemnización por despido sin justa causa, concluyó que se acreditó la justa causa del despido, pues la demandada incumplió con el pago de salarios a favor de la trabajadora, y en lo que toca a la sanción moratoria halló justificación que la exoneraba del pago.

RECURSO DE APELACIÓN

EXP. 18 2019 00563 01

Lyda Ximena Mora Cubillos contra Universidad INCCA de Colombia.

En el recurso, el apoderado de la UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA pide que se revoque la sanción por despido sin justa causa y las costas. Afirmando, en resumen, que desde el año 2017 la Universidad atraviesa una crisis financiera e institucional que no le ha permitido cumplir con las obligaciones a cargo. Indica que no se cumplen los presupuestos del despido indirecto, porque no existe una conducta hostil o discriminatoria en contra de la demandante, y por el contrario, ha acatado las medidas impuestas por el Ministerio de Educación Nacional, implementando un plan de economía universitaria y un plan estratégico de sostenibilidad, para hacer valer y cumplir sus obligaciones pendientes¹ (audiencia virtual, archivo 006, minuto 41:01).

¹ “Su señoría, teniendo en cuenta su fallo emitido permitió interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá, al numeral segundo y séptimo, solicitando que se tenga, que se tenga en cuenta lo siguiente: Con respecto al despido indirecto, su Señoría, en el presente caso no es procedente que se ordene a mi representada el pago de la sanción por despido indirecto, como quiera que durante los extremos temporales de la relación endilgada mi representada se encontraba imposibilitada materialmente para efectuar los pagos oportunos de los salarios y prestaciones sociales. Esto debido a una crisis financiera que perturba la Universidad desde el 2017 y llevando a interpretar esto como un acto de mala fe, lo cual es extensamente soportado a través del documental allegada del proceso y el testimonio de la Directora Financiera de la Universidad, reconociendo que es totalmente lo contrario y que esto es debido a una crisis profundamente financiera, la cual afecta a la Universidad y su caja para pagar. Así las cosas, no se cumplen los supuestos establecidos para el despido indirecto, a la luz de la sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación laboral, número de radicado SL 1682 del 2019, Magistrado ponente Rigoberto Echeverri Bueno, el cual “establece que además de existir una violación grave a las obligaciones que atribuían a mi representada como empleadora se debe acreditar la conducta que estuvo marcada en los actos hostiles y discriminatorios enfocados en impulsar al trabajador a su renuncia”. En ese orden de ideas, no existe ni una conducta hostil ni discriminatoria en contra de la demandante, por el contrario, el pago de los salarios y prestaciones sociales y beneficios extralegales obedeció a la situación administrativa y financiera que representa la institución, es la que ha afectado inevitablemente entrar en una recesión de pagos. Es así su Señoría que vale la pena iniciar que a través de la resolución T503 del 2019, la cual ha puesto una, una sanción a la Universidad y mediante unas medidas impuso a la Universidad el actuar correcto para poder apelar hacia las debidas instituciones sobre la gestión administrativa y financiera que la misma ha atravesado durante esta época de crisis. Es así su Señoría que, frente a la sanción, a la sanción mora, a la sanción frente al despido indirecto me permito solicitar que se tenga en cuenta la situación antes descrita, pues en la actualidad la Universidad acata medidas impuestas por el Ministerio de Educación Nacional, en manos de una implementación de un plan de economía universitaria y plan estratégico de sostenibilidad para hacer valer y cumplir sus obligaciones pendientes. A su, a su misma vez nos oponemos, no, apelamos la decisión de pagar a costas a la Universidad, toda vez que la misma dentro de la, dentro de los extremos temporales de la relación laboral endilgada, mi representada se encontraba en imposibilidad materialmente y para efectuar los pagos oportunos de los salarios y prestaciones sociales debido a que esto se generó por una crisis, reiteró financiera y que no se puede llegar a interpretar como un acto de mala fe, muchas gracias.”

EXP. 18 2019 00563 01
Lyda Ximena Mora Cubillos contra Universidad INCCA de Colombia.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala: (i) que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo entre el 20 de enero y el 27 de marzo de 2019; (ii) que la demandada no ha cancelado los salarios, ni las prestaciones sociales y vacaciones causadas; (iii) que el Ministerio de Educación Nacional adoptó una medida de *inspección y vigilancia* sobre la demandada, mediante la Resolución 003503 del 2 de abril de 2019 (folios 72 a124 archivo 002 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir i) si hay lugar al pago de indemnización por despido sin justa causa (despido indirecto), y ii) si procede la condena en costas de primera instancia a cargo de la demandada.

i) DESPIDO INDIRECTO: Para resolver sobre el pago de indemnización por despido injusto, los artículos 62 y 63 del CST contemplan taxativamente los hechos que constituyen justa causa de terminación unilateral del contrato de trabajo y asignan tanto al empleador como al trabajador la facultad de alegar su ocurrencia para resolver el contrato con indemnización de perjuicios a cargo de la parte incumplida.

Cuando es el trabajador quien termina la relación de trabajo alegando una de dichas causas, ocurre lo que la doctrina denomina despido indirecto y procede el pago de la indemnización correspondiente, para lo cual se deberá probar en el proceso que las conductas aducidas ocurrieron, que constituyen una justa causa para el efecto, (Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral, Sentencia SL 18344 del 24 de agosto de 2016), y que fueron invocadas en la oportunidad debida para dar por terminado el contrato de trabajo (Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral, Sentencia SL417 del 27 de enero de 2021 Rad. 71672).

EXP. 18 2019 00563 01

Lyda Ximena Mora Cubillos contra Universidad INCCA de Colombia.

Con estas reglas procesales y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia en este punto, pues la causa de terminación del contrato fue aducida oportunamente y se probó el incumplimiento del empleador a la obligación de pagar los salarios y las prestaciones que se causaron durante la ejecución del contrato de trabajo.

Sobre esta materia, en la carta de *renuncia motivada* (folios 15 a 17 archivo 001 del expediente digital) la demandante aduce como razones de terminación del contrato el no pago de salarios desde el inicio de la relación laboral, irregularidades en la afiliación y pago a seguridad social, la superación de la jornada máxima legal, y las situaciones que se han presentado que le han impedido ejecutar su labor, como el cese de los estudiantes, la renuncia masiva del equipo docente y el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

La primera situación descrita por la actora (falta de pago del salario) se enmarca en el numeral 6º literal b) del artículo 62 del CST, que señala como justa causa de terminación del contrato de trabajo por parte del trabajador, *el incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del empleador, de sus obligaciones convencionales o legales*. Las obligaciones que incumplió el empleador se encuentran descritas en el artículo 57, numeral 4 y el artículo 62, Literal B, numeral 6 del CST.

Se demostró en el trámite de primera instancia, que la universidad no pagó los salarios de la demandante de enero a marzo de 2019 ni pagó aportes a seguridad social de febrero y marzo de ese mismo año, como lo reconoció la demandada en su contestación. Dichos incumplimientos devienen en *sistemáticos* por el transcurso de cada mes que haya pasado desde la primera omisión; e injustificado pues como lo señala el artículo 28 del CST, el trabajador puede participar de los beneficios o utilidades del empleador, no así de *“sus riesgos o pérdidas”*.

EXP. 18 2019 00563 01

Lyda Ximena Mora Cubillos contra Universidad INCCA de Colombia.

Sobre esta materia la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que *“no resulta de recibo que se arguya que las dificultades económicas que afectan al empresario puedan restarle la condición de gravedad de este incumplimiento, en tanto la misma se califica desde la perspectiva del trabajador y no del patrono (...)”* y por ello no habría razón jurídica para que el trabajador *“no pueda terminar el contrato unilateralmente y si lo hace no pueda reclamar la indemnización de perjuicios correspondiente, cuando es claro que la responsabilidad en la ruptura del nexo no proviene de él sino de su contraparte”* (Sentencia Rad.- 36182 del 27 de febrero de 2013). En otra providencia la Corte advirtió: *“si dichas dificultades económicas no son fuente lícita para despedir a un trabajador, la consecuencia para el empleador es el pago de la indemnización correspondiente, lo que correlativamente implica que cuando el trabajador renuncia por el no pago de salarios y prestaciones que comporta el reiterado incumplimiento del empleador de sus obligaciones especiales, éste no puede alegar las dificultades económicas suyas para exonerarse de la indemnización derivada del despido indirecto, como se conoce tal situación”* (Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia Rad. 36298 del 2 de julio de 2009).

ii) COSTAS: También se confirmará la condena en costas a la UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió en el caso bajo estudio.

Por el resultado del recurso las COSTAS en la apelación corren también a cargo de la demandada.

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

RESUELVE

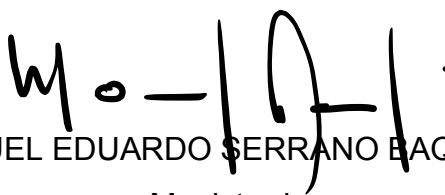
EXP. 18 2019 00563 01

Lyda Ximena Mora Cubillos contra Universidad INCCA de Colombia.

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión Laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

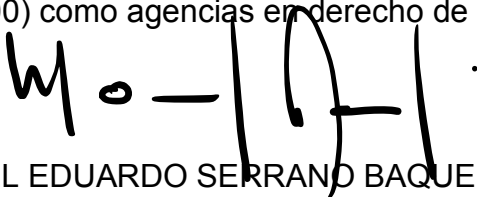
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE JOHN OMAR GARZÓN BUSTAMANTE
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y COLPENSIONES, y para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 20 de octubre de 2022 por el Juez Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella, se DECLARÓ que el demandante se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES conforme a la solicitud de traslado efectuada el 2 de septiembre de 2013, se ordenó el traslado únicamente de los aportes y sus rendimientos, sin incluir gastos de administración, y ABSOLVIÓ a PORVENIR S.A. de las pretensiones incoadas en su contra.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, JOHN OMAR GARZÓN BUSTAMANTE presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare que se encuentra válidamente afiliado al RPM a administrado por COLPENSIONES, por haber solicitado su traslado antes de

estar a menos de 10 años de *adquirir el derecho*, o, en subsidio, se declare la ineficacia de su traslado del RPM ocurrida el 22 de mayo de 1995, y que dicha entidad debe reconocer su derecho pensional. En consecuencia, pide que se condene a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, con rendimientos, y a registrar que *las afiliaciones* al RAIS son *ineficaces*, y a COLPENSIONES a tenerlo como válidamente afiliado y *convalidar* las semanas cotizadas al RAIS. Como fundamento, afirma que el 22 de mayo de 1995 se afilió a PORVENIR S.A., entidad con la que actualmente continúa vinculado, pese a haber solicitado su traslado mediante formulario radicado ante COLPENSIONES el 2 de septiembre de 2013, esto es, más de 10 años antes de *adquirir el derecho*, sin que dicha entidad le hubiera notificado la negativa a su solicitud, lo que le impidió controvertir la decisión. Debido a ello, su empleador pagó las cotizaciones a dicha entidad. Sin perjuicio de lo anterior, manifestó que a la fecha de vinculación al RAIS contaba con la expectativa de pensionarse bajo los parámetros del RPM, sin que se le hubiera indicado que obtendría una pensión inferior al trasladarse, ni el capital necesario para alcanzar un derecho pensional similar, esto es, no le indicaron las ventajas, desventajas y consecuencias de su decisión (ver demanda en archivo 01 folios 60 a 73).

Notificada la admisión de la demanda, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la contestó mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con fundamento en que en la solicitud del 2 de septiembre de 2013 no se pidió el “*el traslado de régimen por nulidad*”, sino que se radicó un formulario de afiliación, por lo que no fue clara su pretensión y dicha solicitud no se pudo tener en cuenta. En consecuencia, sólo hasta el 1º de junio de 2015 se presentó la solicitud de traslado en debida forma, la cual no resultaba procedente por encontrarse próximo a cumplir la edad pensional. Agregó que no obra solicitud de reconocimiento pensional ante dicha entidad. Sin perjuicio de ello, señaló que el traslado al RAIS no sólo se hizo en ejercicio del derecho a la libre escogencia de régimen, sino que se presume válido, por lo que deberá la parte actora probar el aducido vicio en su consentimiento, como era su deber procesal. Así mismo, reitera, el actor se

encuentra incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, sin ser beneficiaria del régimen de transición. En todo caso, de prosperar lo pretendido, deberá la AFP trasladar los aportes y rendimientos generados, así como responder por inducir el traslado. Propuso como excepciones de mérito: *validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, prescripción e innominada o genérica* (ver contestación en archivo 01 folios 109 a 124 y archivo 06 folios 2 a 18).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, incluidas aquellas no dirigidas en su contra, argumentando que la afiliación se efectuó de manera libre e informada, luego de brindar una asesoría acorde a las disposiciones legales vigentes, como lo manifestó la parte actora, quien era una persona capaz, al firmar el formulario correspondiente, único documento exigido para la época, sin que hubiera solicitado información adicional para tomar la decisión que le resultara más conveniente como era su deber por ser consumidor financiero, y tratándose de un régimen contenido en la Ley. No cualquier falta de información vicia el consentimiento y la legislación no consagra como efecto de ello la ineficacia de la afiliación. Nunca se presentó inconformidad ni se hizo uso del derecho de retracto. Afirma que no ocurrió causal alguna de la nulidad alguna y, en todo caso, el demandante se encuentra incurso en la prohibición de traslado de régimen señalada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, sin que previo a ello hubiera hecho uso de la posibilidad de trasladarse de régimen. En caso de condena, no es dable devolver gastos de administración ni primas de seguros previsionales, pues éstos ya cumplieron su cometido legalmente establecido. Advirtió que la acción se encuentra prescrita, pues no todo lo relacionado a derechos pensionales es imprescriptible. En su defensa propuso las siguientes excepciones de mérito:

prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica (ver contestación en archivo 01 folios 156 a 187).

Terminó la primera instancia con sentencia del 20 de octubre de 2022, mediante la cual el Juez Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ que el demandante se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES conforme a la solicitud de traslado efectuada el 2 de septiembre de 2013, ordenó el traslado únicamente de los aportes y sus rendimientos, sin incluir gastos de administración, y ABSOLVIÓ a PORVENIR S.A. de las pretensiones subsidiarias en su contra. Para tomar su decisión, consideró válida la solicitud de traslado presentada por el demandante antes de encontrarse incurso en la prohibición de la Ley 797 de 2003, sin que la entidad pueda escudarse en un yerro en su diligenciamiento, cuando ni siquiera lo notificó oportunamente para efectuar la corrección. En tal sentido, procede el traslado únicamente de los aportes, pues la devolución de gastos de administración sólo procede ante la declaratoria de ineficacia, lo que no ocurrió, ante la prosperidad de las pretensiones principales.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que JOHN OMAR GARZÓN BUSTAMANTE se encuentra válidamente afiliado al RPM-PD, administrado por COLPENSIONES, desde el 2 de septiembre de 2013, inclusive, fecha en la que solicitó su traslado de régimen o su regreso del RAIS al RPM, administrado por esta, según quedo expuesto en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. que traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los saldos que obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con el bono pensional y demás rendimientos a que hubiere lugar. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Excluyendo de lo anterior, aquello que tiene que*

ver con el porcentaje de gastos de administración, así como los gastos previsionales por seguros previsionales generados durante el tiempo de permanencia del demandante en el RAIS. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES que acepte al demandante en el RPM-PD, reactive su afiliación al RPM y corrija su historia laboral conforme le sean trasladados los dineros del RAIS, sin que se produzca solución de continuidad. CUARTO: DECLARAR probada la excepción de buena fe propuesta por PORVENIR S.A. e inexistencia de la obligación a cargo de ésta, atendiendo los resultados de este proceso. QUINTO: ABSOLVER a PORVENIR S.A. de las pretensiones subsidiarias en su contra y COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra por parte del señor JOHN OMAR GARZÓN BUSTAMANTE conforme lo expuesto en esta decisión. SEXTO: COSTAS a cargo de COLPENSIONES y en favor del demandante. Se fijan como agencias en derecho suma equivalente a 2 SMLMV. SÉPTIMO: como se indicó que dispone CONSULTAR de esta decisión al superior Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de conformidad el artículo 69 del CPTSS, independientemente que esta decisión sea apelada o no” (Audiencia virtual del 20 de octubre de 2022 – archivo 19 Min. 33:46).

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la parte actora, en el recurso, pidió que se modifique la sentencia en el sentido de ordenar a la AFP el traslado de todos los rendimientos en su poder y, a COLPENSIONES, tener en cuenta la totalidad de semanas cotizadas por el accionante, sin que en virtud de sus procesos internos pueda descontar o disminuir el número de semanas de aportes ante el RAIS (Audiencia virtual del 20 de octubre de 2022 – archivo 19 Min. 41:26)¹.

¹ “Muchas gracias, su señoría, sí, en este momento procesal me permito presentar el recurso de apelación con la finalidad que se modifique la decisión proferida en esta instancia, en tanto como quiera que no se estableció que el fondo privado de pensiones tenía la obligación de devolverle... la obligación de los dineros aportados en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con todos los rendimientos y demás, con el fin de que COLPENSIONES pueda a su vez convalidar con estos periodos, sin que por ningún motivo pueda ser afectado el número de semanas cotizadas por el demandante.

En recurso de COLPENSIONES, su apoderada pide que se revoque la decisión. En su sentir, la decisión del Juez correspondió a una ineficacia de traslado de régimen pensional. Así, advierte que dicha entidad es un tercero de buena fe que no puede verse afectado por el acto jurídico celebrado entre la AFP PORVENIR S.A. y el actor, sumado a que éste en la actualidad se encuentra incurso en la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003, por lo que su traslado a dicha entidad afecta gravemente su equilibrio financiero. En caso de no acoger los argumentos de la apelación, pide que se disponga el traslado de todas las sumas a cargo de la AFP, incluidos gastos de administración, los destinados a seguros previsionales, así como el pago de los perjuicios que ello le genere en virtud de la teoría del daño del derecho civil. También señaló que la entidad actuó de buena fe frente a la solicitud de traslado elevada por el accionante en el año 2013, sin que se pueda imponer a la entidad una carga diferente a la diligenciada en el formulario correspondiente (Audiencia virtual del 20 de octubre de 2022 – archivo 19 Min. 43:10)².

Solicito al Tribunal que al modificar la sentencia en el sentido de establecer que COLPENSIONES tiene la obligación de mantener en su totalidad el número de semanas que ha cotizado el demandante a lo largo de su vida laboral sin que por ningún motivo se pueda ver disminuidas o afectadas por procesos posteriores internos de COLPENSIONES o internos entre el fondo privado de pensiones y COLPENSIONES que disminuyan los días o los meses que cotizo el demandante igualmente o en estos términos dejo sustentado el recurso de apelación con la finalidad de que se modifique en este aspecto la sentencia proferida en primera instancia muchas gracias”.

² *“Gracias, su señoría. Estando dentro del término legal pertinente procesal pertinente me permito presentar recurso de apelación para ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá, recurso que sustento en los siguientes términos: solicito a los honorables magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se revoque la sentencia proferida por el Juez de primera instancia en su totalidad, toda vez que, el a quo al momento de dictar sentencia no tuvo en cuenta pues el principio de la relatividad jurídica teniendo que COLPENSIONES realmente es un tercero ajeno en el acto jurídico celebrado entre el actor y PORVENIR y, en razón a que todos los actos jurídicos pues tienen efectos interpartes, por lo cual, pues independientemente de la decisión adoptada por el Juez en razón de la declaratoria o no de la ineficacia de traslado, pues mi representada no puede ser ni favorecida ni perjudicada por la misma pues como sea manifestado COLPENSIONES realmente no tuvo nada que ver con la decisión tomada por el actor por lo que le solicito honorable tribunal sala laboral que no condene a mi representada a recibir al actor como afiliado al RPM ya que con esta decisión, pues consecuencia, la declaratoria inexistencia pues está afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social y*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen

pensiones, pues el cual fue establecido por el artículo 48 la constitución política y adicional, pues por el artículo primero del acto legislativo 01 de 2005, ya que en caso de esta condena puede tenerse en cuenta, pues el impacto del PIB y en la reserva pensional pues que día tras día se venía afectando de manera excesiva y preocupante con este tipo de procesos, procesos igualmente, pues, le solicitó a la sala que estuve, pues de manera juiciosa, este escenario en el cual pues la AFP que faltó es legal la información, pues no acarrea graves consecuencias con la posible declaratoria de inexistencia pero COLPENSIONES mi representad pues que como ya se dijo un tercero que no tienes la celebración del acto jurídico, si las acarrea, ya que con el regreso del régimen del RPM existe una alta posibilidad de un futuro reconocimiento de derechos pensionales, lo cual genera, como ya se dijo un alto impacto, tener que ir al financiero del sistema de seguridad social en pensiones y en la reserva presupuestal que se destina para sus fines y ahora bien, pues conforme a lo estipulado en el artículo segundo, la Ley 797 de 2003, pues el cual modificó el literal e) del artículo 13, de la ley 100 de 93, pues se señala que después de un año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado pues no puede trasladarse de régimen cuando le faltaban 10 años o menos, pueda compilar para tener derecho a la pensión vejez según anterior el demandante, cuando presentó la solicitud, ya se encontraba, pues, inmerso en la prohibición para trasladarse. Régimen pensionario, momento que realizó la solicitud durante mi representada COLPENSIONES y que frente a la solicitud realizada por el demandante en el año 2013 se debe tener en cuenta que COLPENSIONES no se le puede imponer una carga diferente a los relacionados los formatos de la entidad diligenciada por los ciudadanos, de manera que mi representada, pues actuó de buena fe y conforme a la ley y además de tener en cuenta que frente a la solicitud ya hubo un pronunciamiento en donde se absuelve a mi representada, de manera que le solicitó a la sala que estudie estos hechos nuevamente teniendo en cuenta, en todo caso, que quienes indicaron el proceder fue el empleador del actor y no mi representada COLPENSIONES. Por otro lado, cuando se declara la nulidad o ineficacia del traslado, pues en un... las sentencias CSJ-SL 08 de septiembre de 2008 radicado 31989. CSJ -SL 17595 de 2017, CSJ -SL 41892 1018 y CSJ -SL 1421 en 2019, radicado 56174, pues el lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir, recursos, cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas a fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración y en últimas, pues si se determina, que no hay otra posibilidad de ordenar el retorno del demandante al RPM pues solicito respetuosamente al Tribunal condene a la AFP que incumplió su legal de información al afiliado, para mi representa los perjuicios económicos que ello genera, para mi representada lo anterior, pues en atención a que, en virtud de la teoría del daño al derecho civil, pues quien causa el daño es quien debe repararlo y no un tercero en el acto jurídico, como los... COLPENSIONES. De esta manera, dejo sustentado el recurso presentado, reiterando el honorable tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, que revoque el fallo proferido por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá, en su lugar actual... de todas y cada una de las pretensiones incoadas en el escrito Introductor”.

una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta perspectiva, *si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*”.

Bajo estos lineamientos normativos y jurisprudenciales, el Tribunal confirmará la decisión de primer grado que declaró la validez del traslado efectuado por el demandante del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, mediante la radicación del formulario de afiliación el 2 de septiembre de 2013 (ver archivo 01 folio 20 y carpeta 02 archivo 002).

Al respecto, sea lo primero advertir que para esa fecha al demandante le faltaban más de 10 años “*para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez*”³ -62 años⁴ - (tenía 51 años de edad – ver archivo 01 folio 4), y había permanecido en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por más de 5 años -su afiliación al RAIS fue el 22 de mayo de 1995- (archivo 01 folio 6).

Por ello era viable y válido su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Aunque COLPENSIONES sostiene que “*No e[ra] procedente dar trámite a su solicitud, por cuando la información consultada indica que ya se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, vinculado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el trámite que puede adelantar es un traslado de régimen*”, como lo indicó en respuesta del 2 de septiembre de 2013 (carpeta 02 archivo 022 y 026), lo cierto es que verificado el formulario de afiliación y conforme a los argumentos contenidos en la contestación de la referida entidad, el único yerro allí contenido es que el accionante marcó la casilla de “*Vinculación inicial*” en lugar de la de “*Traslado de régimen*”, las cuales, dicho sea de paso, se encuentran una junto a la otra y pueden dar lugar a equívocos en su diligenciamiento (archivo 01 folio 20). De ello en modo alguno se puede entender que se tratase de una situación insalvable o

³ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

⁴ Artículo 34 de la Ley 100 de 1993, los cuales cumpliría el 11 de diciembre de 2023.

incomprensible para la referida administradora que le impidiera dar el trámite adecuado a la solicitud.

Tal como lo advirtió el juzgador de primera instancia, con el diligenciamiento del referido formulario y aunque su manifestación indicara erradamente que se trataba de una *vinculación inicial*, era clara su voluntad de traslado a dicha entidad para que fuera COLPENSIONES quien administrara sus aportes pensionales. En consecuencia y al verificar que ya se encontraba afiliado a otro régimen pensional, se debió analizar si se cumplían o no los requisitos para el traslado que, como se vio, efectivamente se encontraban acreditados para la época de la solicitud.

Así mismo, tal como fue resaltado en la sentencia objeto de reproche, en el plenario no hay elementos probatorios que den cuenta de que se hubiera comunicado al actor la referida decisión frente a su solicitud, mucho menos que se le hubiera dado la oportunidad de corregirla. Nótese que la referida respuesta se encuentra dirigida a la “CL 12 SUR No. 26A-36” (carpeta 02 archivos 022 y 026) la cual que no corresponde a la consignada por el actor en su solicitud –“CALLE 19 SUR NO. 26A-36”- (archivo 01 folio 20) y que concuerda con la obrante en los demás documentos allegadas al plenario, por lo que es claro que dicha decisión nunca le fue debidamente notificada.

De otro lado, en gracia de discusión, aun cuando se hubiere notificado la decisión de la administradora sin que se interpusieran los medios de impugnación correspondientes –de proceder-, esa circunstancia no daría lugar a la negativa de las pretensiones del actor.

Finalmente, el Tribunal no estima pertinente referirse a los argumentos de la alzada por parte de COLPENSIONES respecto a la prueba de los vicios del consentimiento, pues, como se vio, la determinación contenida en la sentencia recurrida no tuvo como fundamento la ineficacia o *nulidad* del traslado.

En similar sentido y en respuesta al recurso del extremo actor, tampoco habrá lugar modificar la sentencia para ordenar a la AFP trasladar *todos los rendimientos en su poder*, ni a COLPENSIONES tener en cuenta la totalidad de semanas cotizadas en el RAIS, pues ambas disposiciones se encuentran contenidas en la sentencia de primera instancia al disponer a cargo de la primera la devolución de *“los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con el bono pensional y demás rendimientos a que hubiere lugar”*, y a cargo de la segunda que *“reactive su afiliación al RPM y corrija su historia laboral”* en concordancia con lo dispuesto en los artículos 15 y 17 del Decreto 692 de 1994⁵.

COSTAS en la apelación a cargo de COLPENSIONES.

Por lo expuesto, el 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

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo de COLPENSIONES.

⁵ Decreto 692 de 1994: “Artículo 15. Traslado de régimen pensional. (...).

Para el traslado del régimen solidario de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad y de éste al de prima media, se aplicará lo siguiente:
(...).

b) Si el traslado se produce del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, se le acreditarán en éste último el número de semanas cotizadas en el primero y se transferirá el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos y el bono pensional cuando sea del caso. Las cotizaciones voluntarias cuyo retiro no se haya efectuado al momento del traslado, se devolverán al afiliado, previa solicitud efectuada seis (6) meses antes del traslado.
(...).

Artículo 17. Múltiples vinculaciones. Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de que trata el artículo anterior, sin embargo, cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria.

Exp. 14 2019 00469 01

John Omar Garzón Bustamante Vs Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones
y Otra

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE RUTH BIBIANA SIERRA ARAQUE CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a su favor, la sentencia dictada el 6 de octubre de 2022 por la Juez Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella DECLARÓ la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase por reasumido el mandato por el doctor Alejandro Miguel Castellanos López, quien se identifica con T.P. 115.849, como apoderado principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PROVENIR S.A.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, RUTH BIBIANA SIERRA ARAQUE presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* de su traslado del RPM al RAIS, a través de la AFP PORVENIR S.A. ocurrido el 23 de mayo de 1994, así como del posterior traslado a PROTECCIÓN S.A., con fundamento en que fue *asaltada en su buena fe* al ser inducida a error y viciado su consentimiento, pues sus asesores le manifestaron que allí tendría mayores rendimientos y podría pensionarse cuando quisiera, sumado a que el ISS se acabaría y perdería lo cotizado hasta entonces. No se le informó sobre el derecho de retracto. Previo a iniciar el presente trámite realizó el cálculo de la mesada que obtendría en el RPM y solicitó la nulidad de su traslado a las demandadas, el cual fue negado. Como consecuencia, pide se la reciba como afiliada sin solución de continuidad ante COLPENSIONES, y se ordene a la AFP PROTECCIÓN S.A. trasladar todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, *bonos pensionales*, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses y rendimientos (ver demanda en archivo 001 folios 1 a 20 y archivo 005.1 folios 3 a 21).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contestó la demanda, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas con fundamento en que la afiliación de la demandante en el RAIS tiene plena validez, pues así quedó plasmado en el formulario de afiliación, único documento exigido para la época, por lo que deberá probar el actor alguna de las causales de nulidad como vicios en el consentimiento, como es su deber procesal. En todo caso, a la AFP no le era dable impedir el traslado libre y voluntario del actor. Tampoco ejerció el retracto durante su afiliación, lo que implica la aceptación tácita del mismo, ni se trasladó previo a encontrarse incurso en la prohibición señalada en la ley 797 de 2003. Lo pretendido va en contravía del principio de sostenibilidad financiera del sistema. Propuso como excepciones de fondo: *prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del*

ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe e imposibilidad de condena en costas (ver contestación en archivo 007.1 folios 1 a 12).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. también contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la vinculación operó de manera, libre, informada y espontánea, sin que se presentaran vicios en el consentimiento, después de haberse brindado amplia asesoría sobre las implicaciones de la afiliación y tratándose de una persona capaz. En todo caso, las características de los regímenes pensionales se encuentran estipuladas legalmente, por lo que son de conocimiento público y era su deber informarse sobre las mismas y el desconocimiento de estos no es causal de ineficacia, la cual no se encuentra contemplada normativamente para dicha situación. Tampoco se hizo uso del derecho de retracto ni de trasladarse al RPM previo a encontrarse incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003. Debido al amplio tiempo transcurrido, la acción se encuentra prescrita. En caso de acceder a lo pretendido, no hay lugar a trasladar los montos de gastos de administración, los cuales por disposición legal fueron debidamente descontados y cumplieron su finalidad, lo que además desconocería la protección que brindó el seguro de invalidez y muerte durante su afiliación. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica* (ver contestación en archivo 008.1 folios 1 a 22).

Igualmente, contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que al momento del traslado a dicha entidad se brindó una asesoría integral sobre las implicaciones de su decisión, las características y regulaciones de cada régimen pensional, sin que pueda hablarse de una situación más ventajosa o desventajosa en uno u otro, pues simplemente son regímenes diferentes y excluyentes, y conforme a lo cual la afiliada debía determinar cuál le resultaba más ventajoso para su situación particular en conjunto con la obligación de

informarse como consumidor financiero, sin que sea dable exigir requisitos generados en normas posteriores. No es dable declarar la ineficacia por la favorabilidad económica de uno u otro régimen, pues esto implicaría que si fuera superior la mesada en el RAIS su afiliación se *tornaría* válida. En todo caso, no es viable la devolución de los gastos de administración pues no hay norma que lo faculte. Resaltó que no se hizo uso de la opción de retracto ni retornó al RPM antes de estar incurso en la prohibición de traslado de régimen, lo que da cuenta de su deseo de permanecer en el RAIS. Agregó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y el traslado al tratarse de un acto jurídico es susceptible de prescribir cualquier acción en su contra. Por último, señaló que conforme a concepto de la Superintendencia Financiera. En su defensa propuso las siguientes excepciones de mérito: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguros previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros e innominada o genérica* (ver contestación en archivo 010.1 folios 1 a 36).

Terminó la primera instancia con sentencia de 6 de octubre de 2022, mediante la cual la Juez Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que no se demostró haber brindado información suficiente sobre las particularidades y diferencias entre el RAIS y el RPM para entender que la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria al momento de su traslado de régimen pensional, lo cual no fue confesado en su interrogatorio. Si bien los traslados se entienden como actos de relacionamiento, no convalidan el

traslado inicial que fue ineficaz. La acción es imprescriptible dada su estrecha relación con el derecho pensional.

La parte resolutive de dicha providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciere la señora demandante RUTH BIBIANA SIERRA ARAQUE a la AFP PORVENIR en mayo de 1994, y de contera la realizada ante SANTANDER S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., por las razones antes expuestas. SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR y a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades que tenga cada una en su poder en la actualidad, por lo expuesto precedentemente. TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a tener como afiliada a la actora, recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la historia laboral de la demandante, conforme a lo antes visto. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas, conforme se indicó en la parte considerativa del fallo. QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR, incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia a la señora demandante, la suma de \$1.000.000. SEXTO: Por haber sido condenada COLPENSIONES y fungir la Nación como garante, REMÍTASE el expediente en grado jurisdiccional de consulta en su favor al Tribunal Superior de Bogotá. SÉPTIMO: Por Secretaría y previo a remitir el expediente a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, ENVÍESE copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo establece el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021”* (Audiencia virtual del 6 de octubre de 2022 – archivo 014.12 Hora 1:20:45).

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES pide que se revoque en su totalidad el fallo de primera instancia, por considerar que la actora se encuentra incurso en la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003, sumado a que la afiliación con dicha entidad duró tan sólo 246 semanas, mucho menos de los

25 años que ha permanecido afiliada en el RAIS sin demostrar interés alguno en retornar a dicha entidad. Adicionalmente, las condenas quebrantan el principio de sostenibilidad financiera del sistema, por lo que ponen en riesgo los recursos de los demás afiliados necesarios para efectuar el eventual reconocimiento de sus prestaciones pensionales (Audiencia virtual del 6 de octubre de 2022 – archivo 014.12 Hora 1:22:46)¹.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen

¹ “Gracias, su señoría. Estando dentro de la oportunidad procesal pertinente, interpondré recurso de apelación en para que el mismo se surta ante los honorables magistrados del Tribunal Superior Sala Laboral. del fallo, proferido en la tarde de hoy. Ello porque todo está (...) y me permitió sustentar lo de la siguiente manera, esta apoderada judicial no sé encuentra conforme con el fallo proferido. Ello por cuanto a la demandante no le asiste razón a que mi representada nuevamente le tenga que acoger dentro de un régimen de prima media con prestación definida, realizar la actualización de la historia laboral y verificar un si cumple con los requisitos para una posible pensión en dado caso, ello como se ha manifestado incluso desde el momento de la contestación de demanda de la demandante, se encuentra en inmerso en una prohibición legal, es decir, que es un mero capricho de mi representada no quererla recibir dentro de coger la nuevamente y dentro del sistema, pues se tiene claro que cuenta con menos de 10 años para edad de pensión, es decir, que está inmersa en la provincia en la ley 797 del 2003, en artículo 2 literal e, igualmente pues tenemos que la demandante únicamente, pues permaneció vinculada al instituto de los seguros sociales por 246 semanas y en cambio, ha permanecido por más de 25 años en el régimen de ahorro individual, lo que pues demuestra su querer de su querer permanecer en dicho régimen sólo hasta después de este tiempo, es decir para el año más o menos 2018, cuando ya decide ir a preguntar por su pensión, pues se da cuenta que no se cumplirían las expectativas, que tenía desde un comienzo cuando se trasladan el año 1994 y es hasta entonces cuando decían activar, pues los mecanismos judiciales para retornar nuevamente al régimen de prima media debe tenerse en cuenta honorables magistrados que (...) proferidos por la juez de instancia quebranta en o impactan de una manera significativa al principio de sostenibilidad financiera, el cual pues forma parte de en forma parte íntegra del de la un derecho fundamental de los de los pensionados colombianos, en el cual pues debemos mantener de manera sostenida, indefinida, el principio, sostenibilidad financiera y un fallo como el sugerido en la tarde de hoy, pues quebranta notablemente este principio, ya que estas condenas pues generan que los recursos de la gran mayoría de los colombianos, pues se tengan que dirigir a estos imprevistos que surgen de manera contingente con la declaratoria de esta instancia de traslado así las cosas, pues reiterarlo el impacto grande que se da con él al principio sostenibilidad financiera, pues se presentó este recurso de apelación y se solicita al honorable Juzgado 13 Laboral sea remitido el expediente y para ante (sic) los magistrados del Tribunal Superior. Muchas gracias, señoría”.

una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta perspectiva, *si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*”.

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas aportadas al expediente que, para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones, la demandante tenía 27 años de edad y había cotizado 243,00 semanas², para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 4 años, 8 meses y 21 días)³, y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años de alcanzar el requisito de edad de pensión (tenía 54 años – ver archivo 001.2 folio 70 y archivo 003).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{4, 5},

² Ver historia laboral actualizada por COLPENSIONES – archivo 007.3.

³ *Ibidem*.

⁴ Sentencia STL3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados. Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia a de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁵ Sentencia STL3187-2020: “Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentar de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos

según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del Sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*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. 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*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: “*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*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) que la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “*en cuanto no es posible*

y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas CORTÉS”.

sanear aquello que nunca produjo efectos”, y la acción para el efecto es imprescriptible “en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PORVENIR S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener específicamente para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Indicó en dicha diligencia que a las instalaciones de su empleador llegaron dos asesores de PORVENIR, quienes manifestaron que por ser jóvenes les convenía trasladarse a un fondo privado pues el ISS se acabaría y su dinero se iba a perder, mientras que en la AFP como ventaja tendrían que sus hijos podrían heredar los dineros cotizados, se podrían pensionar antes, y la entidad se encargaría de volver dinero las semanas que tenían en el ISS (Audiencia virtual del 6 de octubre de 2022 – archivo 014.12 Min. 19:43).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen ni los traslados que se efectúen al interior de este. Así mismo, se advierte que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, y a cargo de ésta y de PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de administración descontados durante la afiliación, sin que sea dable descontar suma alguna por dicho concepto o cualquier otro (Sentencias SL1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁶, este

⁶ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

porcentaje hace parte de los gastos de administración (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia en el sentido de autorizar a dicha entidad a obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

Sin condena COSTAS en esta instancia.

Por lo expuesto, el 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

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en lo demás.
3. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado .


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE FABIO TORRES LEGUIZAMO CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS**

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., así como para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 31 de mayo de 2022 por la Juez Segunda (2ª) Laboral Transitoria del Circuito de Bogotá. En ella DECLARÓ la ineficacia del traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, FABIO TORRES LEGUIZAMO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS, a través de la AFP COLFONDOS S.A. ocurrido el 20 de marzo de 2001, con fundamento en que dicha entidad no la presentó una propuesta debidamente documentada y explicada de los efectos de su

decisión, ni brindó información clara, objetiva, completa y comprensible de situación pensional con un análisis y cálculo de la mesada que eventualmente le correspondería. Previo a iniciar el presente trámite pudo evidenciar que obtendría una mesada superior en el RPM que en el RAIS, conforme a lo cual solicitó su traslado a las demandadas, el cual fue negado. Como consecuencia, pide se tenga como válidamente afiliado a COLPENSIONES, y se ordene a la AFP PORVENIR S.A. trasladar todos los valores consignados en su cuenta de ahorro individual por concepto de aportes y rendimientos (ver demanda en carpeta 01 archivo 03 folios 1 a 8).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contestó la demanda, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas, aún aquellas no incoadas en su contra pero que podrían implicar un reconocimiento pensional a su cargo, con fundamento en que la afiliación del demandante en el RAIS tiene plena validez, pues así quedó plasmado en el formulario de afiliación, único documento exigido para la época, por lo que deberá probar el actor alguna de las causales de nulidad como vicios en el consentimiento, como es su deber procesal. En todo caso, a la AFP no le era dable impedir el traslado libre y voluntario del actor. Tampoco ejerció el retracto durante su afiliación, lo que implica la aceptación tácita del mismo, ni se trasladó previo a encontrarse incurso en la prohibición señalada en la ley 797 de 2003. Lo pretendido va en contravía del principio de sostenibilidad financiera del sistema. Propuso como excepciones de fondo: *prescripción y caducidad, cobro de lo no debido y buena fe*. (Ver contestación en carpeta 01 subcarpeta 09 folios 1 a 7).

También contestó la demanda COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que se brindó una asesoría integral sobre las implicaciones de su decisión, las características, diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen pensional y las condiciones necesarias para alcanzar la prestación en el RAIS, tal como lo manifestó con la suscripción del formulario de afiliación, sin que la ignorancia de la Ley sirva de excusa ni se

indique en qué consistió la *nulidad* alegada. En todo caso, el traslado inicial se hizo el 21 de octubre de 1999 a través de la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., y no se hizo uso de la opción de retracto ni retornó al RPM antes de estar incurso en la prohibición de traslado de régimen. Agregó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y el traslado al tratarse de un acto jurídico es susceptible de prescribir cualquier acción en su contra. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago* (ver contestación en carpeta 01 subcarpeta 13 folios 1 a 13).

En audiencia del 22 de septiembre de 2021 se ordenó vincular como litisconsorte necesario a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (carpeta 01 subcarpeta 25), la cual también contestó la demanda mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la vinculación operó de manera, libre, informada y espontánea, sin que se presentaran vicios en el consentimiento, después de haberse brindado amplia asesoría sobre las implicaciones de la afiliación y tratándose de una persona capaz. En todo caso, las características de los regímenes pensionales se encuentran estipuladas legalmente, por lo que son de conocimiento público y era su deber informarse sobre las mismas y el desconocimiento de estos no es causal de ineficacia, la cual no se encuentra contemplada normativamente para dicha situación. Tampoco se hizo uso del derecho de retracto ni de trasladarse al RPM previo a encontrarse incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003. Debido al amplio tiempo transcurrido, la acción se encuentra prescrita. En caso de acceder a lo pretendido, no hay lugar a trasladar los montos de gastos de administración, los cuales por disposición legal fueron debidamente descontados y cumplieron su finalidad. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por*

ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (ver contestación carpeta 01 subcarpeta 29 folios 1 a 20).

Terminó la primera instancia con sentencia de 31 de mayo de 2022, mediante la cual la Juez Segunda (2ª) Laboral Transitoria del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que no se demostró haber brindado información suficiente sobre las particularidades y diferencias entre el RAIS y el RPM para entender que el demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria al momento de su traslado de régimen pensional, sin que pueda hablarse de una ratificación tácita de su decisión. La acción es imprescriptible dada su estrecha relación con el derecho pensional.

La parte resolutive de dicha providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional realizado por FABIO TORRES LEGUIZAMO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 21 de octubre 1999 con fecha de efectividad desde el 1º de diciembre de 1999 a través de la AFP COLPATRIA, teniendo en cuenta la sesión por fusión de la mencionada administradora con HORIZONTE y posteriormente que ésta se encuentra absorbida por fusión por hoy PORVENIR S.A., por ende se tendrá como he dicho traslado nunca hubiese ocurrido, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la sociedad COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES aquellos valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante y que se encuentren en la actualidad en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, si las hubiere emprendimientos financieros, frutos e intereses y gastos de*

administración, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia. TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES aquellos valores que se hubieran generado con ocasión de la administración como fondo de pensiones del demandante en el periodo en el que él estuvo afiliado a AFP, comprendido entre el 21 de octubre 1999 y el 20 de junio de 2001, tales como cotizaciones de administración y sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses, si los hubiere, conforme lo indicado. CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir, tanto de COLFONDOS S.A. como de PORVENIR, S.A., y sin reparo alguno, todos los emolumentos mencionados en los numerales inmediatamente anteriores para efectos de reactivar válidamente la afiliación del demandante y proceder enseguida a efectuar los trámites administrativos pertinentes, para poder ver reflejados los mencionados valores en la historia laboral de FABIO TORRES LEGUIZAMO con la respectiva imputación de pagos, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta sentencia. QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, y no probados los demás medios exceptivos teniendo en cuenta las resultas del proceso. SEXTO: costas a cargo de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., y a favor del demandante, y para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV a cargo de cada una. SÉPTIMO: De no ser apelada esta decisión por COLPENSIONES, remitirse al superior en forma inmediata para que se surta el grado jurisdiccional de consulta exclusivamente en favor de esta entidad esta sentencia.” (Audiencia virtual del 31 de mayo de 2022 – archivo 15 Hora 1:21:13).

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A. pide que se revoque en su totalidad el fallo de primera instancia, dado que no es dable aplicar de manera homogénea el precedente jurisprudencial al presente asunto, pues se evidenció que, previo

a la afiliación, se proporcionó la información pertinente y completa de conformidad a la normatividad vigente para la época, que no corresponde a los términos en que fue reclamado en la demanda, conforme al formulario de afiliación suscrito sin presiones, sumado a que dicha información se encuentra en la Ley y era responsabilidad del actor informarse acerca de las implicaciones de su decisión. Adicionalmente, considera que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración pues dichas sumas se descuentan por disposición legal y cumplieron su cometido legalmente establecido, en concordancia con el concepto de la Superintendencia Financiera. En tal sentido, tampoco procederá la condena en costas en su contra (Audiencia virtual del 31 de mayo de 2022 – archivo 15 Hora 01:24:21)¹.

¹ “Muchas gracias, señoría. Gracias nuevamente el uso de la palabra. De manera respetuosa, me permito interponer recurso apelación en contra la sentencia de instancia solicitando al honorable tribunal superior de Bogotá en su sala laboral se sirva revocar la presente decisión corresponde a la declaratoria, que corresponde a la ineficacia de la afiliación del demandante al régimen torrencial consolida, así como las condenas impuestas en contra de la AFP porvenir conforme a las siguientes consideraciones en primer lugar, debe ser que se necesita un presente jurisprudencial planteado por la honorable corte constitucional también esta misma corporación ha indicado que el mismo no se puede aplicar de una manera homogénea, todos los procesos donde solicita, bien sea la nulidad o la ineficacia y la afiliación por incumplimiento del deber de información, en efecto de una similitud en las condiciones fácticas de cada caso si se bien que para mí representada, no se da en el presente asunto, pues el demandante razonablemente es un traslado a régimen pensional de manera voluntaria, sin presionar informada todo eso en conformidad con la normativa vigente para el año 99, la cual de la aclarase una información en los términos que fueron reclamados en la demanda y argumentados en el fallo y primera instancia ahora bien, con independencia la información otorgada momento del traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual se encuentran ya establecidas en la ley 100 del año 93, por lo que el demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de información otorgada por mi representante de igual manera, con todo consumidor financiero la el demandante debe actuar con medidas diligencia, la cual suponía por lo menos obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que se estaba optando y con mayor razón si los datos relevantes que permiten impresa las consecuencias de esta edición se encontraban ya está elegidas y consagradas en normas legales de común conocimiento asimismo, desde que la tormenta aquí a más juicios siempre ha sido de buena fe objetiva, pues todas sus acciones ejecutaron en virtud supuestos legales vigentes al momento del traslado al régimen ese sentido tiene en cuenta lo anteriormente, su señoría no existen razones fácticas ni jurídicas que conduzcan a la declaratoria ineficacia del acto jurídico por igual el demandante, (...), pues se recuerda que antes de adoptar la edición información suficiente y veraz sobre las implicaciones de traslado y las características generales del régimen, suscribió el formulario vinculación el cual cumplía con todos los requisitos del entonces superintendencia de bancaria y manifiesto que es una forma libre y voluntaria por otro lado, lo que respecta al traslado a sumas correspondientes a los gastos de administración desde que dichos montos tienen por mandato legal, una destinación específica tal y como se recordó por parte del resto de representación en sus alegatos de conclusión en efecto, este caso se cumplió plenamente. el cometido en el periodo, el cual el demandante ha mantenido su vinculación con el régimen de ahorro individual con solidaridad de tal suerte que esa sumas ya fueron debidamente invertidas en la fórmula que exige la ley no encuentran ya en el poder de mi representada por fueron destinadas a cubrir todos los gastos que han implicado la correcta administración de los recursos aportados a la

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en*

cuenta individual del demandante, en línea con lo que se señaló anteriormente, debe indicarse que la devolución de los gastos de administración resulta improcedente. de conformidad con el concepto de Superintendencia Financiera de Colombia, entidad encargada de vigilar, entre otras a la AFP y que cuenta dentro de sus facultades, la de emitir conceptos doctrinales como fuentes de derecho respecto a los temas de su competencia en efecto, en las señalar dicho ente que el traslado entre los recursos de los regímenes pensionales defectos de inconformidad una norma precisa para ello y esto es el artículo 7 del decreto 3995 del año 2008, y puede normativa que aplica en todos los casos en los que por cualquier circunstancia sea necesario efectuarla de los recursos del desde luego incluye estas restituciones. Por último, lo que corresponde a las agencias en derecho se debe aclarase desestimar la ineficacia. y, por consiguiente, la devolución de estas (...) no tendrá valor alguno. Es por todo lo anterior, señoría, que solicito respetuosamente al honorable Tribunal Superior de Bogotá. en su Sala Laboral, se sirva revocar la presente edición en las declaratorias sobre la declaratoria eficacia del demandante al régimen de ahorro individual y así como las condenas impuestas en contra de mi representada gracias”.

consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)".

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones, el demandante tenía 43 años de edad y había cotizado 914,00 semanas², para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 12 años, 2 meses y 12 días)³, y para la fecha de presentación de la demanda ya había alcanzado el requisito de edad de pensión (tenía 62 años – ver carpeta 01 archivo 02 folio 1 y archivo 05).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

² Ver historia laboral actualizada por COLPENSIONES – carpeta 01 subcarpeta 09.

³ *Ibidem*.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁴, ⁵, según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del Sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias».* Además –dice la

⁴ Sentencia STL3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados. Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia a de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia*”.

⁵ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas CORTÉS*”.

Corte- (ii) *“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. 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”*; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: *“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”* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) que la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues la AFP PORVENIR S.A., antes HORIZONTE S.A., no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las

ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Indicó en tal diligencia que en la empresa en la que laboraba los citaron en reuniones grupales de hasta 50 personas para indicarles la información de la AFP HORIZONTE, pues en los fondos privados podrían pensionarse con una mayor mesada, sumado a que el ISS se acabaría, sin explicarles desventaja alguna sobre esa decisión ni realizar estudio alguno, se limitaron a señalar que resultaba más rentable el traslado. El posterior traslado a COLFONDOS se dio únicamente por consejo de su supervisor, que le indicó que era más rentable y por lo tanto mejor (Audiencia virtual del 31 de mayo de 2022 – archivo 15 Min. 25:26).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen ni los traslados que se efectúen al interior de este. Así mismo, que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de COLFONDOS S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, y a cargo de ésta y de PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de administración descontados durante la afiliación, sin que sea dable

descontar suma alguna por dicho concepto o cualquier otro (Sentencias SL1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁶, este porcentaje hace parte de los gastos de administración (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en Consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia en el sentido de autorizar a dicha entidad a obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen en caso de por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

Finalmente, se confirmará la condena en costas a PORVENIR S.A., pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda, como ocurrió en el caso bajo estudio (ver contestación en carpeta 01 subcarpeta 29 folios 1 a 209).

COSTAS en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

⁶ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

Por lo expuesto, el 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

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en lo demás.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

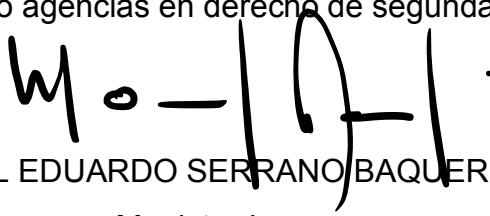
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS (\$600.000), como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE GLADYS CORZO AFANADOR CONTRA
INDUSTRIA AGRARIA LA PALMA LIMITADA - INDUPALMA LTDA.**

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

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, como lo dispuso el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en la fecha programada, para resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante, contra la sentencia dictada el 23 de mayo de 2022 por el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella, se ABSOLVIÓ de las pretensiones de la demanda encaminadas a la declaración de existencia de un contrato de trabajo y del consecuente pago de acreencias laborales.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, GLADYS CORZO AFANADOR presentó demanda contra INDUSTRIA AGRARIA LA PALMA LIMITADA - INDUPALMA LTDA. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un *contrato realidad* del 3 de junio al de 2013 al 15 de febrero de 2014, el cual terminó por decisión unilateral y sin justa causa del empleador. En consecuencia, pide que se condene a la demandada a pagar los salarios de enero y febrero de 2014, auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías con la sanción por su no pago, y primas de servicios, así como la compensación en dinero de las vacaciones y la indemnización por despido injustificado debidamente indexadas. Como fundamento de lo pedido afirma que suscribió contrato de aprendizaje con la demandada por el término de 6

meses, el 3 de diciembre de 2012, el cual se ejecutó hasta el 2 de junio de 2013. El 3 de junio de 2013 la demandada la vinculó en calidad de docente del *Colegio Indupalma*, mediante *orden de compra No. 4400000499*, en la que figura como *“Proveedora del Material/Descripción SERVICIO DOCENCIA”*, con observaciones de *“Los materiales deben ser despachados con Factura de Venta (ORIGINAL)...”* y de *“El horario para la recepción de las mercancías es: De lunes a viernes de 7:30 a.m. 10:30 a.m. y de 2:30 p.m. a 4:00 p.m., sábados de 8:00 a.m. a 1:00 a.m. (sic)”* A partir del 4 de junio siguiente, la rectora de dicho plantel revisó y aprobó el control de asistencia a sus clases, y dio el visto bueno al *“DOCUMENTO EQUIVALENTE A FACTURA DE VENGA RÉGIMEN SIMPLIFICADO”* a través del cual debía cobrar sus servicios, en que se estableció el valor de la hora de trabajo en \$9.096. La demandante permanecía en el colegio en el horario de funcionamiento de este, de 7:00 a.m. a 1:00 p.m. y de 3:00 p.m. a 5:00 p.m. de lunes a viernes. Al finalizar el año lectivo 2013 no se manifestó intención de dar por terminado su vínculo, y al iniciar el año 2014 se le entregó el horario de clases y el listado de alumnos de transición y de primero a quinto. El 15 de febrero de 2014 la demandada le informó que no seguiría laborando. El 12 de agosto e 2014 presentó petición para reclamar copia del *contrato de trabajo*, pago de salarios de enero y febrero y demás *prestaciones sociales de Ley*, el cual fue despachado negativamente, aduciendo la existencia de una relación de *índole civil* (ver demanda en archivo 001 folios 4 a 10 y 86 a 92).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por INDUSTRIA AGRARIA LA PALMA LIMITADA - INDUPALMA LTDA mediante apoderado, quien se opuso a todas las pretensiones, con fundamento en que entre las partes no existió vínculo laboral; por el contrario, dicha sociedad dio la oportunidad a la demandante, tras terminar su periodo de aprendiz, para que *“continuara realizando prácticas de perfeccionamiento en la actividad docente”* en lo cual las partes estuvieron de acuerdo, con remuneración por hora de servicio y bajo la modalidad de *prestación de servicios*. Aceptó la denominación de orden de compra y el monto del pago fijado por hora dictada, aclarando que nunca dictó más de 5 horas diarias.

Resaltó que la asistencia a clases se dio a partir del 4 de junio de 2013 y hasta el 30 de noviembre de dicha anualidad. Se le informó en 2013 sobre la finalización de sus prácticas, por lo que no prestó servicio alguno en 2014. Así mismo, en la petición elevada, únicamente reclamó la entrega de documental y, de ser el caso, las razones para su negativa, no así el pago de salarios ni prestaciones sociales. En consecuencia, se configuró la prescripción de las acreencias reclamadas. En su defensa propuso como excepciones de fondo o mérito: *prescripción, inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación en archivo 001 folios 102 a 109).

Terminó la primera instancia con sentencia del 23 de mayo de 2022, en la cual el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá negó las pretensiones de la demanda. Para tomar su decisión, encontró que pese a estar demostrada la prestación del servicio por un periodo inferior al reclamado en la demanda, la subordinación fue desvirtuada al evidenciarse que la demandante no recibió ninguna instrucción para la realización de las clases dictadas, ni se hizo entrega de *informes diarios* o llamados de atención en su contra, tampoco considera suficientes para entender sus servicios subordinados, de la entrega de listados de alumnos y horarios, sumado a que el pago lo recibía por las horas prestadas y las cobraba a través de órdenes de pago.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la persona jurídica de derecho privado INDUPALMA LTDA. en liquidación., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la ciudadana GLADIS CORZO AFANADOR, de acuerdo a la parte motiva de la presente sentencia. SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la pasiva, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído. TERCERO: CONDENAR en costas a la demandante. Fíjense como agencias en derecho una suma igual a \$200.000. Líquidense por secretaría. CUARTO: CONSULTAR esta providencia en favor de la parte demandante en caso de ser no apelada oportunamente por este sujeto procesal, con la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito*

Judicial de Bogotá, y en conformidad con los argumentos normativos de orden procesal expuestos en la parte motiva de esta sentencia” (Audiencia virtual del 23 de mayo de 2022 – archivo 005 Min. 18:23).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la parte actora manifestó su inconformidad con la decisión, al considerar que, contrario a lo considerado por el juez de primera instancia, una vez probada la prestación personal del servicio, debía presumirse la existencia de un contrato de trabajo, presunción que no logró desvirtuarse, al punto que se evidenció la imposición de horarios e incluso el transporte de la trabajadora en vehículos de la empresa para cumplir sus funciones. En consecuencia, en su sentir, se debe dar aplicación al principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades pactadas, y acceder a lo pretendido en la demanda (Audiencia virtual del 23 de mayo de 2022 – archivo 005 Min. 19:37)¹.

¹ “Gracias su señoría con el debido respeto, interpongo el recurso de apelación para que la honorable sala Laboral Tribunal Superior Bogotá revoque la sentencia de que se acaba de proferir y en su lugar se acceda a las peticiones establecidas en la demanda. Como argumento se expone que: como bien su señoría lo dijo, que está demostrada... que uno de lo... que para el juzgado está demostrada la existencia del contrato de trabajo, en el elemento... en uno de sus elementos como es la... que la actividad se haya prestado por la aquí demandante, pero sostiene que esta desvirtuada... el segundo elemento que la es continuada subordinación, porque con los argumentos expuestos en la demanda y las pruebas recaudadas la parte demandada logró desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del CST. Es preciso argumentar que se encuentra reunidos los tres elementos del Código... del artículo 23 del CST, que establece el contrato realidad, como son la actividad personal prestada por la señora GLADYS CORZO AFANADOR, segundo la continua subordinación que está demostrada y es así como a la señora GLADYS cuando se le contrató se le hizo entrega formal de las actividades que iba a desarrollar, los cursos a quien le iba dictar la clase y ese trabajo era supervisado por la jefe de talento humano de dicha entidad. Así que está (sic) demostrados los tres elementos que constituyen el contrato de trabajo realidad. Así encontramos que en ese marco legal la pregunta obligada es ¿cumple la demandada con eso requisitos? en mi opinión y como está demostrado en el expediente, las pruebas demuestran que sí, es decir, la señora GLADYS CORZO AFANADOR prestaba de manera personal el cargo de docente de inglés, en el colegio INDUPALMA, como consta en las panillas de asistencia de docentes evidenciado de esta manera que cumplía con el presupuesto jurídico de la subordinación o dependía laboral y finalmente recibía un remuneración que denominó la parte demanda INDUPALMA facturas de venta de régimen simplificado pues bien la honorable Corte Constitucional en sentencia T-404 del 2005 manifestó lo siguiente: la existencia de un relación de trabajo no depende de los actos realizado por las partes ni de dependencia, ni de la apariencia contractual ni de la relación jurídica subjetiva si no por el contrario de la situación en que se allá el trabajador respecto del patrón de la realidad de los hechos a los que aquel se encuentra vinculado y de la situaciones objetivas que surgen indistintamente de la nomenclatura utilizada para definir la situación, eso lo ha sostenido la corte constitucional y está acorde con el artículo 53 de nuestra carta magna que habla del contrato que primacía de la realidad sobre la forma y se encuentra establecido en artículo 53 de la carta constitucional,. Así las cosas, no se comparte

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En consonancia con el recurso de apelación, el Tribunal debe definir (artículo 66-A del CPTSS): (i) si entre las partes existió relación laboral y los extremos de la misma; (ii) si se adeudan salarios, prestaciones sociales, vacaciones y sanción por no pago de los intereses sobre las cesantías y la indemnización por despido injusto, o si dichas acreencias se encuentran prescritas; y en dado caso, (iii) si procede la indexación de las condenas.

(i) CONTRATO REALIDAD - EXTREMOS. Para resolver lo primero son pertinentes los artículos 22 y 23 del CST, que definen al contrato de trabajo como *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”*, disponen como elementos esenciales de este contrato a la actividad personal del trabajador - es decir realizada por sí mismo-, a la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y al salario, contraprestación directa del servicio.

Una vez reunidos los tres elementos -dice el artículo 23- *se entiende* que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

la tesis de que esta desvirtuada por la parte demandada la presunción de contrato de trabajo al estar desvirtuada la subordinación. Otro elemento nos demuestra que la empresa INDUPALMA existía o ejercía cierta potestad sobre la señora GLADYS CORZO AFANADOR, de donde se origina la subordinación, era el hecho de que le establecieron un horario para el cumplimiento de esas clases y la señora GLADYS CORZO AFANADOR incluso era recogida por un bus de la empresa para cumplir en el horario que a la empresa le había establecido y a eso tenía a ella que someterse. Así las cosas no queda duda que están establecidos los elementos estructurales del contrato de trabajo, por tal razón reitero con el debido respeto así dejo establecido los argumentos para que se conceda el recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá muchas gracias”.

De las normas referidas y del artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden una *presunción legal*, por cuya virtud toda relación en la que se involucre la prestación de un servicio personal está regida por contrato de trabajo, es decir, se presume ejecutada bajo *subordinación*.

Ello trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia del contrato de trabajo, pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alega hechos presumidos por el legislador. Probada entonces la prestación de servicios personales, opera la presunción de subordinación, elemento cuya existencia puede ser desvirtuada en el proceso por el extremo demandado.

Con estas premisas normativas y revisado el expediente, el Tribunal revocará la sentencia de primera instancia en cuanto negó la declaración de existencia de un contrato de trabajo, pues las pruebas aportadas demuestran que el demandante prestó servicios personales como *profesora de inglés* en favor de la demandada, de manera continua, entre el 4 de junio y el 30 de noviembre de 2013. De ello se presume el elemento subordinación en ese lapso, y la demandada no desvirtuó su ocurrencia.

Este hecho concreto (la prestación de servicios), en las fechas de inicio y terminación, no fue objeto de controversia en el recurso por ninguna de las partes, y encuentra prueba clara en la confesión contenida en la contestación (archivo 001 folios 102 a 109), válida de conformidad con los artículos 191 y 193 del CGP². Manifestaciones que se corroboran con el documento denominado *orden de compra* del 3 de junio de 2013, mediante la cual se vinculó a la demandante; la respuesta del 18 de septiembre de 2014 a una

² “ARTÍCULO 191. REQUISITOS DE LA CONFESIÓN. La confesión requiere:

1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.

2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.

(...).

ARTÍCULO 193. CONFESIÓN POR APODERADO JUDICIAL. La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita”.

petición elevada por la demandante, las *facturas de venta* en las cuales se relacionan los pagos efectuados y las planillas de control de asistencia de la docente (archivo 001 folios 22 a 24, 26 a 33, 113 a 121).

Probado el servicio personal en esos extremos, correspondía al extremo demandado desvirtuar la subordinación, frente a lo cual no se allegó prueba útil alguna que permitiera concluir que la labor se realizó con *autonomía técnica y directiva* del demandante, es decir, prueba de haber obrado sin sometimiento a las órdenes de quien la contrató en cuanto al modo, tiempo, lugar y cantidad de servicios, o a reglamentos de trabajo.

No sirven para este efecto los pactos *formales* contenidos en la *orden de compra*, mediante la cual se vinculó a la accionante como si de un proveedor de *materiales* se tratara (archivo 001 folios 22 y 23). Tampoco, como erradamente lo señaló el Juez de primera instancia, el hecho de que los pagos se hicieran previa la presentación de *documentos equivalentes a factura de venta régimen simplificado* (archivo 001 folios 27, 28, 30 y 32). Sobre estas materias se debe recordar al juez, que el artículo 53 de la Constitución Política dispone, para los asuntos del trabajo, la primacía de la realidad sobre las formas.

Ninguna de las pruebas documentales allegadas da cuenta de la pretendida independencia y autonomía en la prestación de los servicios de la actora, y los testimonios solicitados y decretados no se practicaron pese a la comisión otorgada para el efecto y la posterior celebración de la audiencia por vía telemática con miras a facilitar su recaudo, debido a que ninguna de las partes cumplió con la obligación de procurar la comparecencia de los testigos (artículo 217 del CGP).

Tampoco se dio confesión alguna al respecto (autonomía) en el interrogatorio de parte rendido por la demandante (Audiencia virtual del 17 de mayo de 2022 – archivo 002 Min. 33:48), quien se limitó a reiterar los hechos contenidos en la demanda.

Por el contrario, y pese a la reticencia del representante legal de la demandada a responder el interrogatorio que le fue formulado, fue claro en señalar que los servicios de la actora eran prestados en las horas para las cuales era citada según las necesidades de la empresa (Audiencia virtual del 17 de mayo de 2022 – archivo 002 Min. 22:00), hecho que resulta, por lo menos, indiciario de falta de autonomía e independencia en la trabajadora.

Además, en la misma *orden de compra* con al que se vinculó la demandante, se estableció un “*REGLAMENTO PARA CONTRATISTAS*”, que incluye el cumplimiento de obligaciones de seguridad industrial, organización y limpieza del puesto y de los elementos de trabajo, e incluso “*Guardar rigurosamente la moral y respeto por sus superiores*” (archivo 001 folios 23 a 24), todo lo cual da cuenta de dependencia e integración de la accionante en la estructura jerárquica de la demandada, quien le asignó un puesto de trabajo, dispuso quienes eran los estudiantes a los que debía dictar clases, e incluso le hacía un seguimiento de asistencia (archivo 001 folios 26, 29, 31 , 33 y 118 a 121).

Por todo lo anterior, resulta claro el elemento de subordinación en la relación de trabajo que ejecutó la demandante, y la existencia consecuente del contrato de trabajo.

Pasa ahora la Sala a tasar las condenas reclamadas en la demanda, para lo cual debe definir, en primer lugar, sobre la prescripción de la acción.

ii) PRESCRIPCIÓN ACREENCIAS RECLAMADAS. Los artículos 488 del CST y 151 de CPTSS disponen un término de tres años para la prescripción de la acción judicial que busca el reconocimiento judicial de un derecho laboral. Dicho término corre “desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible” y “*el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez*”, por lo cual corre nuevamente por un lapso igual (3 años).

Con este premisa normativa, y dados los extremos temporales declarados para la relación laboral, los cuales no fueron objeto de discusión como se dijo en precedencia, se advierte que operó la prescripción de la acción judicial únicamente respecto de las vacaciones, la sanción por no pago de los intereses sobre las cesantías, y la indemnización por despido injusto, como quiera que éstas NO se encuentran contenidas en la reclamación elevada por la demandante el 12 de agosto de 2014 con la que se interrumpió la prescripción.

En efecto, el término de tres años comenzó a correr en la fecha de terminación del contrato, esto es, el 30 de noviembre de 2013, y la demandante elevó petición el 12 de agosto de 2014 en la que *reclamó* al empleador el no pago de salarios de los meses de enero y febrero, así como “*las prestaciones sociales de Ley*” (archivo 001 folios 35 a 37 y 110 a 112). Con ello se reactivó el término de tres años para el reclamo estos derechos, únicamente, no para las demás acreencias sobre las cuales operó la prescripción.

Contrario a lo sugerido por la demandada en su contestación, resulta clara la reclamación de los referidos derechos, aunque se hubiera efectuado en el acápite de *hechos* de la solicitud, pues allí se informó la sociedad de la inconformidad que tenía la demandante respecto al no pago de esas acreencias laborales específicas.

Así las cosas, y al haberse radicado la presente acción el 25 de abril de 2017 (archivo 001 folio 78), la acción judicial se ejerció dentro del término legal respecto de los salarios y las prestaciones sociales reclamados, al haberse radicado dentro de los 3 años siguientes a la presentación del *reclamo escrito* ante el empleador -12 de agosto de 2014-, según lo dispuesto en los artículos 488 y 489 del CST y 151 del CPTSS.

Conforme a ello y con base en el salario devengados, la Sala efectuó los cálculos correspondientes, y se obtuvieron los siguientes valores:

CONCEPTO	ADEUDADO
Cesantías	\$476.410
Intereses a las Cesantías	\$28.208
Prima de Servicios	\$476.410

iii) INDEXACIÓN. Ante este panorama y como quiera que no se reclamó indemnización moratoria que pudiera solventar la pérdida de poder adquisitivo de las acreencias por la devaluación monetaria con el paso del tiempo, se abre paso su indexación al momento del pago³, de acuerdo con la siguiente fórmula⁴:

$$VA = VH \times \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

De donde:

VA = Valor actualizado

VH = Valor histórico

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor vigente a la fecha en que se realice el pago.

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor vigente a la fecha de terminación del vínculo.

Por el resultado del proceso y conforme lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, las COSTAS de primera instancia correrán a cargo de la INDUSTRIA AGRARIA LA PALMA LIMITADA - INDUPALMA LTDA.

Sin COSTAS en el recurso de apelación.

³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral – Sentencia SL3028 Rad. 40813 del 1 de febrero de 2017.

⁴ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral – Sentencia SL1628 Rad. 44057 del 16 de mayo de 2018.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia para, en su lugar, **DECLARAR** que entre las partes se ejecutó un contrato de trabajo entre el 4 de junio y el 30 de noviembre de 2013.
2. **CONDENAR** a la INDUSTRIA AGRARIA LA PALMA LIMITADA - INDUPALMA LTDA. al pago de cesantías, intereses sobre las cesantías y primas de servicios, a favor de la demandante, en cuantía de \$476.410, \$28.208 y \$476.410, respectivamente.
3. **DECLARAR** probada la excepción de prescripción respecto de las vacaciones, la sanción por no pago de los intereses sobre las cesantías, y la indemnización por despido injusto.
4. **ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.
5. **COSTAS** de primera instancia a cargo de la INDUSTRIA AGRARIA LA PALMA LIMITADA - INDUPALMA LTDA.
6. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

Exp. 09 2019 00506 01
Luis Eduardo Latorre García contra COMSISTELCO S.A..S

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

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE LUIS EDUARDO LATORRE GARCÍA
CONTRA COMSISTELCO S.A.S.**

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

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, como lo establece el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación presentado por la demandada contra la sentencia dictada por la Juez Novena (9) Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de noviembre de 2021. En ella se CONDENÓ al pago de la indemnización por despido injusto y de sanción moratoria.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, LUIS EDUARDO LATORRE GARCÍA presentó demanda contra la empresa COMSISTELCO S.A.S. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 26 de agosto de 2017 y el 16 de marzo de 2017, el cual terminó sin justa causa por parte del empleador. En consecuencia, pide que se condene a la demanda a reconocer y pagar a su favor la indemnización establecida en el artículo 64 del C.S.T., el auxilio de transporte, aportes a seguridad social en pensiones, recargos y horas extras, a reajustar su salario y a reliquidar las prestaciones y vacaciones causadas

Exp. 09 2019 00506 01
Luis Eduardo Latorre García contra COMSISTELCO S.A..S

en vigencia de la relación laboral, la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. y la sanción por la no consignación de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Además, pide el pago de *“las mesadas comprendidas del 16 de marzo de 2017 hasta el día en que se realice el pago total de la mesadas o mensualidades adeudadas, repito, hasta el día en que se cancelen el total de la obligación”* y la indexación de las sumas que se llegaren a conceder.

Como fundamento de lo pedido afirma que el 26 de agosto de 2016 suscribió contrato de trabajo por *obra o labor determinada* con la sociedad COMSISTELCO S.A.S., para desempeñarse como COORDINADOR MESA DE AYUDA en las instalaciones tanto del empleador como de la empresa Transmilenio, el cual terminó de manera unilateral y sin justa causa el 16 de marzo de 2017. Asegura que durante la relación laboral prestó sus servicios de sábado a sábado, incluyendo festivos, de 7:30 a.m. a 5:30 p.m., además, debía tener disponibilidad de 24 horas. Sostiene que su salario fue de \$2.500.000 mensuales; que su liquidación final de prestaciones fue efectuada con base en un salario menor y pagada el 6 de junio de 2017. Asevera que nunca se le cancelaron sus prestaciones sociales con el salario real que debió devengar, ni se le pagó la prima de servicios, ni los aportes a seguridad social, ni *salarios dejados de percibir hasta la fecha* (ver demanda archivo A3 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por COMSISTELCO S.A.S. mediante apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones, afirmando que la relación laboral con el demandante terminó de *manera justificada* y en estricto cumplimiento a la ley y, particularmente, a lo pactado en la cláusula séptima del contrato de trabajo en la cual se prevé como justa causa *“si la empresa donde labora el funcionario solicita el cambio”* y, en este asunto, TRANSMILENIO S.A. solicitó el cambio de LUIS

Exp. 09 2019 00506 01
Luis Eduardo Latorre García contra COMSISTELCO S.A..S

EDUARDO LATORRE GARCIA como Coordinador de la Mesa de Ayuda *“configurando la falta grave tipificada en el contrato de trabajo”*. Asegura que solo bastó que el actor se encontrara incurso en la existencia de una falta grave, calificada así en el contrato, para acreditar la terminación. De otro lado, indicó que cumplió todas las obligaciones a su cargo, el salario devengado por el actor en desarrollo de su contrato fue el pactado entre las partes, mismo que se canceló en los plazos acordados y que sirvió como base para liquidar todos los derechos prestacionales y vacacionales causados, y no existe un mayor valor que deba reconocerse ni recargos u horas extras. Advirtió que el actor no causó el auxilio de transporte pues siempre devengó más de 2 salarios mínimos. En su defensa propuso las excepciones de falta de causa sustantiva para la acción, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la innominada (ver contestación folios 64 a 81, archivo A3 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 7 de diciembre de 2021, en la cual la Juez Novena (9) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a la demandada a pagar al demandante la indemnización por despido sin justa causa y la sanción moratoria y la ABSOLIVÓ de las demás pretensiones incoadas en su contra.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: CONDENAR a la demandada COMSISTELCO S.A.S. a pagar al demandante los siguientes rubros: a) \$1'250.000 pesos por concepto de indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa. b) \$6'666.667 pesos por concepto de indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. SEGUNDO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. TERCERO: ABSOLVER a la demandada COMSISTELCO S.A.S. de las demás pretensiones incoadas en su contra.*

Exp. 09 2019 00506 01
Luis Eduardo Latorre García contra COMSISTELCO S.A..S

CUARTO: Las COSTAS estarán a cargo de la parte demandada. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a \$280.000 pesos de conformidad con lo previsto en el Acuerdo PSAA 16-10554 de la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura.” (Audiencia virtual, parte 2, récord 12:11, archivo “B8 folio 262 Parte 2 Audiencia 2021-12-07-Grabación de la reunión.mp4” del expediente digital, trámite de primera instancia).

Para tomar su decisión, la Juez concluyó que la demandada cumplió con el pago de las prestaciones causadas en vigencia de la relación laboral a favor del demandante, las cuales fueron liquidadas en debida forma. No encontró acreditado el trabajo extra o suplementario, así como tampoco razones que justificaran la tardanza de más de dos meses en el pago de la liquidación final de prestaciones luego de terminado el vínculo laboral, por lo que impuso el pago de sanción moratoria. Frente al despido, no halló acreditada la causa expresada en la misiva por terminación de la obra, precisando que las razones en las que se funda la defensa de la demanda no le fueron puestas en conocimiento al demandante al momento de la terminación del contrato. Tasó la indemnización en el monto mínimo señalado en el artículo 64 del CST -15 días de salario- con base en un salario de \$2.500.000.

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la demandada pide que se revoquen las condenas. Frente a la sanción moratoria, afirma, de una parte, que el *plazo prudencial* no está definido, y de otra, que el demandante no hizo ningún ejercicio probatorio para acreditar su mala fe, la cual no podía presumirse y por el contrario -dice- está claro dentro del expediente que cumplió con todas las obligaciones que le incumbían como empleador, en tanto afilió al trabajador a seguridad social, pagó sus cotizaciones a seguridad social, las

Exp. 09 2019 00506 01
Luis Eduardo Latorre García contra COMSISTELCO S.A..S

prestaciones sociales, etc., esto es, actuó de manera clara, consiente, libre, honesta y leal, con absoluta buena fe hacia el demandante. Con relación a la indemnización por despido injusto, asegura que el demandante fue objeto de solicitud de retiro por parte de TRANSMILENIO, que era la empresa usuaria, lo cual conllevó a que no tuviera que prestar servicio por la finalización de la obra o labor para la cual fue contratado y no porque lo quisiera la empresa, como estaba expresamente definido en el contrato de trabajo en el que se estableció esa circunstancia como una *falta grave*¹

¹ “Gracias señora Juez, de manera respetuosa interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por su despacho para que se revoque parcialmente el, la sentencia, esto en lo correspondiente al numeral primero de la parte resolutive, respecto a la condena a mi representada por pago de la indemnización contenida en el artículo 64 y de la indemnización del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, recurso que me permito sustentar de la siguiente manera. En lo que respecta a la indemnización moratoria con objeto de condena debe indicarse que la jurisprudencia ha definido claramente que el tema del pago de la liquidación de la prestación, de las prestaciones sociales de la, del trabajador debe realizarse dentro de un término prudencial; término prudencial que, por supuesto no está definido, no se ha dicho si es un día, sí son 8 días y son 15 días, sin embargo, no puede partirse o presumirse la mala fe del actuar de mi representada, por el contrario, y como se indicó en su momento en la oportunidad de alegatos, la parte demandada, demandante, no hizo ningún ejercicio probatorio para acreditar que mi representada haya actuado de mala fe, no existe un acto claro, preciso, inequívoco dentro del plenario que permita definir que mi representada COMSISTELCO actuó de manera deshonesto o desleal para con el demandante. Por el contrario, como se observa de todas y cada una de las actuaciones verificadas por su despacho, al momento de revisar las pruebas documentales y de conformidad con el artículo 60 y 61 del Código Procesal de Trabajo y la Seguridad Social, se ha verificado que mi representada cumplió con todos y cada uno de las obligaciones que le correspondían a su cargo; esto es, afilió al trabajador al sistema de Seguridad Social, pago las cotizaciones correspondientes al sistema de Seguridad Social Integral, pago las prestaciones sociales del año 2016 y del año 2017 de manera proporcional, consignó las cesantías, porque fue afiliado también a un fondo de cesantías, inclusive al momento de la finalización se aportó la autorización para el retiro de las cesantías, junto con el soporte del pago de las Seguridad Social de los últimos 3 meses. Todas estas circunstancias y hechos significan o llevan a la simple conclusión de que el actuar de mi representada correspondió a un actuar revestido de una absoluta buena fe, en ningún momento se ha, se puede partir, por supuesto de manera respetuosa, indicar que no puede presumirse la mala fe, y recordando que esta indemnización moratoria el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo comporta ese elemento, Y es que no es de manera automática que debe brindarse o debe imponerse una sanción al empleador incumplido, por el contrario, la jurisprudencia ha sido reiterativa en indicar que la actuación debe estar revestida de mala fe y así debe acreditarse dentro del plenario para que pueda proceder esta condena. Bajo esos argumentos, atendiendo y concluyendo que, en resumen, que mi representada en ningún momento ha actuado de mala fe, por el contrario, se evidencian actuaciones claras, simples, precisas, contundentes y probatoriamente acreditadas dentro del plenario de un actuar libre, consciente, voluntario, honesto y leal para con el demandante es, perdón, es por lo que solicitó que se revoque la indemnización moratoria objeto de condena y en su lugar se

Exp. 09 2019 00506 01
Luis Eduardo Latorre García contra COMSISTELCO S.A..S

(Audiencia virtual, parte 2, récord 13:24, archivo “B8 folio 262 Parte 2 Audiencia 2021-12-07-Grabación de la reunión.mp4” del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia, por estar contenidos en la sentencia y no haber sido apelados, los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala: (i) que el demandante suscribió con COMSISTELCO S.A.S. un contrato de trabajo de duración definida por obra o labor contratada, el 26 de agosto de 2016; (ii) que el vínculo finalizó por decisión unilateral de la demandada, aduciendo la terminación de la obra contratada, el día 16 de marzo de 2017² (ver folios 14 a 21, 28 del archivo A1, 33 a 37 y 38 del archivo A3 del expediente digital, trámite de primera instancia), (iii) que la liquidación

absuelva por este concepto. Ahora, en lo que tiene que ver por, con la indemnización del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, que fue objeto de condena, me permito también presentar mi reparo frente a la decisión objeto de sentencia atendiendo que está claro, y se encuentra acreditado dentro del plenario, que el demandante fue objeto de solicitud de retiro por la parte, en este caso Transmilenio, que era la empresa usuaria quien solicitó el retiro y no se indicó cuáles fueron las razones, pero se indicó que el, se generaría el retiro de este trabajador de, de la operación de Transmilenio. Con base en ese retiro, y atendiendo a que una vez se finalizó porque ya no debía prestar servicio alguno, se terminó con la obra o la labor para la cual fue contratado fue que se terminó ese contrato de trabajo. ¿En virtud de que? No porque el señor lo quisiera o la empresa lo hubiera definido expresamente así, sino porque el mismo contrato de trabajo lo, lo determinó en su cláusula séptima, indicando que era una falta grave y que bajo esa falta grave se daba por finalizado el contrato de trabajo y se comunicó la terminación de su contrato bajo la facultad legal indicada en el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo. Bajo esos argumentos y atendiendo a que se encuentra acreditada claramente que la, la terminación del contrato de trabajo operó de manera legal y justificada, solicito respetuosamente la Honorable Sala del Tribunal Superior de Bogotá que se revoque la condena impuesta y se absuelva a mi representada de las condenas que han sido impartidas en primera instancia. En los anteriores términos y de conformidad al artículo 66A del Código Procesal de Trabajo y la Seguridad Social dejó sustentado el recurso de apelación, muchas gracias señora Juez.”

² Literalmente dice la carta de terminación “(...) teniendo en cuenta que el día 26 de agosto de 2016 fue suscrito el contrato por obra o labor contratada, en virtud del cual usted presta sus servicios a la compañía, nos permitimos comunicarle que dicha labor finalizó, motivo por el cual COMSISTELCO S.A.S. le informa que su contrato de trabajo termina a partir de la culminación de la jornada laboral del día 16 de marzo de 2017” (folio 38 A3 ibidem)

Exp. 09 2019 00506 01
Luis Eduardo Latorre García contra COMSISTELCO S.A..S

final de prestaciones sociales fue cancelada al actor el 6 de julio de 2017 (folio 31 archivo A4, ibidem.).

En consonancia con el recurso de apelación el Tribunal debe definir (artículo 66-A del CPTSS): (i) si se presentó o no un despido sin justa causa por parte de COMSISTELCO S.A.S., y (ii) establecer si hay lugar al pago de la sanción moratoria.

(i) DESPIDO SIN JUSTA CAUSA. Para decidir esta parte de la apelación, el artículo 61 de CST define las situaciones que generan de terminación del contrato de trabajo sin el pago de indemnización. Entre dichas situaciones, el literal d) del numeral primero, dispone como hecho válido de terminación del contrato pactado de *duración definida* por obra o labor, la culminación de dicha *obra* o labor. De ello resulta clara la estabilidad del trabajador en su empleo mientras las obras o labores a las cuales se sometió la duración de la relación de trabajo no hayan concluido.

Cuando un contrato de trabajo de esta modalidad -por duración de obra o labor contratada- es terminado por decisión del empleador antes de que la obra culmine, habrá ocurrido un despido, y procederá el pago de la indemnización correspondiente, a menos que el empleador demuestre que la terminación se basó en una de las justas causas que regula el artículo 62 del mismo estatuto normativo.

El valor de la indemnización en dado caso se tasaré con los salarios que se hubiesen podido causado hasta la fecha de finalización de la obra o labor contratada, y no podrá ser inferior a 15 días de salario.

Con estas reglas y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia en cuanto ordenó el pago de indemnización

Exp. 09 2019 00506 01
Luis Eduardo Latorre García contra COMSISTELCO S.A..S

por despido sin justa causa, pues no se probó por el empleador -quien tenía la carga procesal- que para la fecha de la desvinculación hubiera terminado la obra o la labor para la que fue contratada el demandante.

En el contrato de trabajo suscrito con COMSISTECO S.A.S. el 26 de agosto de 2016, se dispuso que *“se pacta por obra o labor determinada, en atención al contrato suscrito entre COMSISTELCO y TRANSMILENIO (...)”* (página 34 archivo A, expediente digital, trámite de primera instancia). Por ello solo se puede tomar como criterio de terminación del vínculo por culminación de la obra, la finalización del referido contrato con TRANSMILENIO.

En este contexto, no sirve para probar la culminación de la obra la comunicación del 1 de marzo de 2017 suscrita por JOHN O. ALONSO, soporte técnico de la Dirección de TIC's de TRANSMILENIO S.A. en la cual indica que *“por solicitud de la Directora de TIC's es necesario reemplazar, de manera inmediata, al señor coordinador de la mesa de ayuda”* (folio 39, archivo A3 y 23 archivo A4, del expediente digital). Tampoco el testimonio de SERGIO ROBERTO SUPELANO DUARTE³, pues nada le consta de manera directa frente a las razones que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo del demandante.

De otro lado, es del caso indicar que la supuesta comisión de una *“falta grave”* por parte del trabajador, a la que se refiere la demandada en su contestación, no fue mencionado en la carta de despido y por tanto, no podía ser invocada en este trámite. Tal como lo puso de presente la juez de primera instancia, a tenor de lo previsto en el artículo 62 del C.S.T. *“la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos*

³ Audiencia del 7 de diciembre de 2021, récord 16:08.

Exp. 09 2019 00506 01
Luis Eduardo Latorre García contra COMSISTELCO S.A..S

distintos”, lo que resulta indispensable para garantizar los derechos de contradicción y de defensa del trabajador a quien se acusa de incumplir el contrato, pues solo frente a *conductas concretas* que se hayan expuesto en la carta de despido, podrá ejercer tales derechos en el proceso judicial.

(iii) SANCIÓN MORATORIA: Para resolver sobre esta materia, el artículo 65 del CST impone al empleador el pago de un día de salario por cada día de retardo en el pago completo de los salarios y prestaciones que se causaron en favor de sus trabajadores, al finalizar el contrato de trabajo.

Si bien esta sanción no opera de forma automática e inexorable, pues la demora u omisión puede estar revestida de buena fe, dicha situación solo se puede derivar del entendimiento plausible, es decir, con razones válidas, de no estar obligado al pago, o de situaciones sobrevinientes que hagan imposible cumplir las obligaciones.

Con este referente normativo y una vez revisado el expediente el Tribunal confirmará también en este aspecto la sentencia de primera instancia, pues ninguna de estas circunstancias se demostró para justificar las razones por las cuales el empleador tardó, más de dos meses, en efectuar el pago de la liquidación final de prestaciones sociales al trabajador.

COSTAS en la apelación a cargo de la demandada.

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

RESUELVE

Exp. 09 2019 00506 01
Luis Eduardo Latorre García contra COMSISTELCO S.A..S

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

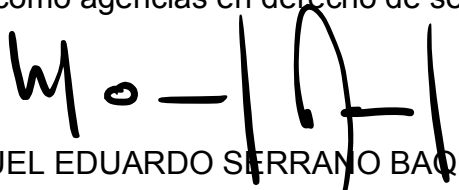

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

ACLARACION DE VOTO

La indemnizacion deberia corresponder
A la de. Contrato a termino indefinido

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de TRESCIENTOS MIL PESOS (\$300.000), como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE ORLANDO ALFREDO OSPINA FORERO
CONTRA BAVARIA S.A.**

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

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, como lo dispuso el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en la fecha programada, para resolver el recurso de apelación presentado por el demandante contra la sentencia dictada por la Juez Novena (9ª) Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de enero de 2022. En ella, ABSOLVIÓ a la demanda del pago de indemnización por *despido sin causa justificada*, y de la *reliquidación* de horas extras y pensión con las reglas del Pacto Colectivo 2013-2015.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ORLANDO ALFREDO OSPINA FORERO presentó demanda contra BAVARIA S.A. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de *una relación laboral ininterrumpida* del 19 de septiembre de 1985 al 30 de octubre de 2014 y se condene al pago de la indemnización contenida en la cláusula 14 del Pacto Colectivo vigente a la fecha del despido (2013-2015), a la liquidación de las horas extras diurnas, nocturnas, diurnas dominicales, nocturnas dominicales y nocturnas festivas de aplicando el artículo 24 del mismo acuerdo, la reliquidación de las cesantías y sus intereses del año 2012, y la indemnización moratoria del artículo 65 del

CST. En subsidio, pide que se condene al pago de la pensión de que trata el artículo 52 del referido Pacto Colectivo 2013-2015.

Como fundamento de lo pedido señala que suscribió contrato de trabajo a término indefinido el 19 de septiembre de 1985 para desempeñar el cargo de *operario en oficios varios patios*. En 1999 ocupó el cargo de *lubricador* en la planta Cervecería del Litoral. En el año 2000 fue trasladado al cargo de *servicios especiales (conductor de ejecutivos de la empresa)*, luego al de *auxiliar de oficinas*. A partir de 2002 la empresa ofreció retiro voluntario a la mayoría de los trabajadores con el pago de una *bonificación* equivalente a la indemnización contenida en la cláusula 14 del *pacto colectivo vigente para la fecha*, la cual se canceló a los trabajadores que accedieron, conforme a lo cual se cerraron 9 plantas en el país y actualmente la demandada cuenta únicamente con 5 plantas. Al no haber aceptado el ofrecimiento, la empresa lo *presionó* para rendir más en sus labores. En 2007 nuevamente lo trasladaron a la dirección general como *conductor de ejecutivos*, año en que suscribió otrosí del 30 de marzo, en el que se indicó que no estaría sujeto a jornada de trabajo y se le reconocería como prestación extralegal y por mera liberalidad el equivalente a 3 horas adicionales a la jornada ordinaria de trabajo. En septiembre de 2009 suscribió otrosí de *acuerdo voluntario sobre primas legales*, según el cual *prácticamente se le recortan o no se le pagan las primas extralegales* contenidas en el pacto colectivo. En el año 2012 fue *ascendido* al cargo de *profesional de seguridad*, pero en dicho año se desempeñó como *conductor* laborando todos los días de la semana, incluyendo dominicales y festivos, sin horario de entrada ni salida. El último cargo desempeñado fue de *profesional sala de control*, con un salario de \$4.002.868 mensuales. El 30 de octubre de 2014 la demandada dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa, y al día siguiente se le pagó la suma neta de \$299.131.376. Indica que al momento del despido era beneficiario del pacto colectivo y que no le fueron pagados los beneficios extralegales que reclama en el proceso (ver demanda en carpeta A4 folios 4 a 27 y en archivo A5 folios 1 a 47).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, BAVARIA S.A. la contestó mediante apoderado, quien aceptó algunos hechos, incluida la existencia del contrato de trabajo y sus extremos, y se opuso a las demás pretensiones. Afirmó que las reliquidaciones reclamadas no tienen fundamento legal ni factico, en tanto la cláusula 14 del Pacto Colectivo no resulta aplicable por tratarse de un despido sin justa causa y no de un cierre de fábricas o dependencias. Así mismo, según constancia, el actor laboró 9 horas diarias 5 días a la semana, para un total de 44 horas semanales por lo que no causó horas extras, las cuales en todo caso se deben acreditar pues no es dable suponer su causación. Agrega que en virtud del otrosí de 2007 la empresa canceló 3 eventuales horas extras sobre el ingreso ordinario mensual. Respecto de la pretensión subsidiaria indica que la cláusula señalada por el actor no se aplica a los trabajadores que laboran en la cervecería de Barranquilla, ni a los trabajadores de la empresa que hubieran estado afiliados al sistema de seguridad social en pensiones. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción, cobro de lo no debido, compensación, pago, buena fe de la empresa, inexistencia de las obligaciones reclamadas, costas, buena fe y compensación* (ver contestación en archivo A5 folios 94 a 127).

Terminó la primera instancia con sentencia del 18 de enero de 2022, en la cual la Juez Novena (9ª) Laboral del Circuito de Bogotá que negó las pretensiones de la demanda. Para tomar su decisión concluyó que la cláusula de indemnización se aplica sólo en caso de retiro voluntario, lo que no ocurrió en el presente asunto. En cuanto a las horas extras, señaló que las mismas no se encuentran debidamente probadas, y sobre la pensión reclamada estimó que tal derecho se encontraba en el pacto colectivo previo al vigente a la fecha de su retiro y, en todo caso, al encontrarse el demandante vinculado al sistema general de seguridad social en pensiones, era la administradora correspondiente la llamada al reconocimiento pensional.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a BAVARIA S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante ORLANDO ALFREDO*

OSPINA FORERO en el presente proceso. SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, acorde con lo indicado en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: Las COSTAS estarán a cargo de la parte demandante en favor de la demandada. Tásense por Secretaría. Fijense como agencias en derecho la suma correspondiente a \$600.000, de conformidad con lo indicado en la parte motiva. CUARTO: En caso de no ser apelada esta decisión, remítase ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor del demandante, conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS” (Audiencia virtual del 18 de enero de 2022 – archivo B1 Min. 37:04).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la parte actora considera que no se analizaron las documentales allegadas con la demanda, específicamente el Pacto Colectivo, que considera fuente de las obligaciones reclamadas y garantía especial para la parte débil, el trabajador, que fue despedido unilateralmente. Señaló que se debe garantizar la igualdad de los trabajadores, y en este orden se debió reconocer la indemnización que se pagó a los trabajadores que debieron retirarse obligatoriamente a razón de 95 días de salario “*por año*”. De otro lado, y frente a la prueba de horas extra, refiere que en la demanda él solicitó una inspección judicial para, entre otras cosas, verificar la prestación de las horas extras reclamadas, pues ellas deben costar en planillas a cargo del empleador, situación que resulta concordante con lo señalado en interrogatorio de parte al representante legal de la demandada, quien -según el apelante- manifestó que el demandante no era un empleado de *confianza*, pero sí debía prestar servicios “*fuera de lo normal, a veces ingresaban a las 6 de la mañana o antes de las 6 de la mañana, y se prolongaban el tiempo de trabajo hasta las 6-7 de la noche, inclusive los fines de semana por la necesidad de transportar a estas personas que no eran colombinas*”. Finalmente ve, con *extrañeza*, que la referida cláusula 14 y la relativa a la pensión del Pacto Colectivo no se hubieran aplicado. Solicita que se revoque

la decisión de primera instancia y se acceda a lo pretendido (Audiencia virtual del 18 de enero de 2022 – archivo B1 Min. 38:43)¹.

¹ “Manifiesto respetuosamente que presento recurso de apelación contra la sentencia leída. El recurso de apelación el cual fundamento de la siguiente manera (...). Manifiesto honorables magistrados que para la toma de la decisión en la sentencia... la apelación, el a quo pues no se detuvo... a analizar inicialmente las documentales que se allegaron con la presentación de la demanda, esto es, el Pacto Colectivo, que es la fuente de obligaciones entre el empleador y el empleado. Obligaciones estas que tienen por finalidad brindarle una garantía especial a la parte débil, este caso el trabajador que fue despedido unilateralmente, situación ésta que quedó plenamente demostrado (sic) hubo una causal (sic), un despido unilateral. Es bien claro que dentro del derecho laboral pues hay una garantía muy especial y es ese derecho a la igualdad que tienen los trabajadores. Ese derecho a la igualdad pues se vio vulnerado aquí cuando los... el rendimiento (sic) de los testimonios que se recibieron, el señor TOBO señor el... el señor NIÑO manifestaron efectivamente que ellos les tocó retirarsen (sic) obligatoriamente de la empresa por las presiones. Igualmente manifestaron que a ellos se les canceló el equivalente a la indemnización de que trataba anteriormente la convención colectiva y en su cambio del pacto colectivo, equivalente a los 95 por año. Mi mandante no tuvo esa oportunidad y ese beneficio. Por otro lado, la empresa BAVARIA... decir la primera instancia... no se hace una valoración bajo los elementos de la sana crítica, de lo que significa que el pacto colectivo... entonces esa es... ese un es un reparo qué hago frente a la decisión. Dos. Que si bien cierto el a quo hace referencia al artículo 167 del CGP frente a la carga probatoria, efectivamente si observamos la presentación de la demanda y en la solicitud de la parte probatoria yo solicito una inspección judicial, donde manifiesto que ‘comedidamente solicito señor Juez señalar fecha y hora para llevar a cabo diligencia de inspección judicial de las instalaciones de la sociedad demanda, con el fin de verificar con la exhibición de la hoja de vida de mi mandante, planillas de tiempos y pagos con el fin de establecer: el último cargo desempeñado por mi poderdante, los horarios de trabajo, tiempos extras diurnos, nocturnos, festivos, dominicales y demás, el último salario promedio mensual devengado por mi mandante, sitios y cargos en donde prestó sus servicios como trabajador, posterior los demás puntos los presentaré al momento de llevarse a cabo dicha diligencia y así corroborar en la inspección lo solicitado, toda vez que es allí que es la fuente oficial de lo solicitado por la demanda’. Lógico resulta solicitar la inspección judicial, honorables magistrados, toda vez que mi mandante no tenía y no porque... y no debía por qué tener las planillas de tiempo laborado, teniendo en cuenta que el control del tiempo trabajado lo hace directamente es el empleador, situación ésta que tiene concordancia con lo manifestado por el representante legal de la sociedad BAVARIA en su respuesta al interrogatorio cuando manifiesta que deben de estar las planillas del tiempo trabajado... deben de estar en algún archivo, eso que él... en lo que manifiesta es que él ingresa a laborar ese... en el año 2000 reciente y que no le constan algunos hechos, pero sí en el oficio envía el apoderado de la demandada cuando allega las documentales solicitadas por el despacho para evitar la diligencia de la inspección judicial, manifiesta que es de anotar que como... socio de la empresa, la gran mayoría los trabajadores conocedores de los archivos se retiraron... actualmente pues hay una concordancia en la medida en que la mayoría, no solamente los trabajadores que del archivo, si no la mayoría de los trabajadores, todas las seccionales de las cervecerías de BAVARIA pues se vieron obligados a renunciar, según un hecho que ya quedó verificado, la gran mayoría de los archivos se encuentran en la Ciudad de México DF, pues esto fue una situación que lo manifiesta este oficio pero que no se corroboró, y en su defecto, pues allegara una serie de documentales que si... manifiesto si es bien cierto dan fe de algunos cambios, queda claramente definido que el señor ORLANDO OSPINA efectivamente fue trasladado de la calle 24, anteriormente Cervecería Bavaria calle 22, calle 22, o cervecería el litoral, trasladado a la calle 94 al cargo de conductor. Igualmente manifestó el señor eh... representante legal de la empresa, que debido a los cambios que estaba haciendo BAVARIA, cambio de la cúpula de ejecutivos que eran de otros países, especialmente los trabajadores que no eran de confianza, y lo manifiestan los conductores, descarta que fueran de confianza pues no tenían manejo con trabajadores, etcétera, pero que sí tenían algunas cargas laborales eh... fuera de lo normal, a veces ingresaban a las 6 de la mañana o antes de las 6 de la mañana, y se prolongaban el tiempo de trabajo hasta las 6-7 de la noche, inclusive los fines de semana por la necesidad de transportar a estas personas que no eran colombinas. Entonces queda... quedó probado, honorables magistrados, por intermedio del mismo representante legal de la sociedad demandada, que sí hubo... que sí hubo durante el año 2012 la prestación en servicio del trabajo de mi

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia en el proceso, los siguientes hechos relevantes a la decisión que debe tomar el Tribunal en segunda instancia: (i) que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 19 de septiembre de 1985 y el 30 de octubre de 2014; ii) que dicho vínculo terminó por decisión unilateral y sin justa causa de la demandada, con el pago de la indemnización legal contenida en el artículo 64 del CST; (ii) que en vigencia del vínculo el demandante estuvo afiliado al sistema general de seguridad social en pensiones (archivo A1 folios 7 a 9, archivo A3 folios 1 a 3 y 7, carpeta 04 folios 28 a 30, 54 a 56 y 60, y archivo 05 folios 84 a 89, 203 a 209, 260 a 271, 278 a 280, 291 y 292).

El Tribunal debe definir: (i) si hay lugar a la reliquidación de las horas extras diurnas, nocturnas, diurnas dominicales, nocturnas dominicales y nocturnas festivas causadas en el año 2012, con la regla del artículo 24 del Pacto Colectivo 2013-2015 y en dado caso, (ii) si hay lugar o no a reliquidar las cesantías y sus intereses para la misma anualidad y a pagar la indemnización moratoria que estipula el artículo 65 del CST; (iii) si procede o no el

mandante, ex... excedía las 8 horas. Es claro que para la parte demandante pues no le quedó eh... no le quedó fácil, lo que tiene que ver con la solicitud de la inspección judicial, no era fácil puesto que el trabajador no tenía las planillas, las planillas las hacía directamente el control, eh... los diferentes grupos de trabajo encargados de... de esa situación, pero que finalmente evadieron la presentación, fue una evasión de la presentación de las planillas para corroborar que efectivamente mi mandante sí había laborado eh... tiempo extra. Frente a la aplicación igualmente de la cláusula 14 y lo que tiene derecho a la pensión, pues son cláusulas que, como manifesté anteriormente, están pactadas, están en el pacto colectivo, tenía la vigencia al momento del despido, se debió haber aplicado esa normatividad puesto que a pesar de que está el Código Sustantivo, estas normas rectoras del derecho laboral colombiano, pues también hay unas normas supletorias como son las convenciones colectivas o como lo son los pactos colectivos, que dan esa posibilidad para aplicar la norma que más garantía, más beneficiosa al trabajador, ya en varias oportunidades la honorable Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral se ha pronunciado frente a este evento, entonces eh... sobra decir el porqué la extrañeza de que no se hubiera (sic) aplicado dichas cláusulas del pacto colectivo al demandante el señor ORLANDO. Concluyendo, honorables magistrados, la base de la apelación está en que la primera instancia no le dio el valor probatorio, tanto a las documentales, a las testimoniales se recepcionaron dentro del proceso, por consiguiente solicito de ustedes, honorables magistrados, el análisis complejo que debe dársele de los parámetros de los análisis de la buena crítica y, en su defecto, revocar la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Noveno del Circuito Laboral, perdón, Laboral de Bogotá y, en su defecto, conceder las pretensiones solicitadas en la presentación de la demanda".

reconocimiento del beneficio señalado en la cláusula 14 del Pacto Colectivo 2013-2015 por su despido injustificado; o (iv) en subsidio de lo anterior, si hay lugar al pago de la pensión de que trata el artículo 52 del referido Pacto Colectivo 2013-2015.

(i) HORAS EXTRAS Y TRABAJO DOMINICAL Y FESTIVO. Para resolver la controversia probatoria propuesta en el recurso sobre derecho a horas extra laboradas, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha exigido -reiteradamente- prueba clara y precisa del tiempo que efectivamente se ha laborado en jornada suplementaria como requisito ineludible para que un juez pueda dictar condenas en esta materia^{2,3}. Dice la Corte: *“(...) para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas”*⁴.

Además, el artículo 167 del CGP asigna, a quien alega el hecho del cual se derivan las consecuencias jurídicas que reclama en el proceso judicial, la

² Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, Sentencia del 23 de mayo de 2000 Rad: 13678 M.P. JOSÉ ROBERTO HERRERA VERGARA: *“En lo atinente a la remuneración de los descansos y a los recargos por trabajo en día domingo en lo esencial estimó el tribunal que no se había acreditado por el demandante los dominicales o festivos específicamente laborados. Con relación a éste (sic) último beneficio, le asiste razón al sentenciador, pues no obstante que de vieja data la jurisprudencia ha insistido que incumbe al trabajador la carga de la prueba de la realización de ese trabajo en tales días, lo que no puede demostrarse de manera genérica, sino discriminada y concreta, es lo cierto que brilla por su ausencia la prueba con esas características, motivo por el cual no cometió desatino el fallador al asentarlo así...”*.

³ Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, Sentencia SL939-2018 del 14 de marzo de 2018 Rad: 46745 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA: *“El material probatorio recaudado no permite establecer, como lo aspira la parte accionante, los días que efectiva y realmente trabajaron al servicio de la empresa demandada, , (sic) razón por la que no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario, lo que se acompasa con la doctrina jurisprudencia (sic) de esta Corte, según la cual estos derechos deben aparecer acreditados,...”*.

⁴ Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, Sentencia SL9318-2016 del 22 de junio de 2016 Rad: 45931 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA.

carga de probarlo, y si bien faculta al juez, según las particularidades del caso, a distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso, tal distribución se debe hacer antes de dictar la sentencia que resuelve las pretensiones de una demanda.

Con estas premisas normativas y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia, pues no obra prueba fehaciente y concreta del trabajo por fuera de los horarios o días de la jornada laboral ordinaria o de la máxima legal (artículos 159 y 161 del CST) que se reclaman en la demanda.

Sea lo primero advertir que en la demanda se reclama el pago de la *reliquidación* de horas extras, nocturnas, dominicales y festivas, presuntamente causadas durante el año 2012, periodo para el cual no es dable dar aplicación al artículo 24 del Pacto Colectivo 2013-2015, sino lo señalado en los artículos 24 y 25 del Pacto Colectivo 2011-2014 (ver carpeta A2).

Sobre la prueba de las labores realizadas por fuera de la jornada y contrario a lo afirmado por el apelante, en el interrogatorio de parte que rindió el representante legal de la demandada únicamente afirmó que quienes desempeñaban el cargo de conductor tenían una jornada variable, por lo que *ocasionalmente* debían ingresar antes o quedarse hasta después de concluida el horario, y por esa razón la empresa reconocía un bono equivalente a 3 horas extras, sin perjuicio del pago de aquellas que se llegaren a causar, y que *entendía* que la sala de control llevaba registro de las horas de ingreso y salida, por lo que *suponía* que dicho registro debía existir, pero que nunca tuvo conocimiento directo de tales circunstancias y se *atenía* a lo contenido en la hoja de vida del actor (Audiencia del 24 de julio de 2019 – carpeta A3 Min. 07:13). Respecto a esto último, por requerimiento del despacho de primera instancia, la demandada allegó la hoja de vida del accionante e informó no contar con reportes de horarios (archivo A5 folio 391). De esta declaración no se obtiene, a juicio del Tribunal, una confesión de los hechos concretos y

específicos que darían lugar a los pagos por trabajo suplementario que reclama la demanda (días horas).

Tampoco resultan útiles para el efecto los testimonios recibidos (Audiencia del 24 de julio de 2019 – carpeta A3 Min. 33:10, 39:13 y 51:51), pues ninguno de ellos da cuenta del cumplimiento o no de las referidas horas extras por parte del actor, mucho menos manifestaron los días y horas específicas en que ello hubiera ocurrido.

La única prueba que sería pertinente a la eventual ocurrencia o reliquidación de las reclamadas horas extras, dominicales y festivas, es el documento denominado *estadística por empleado*, del que se advierten únicamente los pagos efectuados por cada uno de estos rubros, en concordancia con lo señalado en el referido Pacto Colectivo, sin que allí se pueda obtener un número específico de las horas adicionales servidas o las fechas en que se ello hubiera ocurrido para definir una eventual reliquidación, que es lo que se reclama (archivo A5 folios 91 a 93).

Debe advertirse que en la demanda no se alegaron fechas y horas específicas de labores servidas en jornada suplementaria, lo que impedía a la demandada el ejercicio de su defensa y al juez la distribución de la carga de la prueba, actuación judicial que -de todas formas- no se hizo antes de dictar sentencia. Nótese que los hechos de la demanda se limitaron a señalar, de forma genérica e incierta, que el demandante “*laboraba todos los días de la semana sin horario de entrada y salida incluyendo dominicales y festivos*” y en las copiosas y reiterativas pretensiones únicamente pidió la *reliquidación* de tales tiempos conforme al Pacto Colectivo 2013-2015, sin indicar, como se dijo, fechas u horarios en que habrían ocurrido e incluso solicitando la aplicación de un cuerpo normativo que no regía (carpeta A4 folios 4 a 27 y en archivo A5 folios 1 a 47).

(ii) RELIQUIDACIÓN CESANTÍAS E INTERESES, Y SANCIÓN MORATORIA.
Como quiera que no prosperó la reliquidación salarial con la inclusión de los

referidos tiempos suplementarios, dominicales y festivos del año 2012, se confirmará también la absolución respecto de la reliquidación de las cesantías y sus intereses para la referida anualidad.

Por las mismas razones tampoco prospera la pretensión del pago de la sanción moratoria contenida en el artículo 65 del CST, al no evidenciar salarios ni prestaciones sociales adeudadas.

(iii) BENEFICIO CLÁUSULA 14 PACTO COLECTIVO 2013-2015. Según el artículo 481 del CST, modificado por el artículo 69 de la Ley 50 de 1990, podrán celebrarse *pactos entre empleadores y trabajadores no sindicalizados*, que se regirán por lo establecido en los Títulos II –Conflictos Colectivos de Trabajo- y III Capítulo I –Convenciones Colectivas- de la parte segunda de dicha codificación. Tales acuerdos benefician únicamente a *quienes lo hayan suscrito o se adhieran posteriormente a ellos*⁵.

Con esta premisa normativa y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará también la sentencia apelada en cuanto negó el reconocimiento del beneficio consagrado en la cláusula 14 del Pacto Colectivo 2013-2015, pues en la demanda no se discute que la terminación del vínculo se dio por una decisión unilateral y sin justa causa del empleador (ver archivo A1 folio 9), y la cláusula de la que se reclama aplicación está dispuesta para el retiro de trabajadores que no acepten un traslado y decidan retirarse con ocasión del cierre de una *fábrica, filial o dependencia*.

Refiere el mencionado artículo 14 del Pacto Colectivo que:

⁵ CST: “ARTICULO 481. CELEBRACIÓN Y EFECTOS. Los pactos entre empleadores y trabajadores no sindicalizados se rigen por las disposiciones establecidas en los Títulos II y III, Capítulo I, Parte Segunda del Código Sustantivo del Trabajo, pero solamente son aplicables a quienes los hayan suscrito o adhieran posteriormente a ellos.

ARTÍCULO. PROHIBICIÓN. Cuando el sindicato o sindicatos agrupe más de la tercera parte de los trabajadores de una empresa, ésta no podrá suscribir pactos colectivos o prorrogar los que tenga vigentes.”.

“Exclusivamente para los casos de cierre total o parcial de alguna o algunas de sus fábricas, filiales o dependencias, o de reducción de personal, la Empresa trasladará a los trabajadores disponibles o cesantes a otras dependencias, si hubiere vacantes, y les dará un plazo de hasta doce (12) meses a partir de la fecha de notificación del traslado, para que en la nueva fábrica o dependencia se acoja a los beneficios de que trata esta Cláusula. Si por alguna circunstancia el trabajador no acepta el traslado y decide retirarse voluntariamente de la Empresa, tendrá derecho a que se le pague una suma igual a noventa y cinco (95) días de salario básico por cada año de servicio y proporcional en caso de fracción de año. El reconocimiento de dicha suma, en ningún caso afectará el derecho a la pensión de vejez del trabajador retirado”.

En el expediente no se demostraron ocurridas ninguna de las condiciones señaladas, esto es, i) que se hubiera presentado una oferta de traslado de dependencia en virtud del cierre de fábricas, filiales o dependencias, o de reducción de personal; y ii) que el trabajador no hubiera aceptado dicho traslado y, en su lugar, hubiera optado por *retirarse voluntariamente*. En la carta de terminación del vínculo, la empresa es clara en señalar que lo hace *“en desarrollo del Art. 64 del C.S. de T. modificado pro el art. 28 de la Ley 789 de 2002 y demás normas concordantes y complementarias”* (archivo A1 folio 9).

Tampoco resulta homologable la situación del demandante con la de otros trabajadores como LUIS JAVIER CASTIBLANCO SIERRA (Audiencia del 24 de julio de 2019 – carpeta A3 Min. 39:13), quien manifestó que en el año 2001 *accedido* a retirarse voluntariamente de la empresa demandada por *presiones*, y conforme a ello recibió el referido beneficio, pues no sólo se trató de un hecho muy lejano en el tiempo a la fecha de la desvinculación del accionante -30 de octubre de 2014-, sino que ocurrió bajo los parámetros pactados válidamente (un retiro *voluntario*).

Sobre esta materia nada se obtiene de los testimonios de RAÚL TOBO ROJAS y ÁLVARO NIÑO CHAPARRO (Audiencia del 24 de julio de 2019 – carpeta A3 Min. 33:10 y 51:51, respectivamente).

(iv) PENSIÓN PACTO COLECTIVO. En subsidio de las referidas pretensiones y ante su no prosperidad, la parte actora reclama el pago de *“la pensión de que trata la cláusula 52 del Pacto Colectivo vigente al momento del despido del demandante”*. Para la fecha del despido -30 de octubre de 2014- se encontraba vigente el Pacto Colectivo 2013-2015, que rigió del 1º de septiembre de 2013 al 31 de agosto de 2015, según la cláusula 64 del referido acuerdo (ver carpeta A2).

Revisado el pacto referido y las pruebas de la situación fáctica alegada en la demanda, se confirmará igualmente en este aspecto la sentencia de primera instancia, pues, la referida cláusula no se refiere al reconocimiento de derechos pensionales y revisado dicho acuerdo en conjunto no se observa que alguno de sus acápites permita derivar el reconocimiento pensional que reclama la demanda. Como lo advirtió la juzgadora de primera instancia, la cláusula 52 del Pacto Colectivo 2013-2015, vigente en la fecha del despido, se refiere al pago de *“Primas extralegales e incentivo de Corto Plazo para trabajadores del nuevo régimen”*, primas de diciembre, descanso, pascua y de junio y el incentivo de corto plazo, sin hacer mención a algún tipo de reconocimiento pensional a cargo de la demandada. Las únicas cláusulas que traen una referencia a temas pensionales son los artículos 56 y 57 que señalan u a prohibición de descontar anticipos de cesantía, y el deber de asesoría en caso de que los trabajadores tengan derecho a una pensión de invalidez.

El reconocimiento pensional que reclama la demanda se encontraba contenido en la cláusula 52, pero del Pacto Colectivo 2008-2011, el cual perdió vigencia con la suscripción de pactos posteriores, y por ello que no se encontraba vigente a la fecha del despido.

Además y como acertadamente lo indicó la Juez, dicha norma señaló expresamente que *“no se aplica a los trabajadores que laboran en la Cervecería de Barranquilla, ni a los demás trabajadores de la Empresa que hubieren estado o estuvieren afiliados al Sistema de Seguridad Social en*

Pensiones” (ver carpeta A2), situación esta última en la que claramente se enmarca el caso del actor, pues no fue objeto de discusión su afiliación al subsistema de seguridad social en pensiones, lo que se probó además con las planillas de pago allegadas con la contestación a la demanda (archivo A5 folios 203 a 209), por lo que, en todo caso, tampoco hubiera procedido el reconocimiento de la referida prestación extralegal.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo del demandante.

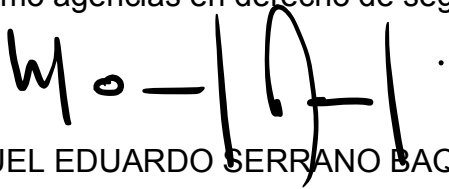
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES ROSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS (\$200.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

Exp. 07 2019 00473 01
Beatriz Ofelia Devia Castillo contra Colpensiones y otra.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE BEATRIZ OFELIA DEVIA CASTILLO CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS.**

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a su favor, la sentencia dictada el 3 de octubre de 2022 por la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase al doctor DAVID RICARDO GUILLEN RODRÍGUEZ, identificado con T.P. 220.267, como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido por la Representante Legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S., apoderada principal (ver archivo 007 del expediente digital, trámite de segunda instancia).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, BEATRIZ OFELIA DEVIA CASTILLO presentó demanda contra COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS y la

Exp. 07 2019 00473 01
Beatriz Ofelia Devia Castillo contra Colpensiones y otra.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la ineficacia, la nulidad o la inexistencia del traslado realizado del RPM al RAIS, a través de la AFP COLFONDOS, por cuanto no recibió información técnica adecuada sobre los riesgos que existían y no realizó dicho acto de manera libre y espontánea. En consecuencia, pide que se declare para todos los efectos jurídicos que siempre ha permanecido en el régimen de prima media, sin solución de continuidad, se ordene a COLFONDOS devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero recibidas como bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por aportes obligatorios y rendimientos devengados durante el tiempo que estuvieron en su poder y, a esta última, a reactivar su afiliación, recibir los dineros trasladados del RAIS y actualizar y corregir su historia laboral. Pide, además, que se condene a COLFONDOS a reconocer perjuicios morales causados que estima en 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes (ver demanda folios 8 a 20 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la admisión de la demanda, las demandadas la contestaron a través de apoderado judicial.

COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones con fundamento en que no se aporta prueba de que a la demandante se le hubiere hecho incurrir en error por parte de la AFP, o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento. Advierte que tampoco encuentra nota de protesto de la que se pueda inferir *con probabilidad de certeza* que hubo inconformidad por parte de la demandante y, por el contrario, el formulario da cuenta de que su afiliación fue libre y voluntaria. Precisa que la actora no cumple con los requisitos de la sentencia SU062 de 2010, ni con los lineamientos jurisprudenciales dados por la Corte Suprema de Justicia. Como excepciones de mérito formuló las que denominó *descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en*

Exp. 07 2019 00473 01
Beatriz Ofelia Devia Castillo contra Colpensiones y otra.

instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (ver contestación folios 122 a 150 del archivo 01 del expediente digital).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. también se opuso a las pretensiones de la demanda. afirma que sí brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, oportunidad en la cual se le explicaron las características del RAIS, su funcionamiento, las diferencias con el RPM, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes, entre otros. Con todo, considera que las pretensiones carecen de fundamento jurídico y de asidero fáctico, pues no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que su afiliación a esa AFP estaba afectada por algún vicio del consentimiento, aunado a que la actora suscribió el formulario de afiliación de manera libre y con consentimiento expreso, como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Asegura que no se puede dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y que fue ratificado por los *actos propios de la demandante* quien lleva más de 20 años afiliada a ese fondo. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (ver contestación archivo 004 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Mediante escrito del 21 de septiembre de 2020, la Procuraduría intervino indicando, en síntesis, que es claro que la AFP faltó a su deber de información, lo cual debe conllevar a que se declare la ineficacia del traslado, posición que sustentó en lo expresado por la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias SL1452 de 2019, SL 1688 de 2019 y SL 1689 de 2019 (ver intervención archivo 003 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Exp. 07 2019 00473 01
Beatriz Ofelia Devia Castillo contra Colpensiones y otra.

Terminó la primera instancia con sentencia del 19 de octubre de 2022, mediante la cual el Juez Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP COLFONDOS no probó que hubiera brindado información suficiente para entender que la demandante tomó una decisión informada, omitiendo así su deber legal, lo que no se supera con la suscripción del formulario de afiliación. Aseguró que la acción es imprescriptible por tratarse del reconocimiento de un estado jurídico.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal:
“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora BEATRIZ OFELIA DEVIA CASTILLO con la AFP COLFONDOS el 24 de enero de 1995, contenida en el formulario No. 585090.SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS SA a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora BEATRIZ OFELIA DEVIA CASTILLO TORRES dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS SA a devolver a COLPENSIONES todos los descuentos realizados a los aportes pensionales de la demandante desde 1995 tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos al momento de cumplirse esta orden judicial, para lo cual se le concede al fondo demandado el término de treinta (30) días, contados a partir de la notificación por estado del auto de obediencia al superior, deberán presentar al despacho un informe debidamente pormenorizado discriminando con sus respectivos valores, todos los rubros objeto de devolución con el detalle de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes, los descuentos de los aportes objeto de

Exp. 07 2019 00473 01
Beatriz Ofelia Devia Castillo contra Colpensiones y otra.

devolución, los valores de su indexación y toda la información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir a la demandante sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde su afiliación inicial al Instituto de Seguros Sociales de 1983. QUINTO: Dadas las resultas del proceso se DECLARAN NO PROBADAS las excepciones propuestas por COLPENSIONES y COLFONDOS. SEXTO: Las COSTAS son a cargo de COLPENSIONES y COLFONDOS. Las agencias en derecho se tasan a favor de la demandante en 2 SMLMV, a la fecha del pago, a cargo de cada uno de los fondos. SÉPTIMO: ORDÉNESE la consulta a favor de COLPENSIONES como entidad garantizada por la Nación y así el superior revise la legalidad de lo decidido” (Audiencia virtual, récord 1:30:22, archivo 12 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, COLPENSIONES pide se revoque la sentencia y, en su lugar, se mantenga incólume la afiliación de la demandante al RAIS. Asegura que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que al momento de su traslado ejerció su derecho de libre escogencia de régimen en el que ha permanecido por decisión propia por más de 27 años, sin que intentara retornar al ISS o a COLPENSIONES. Sostiene que la actora está inmersa en la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, con la que se procura la estabilidad financiera del sistema. Considera que es la principal damnificada con la decisión, a pesar de no haber hecho parte del negocio jurídico¹ (Audiencia virtual, récord 1:32:59, archivo 12 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Gracias doctor de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación del fallo proferido al despacho de instancia que sea el honorable tribunal superior de Bogotá en su sala laboral, quien se sirva revocar las condenas impuestas a la administradora colombiana de pensiones – Colpensiones y en consecuencia se absuelva de las misma incluyendo pues todo lo que se le señala, respecto de recibir a la señora Beatriz Ofelia Devia Castillo al régimen de prima media, primeramente ratificándome en lo contenido de la contestación de la demanda y de lo esbozado en la alegaciones finales y es como se dijo pues la aquí

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

demandante no era beneficiaria del régimen de transición honorables magistrados y por ende al momento del traslado pues se encontraba ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen, tal cual como elige el régimen de ahorro individual con solidaridad desde el año 1995 es decir a la fecha han transcurrido más de 27 años en la cual pues la demandante se encuentra afiliada tal y como quedo por expuesto en el interrogatorio de parte rendido por esta en ningún momento intento retornar al instituto de seguros de seguros sociales, ni a la administradora colombiana de pensiones – Colpensiones esto lo hizo cuando ya completo o cuando ya se encontraba dentro de la prohibición legal que como se dijo se establece la misma y en su artículo 13 de la 00 de 1993 y en el 2 de la 797 del 2003 es para brindar una sostenibilidad financiera y para no darle, más bien para darle límite a los derechos de las personas máxime pues cuando en el presente caso estamos hablando de derechos pensionales y es que justamente esto no pueden ser limitados, porque no pueden ser reconocidos, porque justamente afecta principios como eficacia, sostenibilidad, eficiencia del mismo sistema y por ello se establece este tipo de cómo se estableció esta prohibición va hacer para las personas que le falten diez años o menos no se hace de manera caprichosa si no se hace para salvaguardar justamente patrimonio, que como se dijo pues la manera como se distribuye los recursos entre un régimen y otro es completamente diferente mientras el régimen de ahorro individual con solidaridad reúne los aportes valga la redundancia ahorrados por una persona y además tiene ciertas características que no contiene el régimen de prima media, pues en el régimen de prima media que hoy administra Colpensiones no es así, es un fondo común que se ve sostenido por las cotizaciones de todos los afiliados si son estos los que permiten o sostienen la pensiones de los demás afiliados es por eso pues que ello permite que una persona que esté tan próxima a la de pensión o que le falten 10 años o menos como lo establece la legislación retorne al régimen pues si esa generando una descapitalización en el sistema financiero y además desvertebrando todo el sistema pensional y está trayendo pues consecuencia no solamente a Colpensiones que administra recursos que como ya se dijo hacen parte del erario público, sino que también a todos los afiliados que se benefician y benefician el mismo sistema en este caso de pensión que administras pues la administradora colombiana de pensiones – Colpensiones a decirse también que se trata del aquí demandante se ha venido beneficiando se benefició por más de 27 años del régimen de ahorro individual con solidaridad, prueba de ello pues que hoy el despacho de instancia se ordena en retornar no solo los aportes sino que también rendimientos y gastos de administración y demás que son propios del régimen de ahorro individual con solidaridad y es que si es la característica principal de estos procesos de regresar la cosas a su estado inicial como si no o sin solución de continuidad como se estableció en las razones para fallar pues se debe decir que estos nunca hubiesen nacido si ella estuviera en el régimen de prima media, es por ello que las personas si se vienen beneficiando de un régimen se les está permitiendo que por no estar de acuerdo con su monto pensional pues se trasladen de haberse visto beneficiados verbi gratia si cuando uno cotiza no solamente para vejez sino también para invalidez y muerte en caso de haberse presentado alguno de los anteriores quien lo hubiera cubierto habría sido el régimen de ahorro individual con solidaridad en razón pues que este cuenta con unos seguros y de más de los cuales son afectados dentro de la mismo ejercicio de las cotizaciones de los afiliados es por esto honorables magistrados que solicito sea absuelta mi representada de todas las condenas impuestas en razón a que es la principal damnificada dentro de estos procesos pues a pesar de no haber pertenecido a este negocio jurídico de no haber tenido nada que ver dentro del mismo ni sobre la decisión y tampoco pudiendo repercutir sobre el traslado o no del régimen pues porque en su momento no podía impedírsele a la actora que se trasladara ni tampoco conocía cual era el régimen que le convenía más, pues esta damnificada porque se está obligando a recibir a personas que es muy posible como es el caso de la actora van a entrar a reclamar derechos pensionales y van tener que ser cubierto por mi representada máxime pues cuando no se sabe si quiera los recursos que se van a trasladar alcancen para adquirir estos derechos pensionales en ese sentido honorables magistrados solicito se revoken las condenas impuestas a mi representada muchas gracias Doctor.”

Exp. 07 2019 00473 01
Beatriz Ofelia Devia Castillo contra Colpensiones y otra.

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial.

Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo, para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de esta restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada*

Exp. 07 2019 00473 01
Beatriz Ofelia Devia Castillo contra Colpensiones y otra.

por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)".

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas aportadas al expediente, que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 42² años de edad y había cotizado 413,71 semanas³; para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 7 años, 1 mes y 35 días)⁴; y para la fecha de presentación de la demanda había superado la edad mínima de edad de para obtener la pensión (tenía 66 años de edad – ver folios 4 y 21 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que

² Nació el 7 de julio de 1952.

³ Ver historia laboral actualizada expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y reporte de semanas cotizadas en pensión expedida por COLPENSIONES en folios 57 y 58 y 40 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia.

⁴ *Ibidem*.

Exp. 07 2019 00473 01

Beatriz Ofelia Devia Castillo contra Colpensiones y otra.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁵, ⁶. Según dicho precedente, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información*

⁵ Sentencia STL3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁶ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

Exp. 07 2019 00473 01
Beatriz Ofelia Devia Castillo contra Colpensiones y otra.

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. 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”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe si para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: “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” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable -dice la Corte- “en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”, y la acción para el efecto es imprescriptible “en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen, pues COLFONDOS no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema de pensiones en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un “*consentimiento informado*”. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus

Exp. 07 2019 00473 01
Beatriz Ofelia Devia Castillo contra Colpensiones y otra.

características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener en forma específica para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Indicó allí que recibió una visita en la universidad de los Andes por parte de un funcionario de COLFONDOS quien le explicó que había serios problemas con el Instituto de Seguros Sociales y por ello era conveniente que se pasaran a esa entidad, pero no le informó respecto de los requisitos de pensión en el RAIS (Audiencia virtual del 19 de octubre de 2022, récord 11:26).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen, o los traslados al interior del mismo; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de COLFONDOS la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que sea posible descontar suma alguna por gastos de administración y seguros de invalidez o sobrevivencia (Sentencias SL1421 del 10 de abril de

Exp. 07 2019 00473 01
Beatriz Ofelia Devia Castillo contra Colpensiones y otra.

2019 y SL4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones, con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), lo que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes porcentaje que hace parte de los gastos de administración, valores que se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

SIN COSTAS en la apelación.

Por lo expuesto, el 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

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

Exp. 07 2019 00473 01
Beatriz Ofelia Devia Castillo contra Colpensiones y otra.

2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **SIN COSTAS** de segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO BERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

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

**Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO
BAQUERO**

**PROCESO ORDINARIO DE JOSE GREGORIO ARREDONDO IZASA
CONTRA TRANSPORTADORA DEL META S.A.S, - TRANSMETA
S.A.S, ECOPETROL S.A. Y META PETROLEUM CORP SUCURSAL
COLOMBIA.**

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

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, como lo estableció en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante, contra la sentencia dictada por el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de septiembre de 2021. En ella, se ABSOLVIÓ a las demandadas de todas las pretensiones incoadas.

En los términos del artículo 76 del C.G.P., ACÉPTESE la renuncia presentada por la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., al poder otorgado por la demandada OPERA TRANSPORTE Y LOGÍSTICA INTEGRAL S.A.S. EN LIQUIDACIÓN (antes TRANSPORTADORA DEL META S.A.S. – TRANSMETA S.A.S.) (folios 507 a 526).

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JOSÉ GREGORIO ARREDONDO ISAZA presentó demanda contra la TRANSPORTADORA DEL META S.A.S – TRANSMETA S.A.S (hoy OPERA TRANSPORTE Y LOGÍSTICA INTEGRAL S.A.S EN LIQUIDACIÓN), ECOPETROL S.A. y META PETROLEUM CORP SUCURSAL COLOMBIA (hoy FRONTERA ENERGY SUCURSAL COLOMBIA) para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 1 de julio de 2009 y el 15 de abril de 2015 con la compañía TRANSPORTADORA DEL META S.A.S (hoy OPERA TRANSPORTE Y LOGÍSTICA INTEGRAL S.A.S. EN LIQUIDACIÓN), que las empresas ECOPETROL y METAPETROLEUM se beneficiaron directamente de la prestación de sus servicios en desarrollo del contrato de asociación “QUIFA”, que TRANSMETA incumplió con las *exigencias salariales* acordadas con ECOPETROL mediante el anexo No. 1 *LISTA DE PRECIOS UNITARIA del contrato No. MA-0001561 del 29 de septiembre de 2011 que establece a favor de los conductores de tractocamión* un salario de \$4.907.056, un bono de productividad de \$3.508.307 y un bono de accidentalidad de \$200.000, que sus acreencias fueron indebidamente liquidadas por cuanto no se incluyeron los conceptos antes enunciados, así como la totalidad de factores salariales. En consecuencia, pide que se condene a TRANSMETA S.A.S., y solidariamente a ECOPETROL y a META PETROLEUM CORP SUCURSAL COLOMBIA, a pagar el bono de productividad y el bono de accidentalidad, teniendo en cuenta su indexación anual, a reajustar su salario conforme la *lista de precios unitaria* con su respectiva indexación para los años subsiguientes, y a reliquidar las prestaciones sociales, aportes a seguridad social, vacaciones e indemnización por despido sin justa causa, teniendo en cuenta el salario que le correspondía, los bonos

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

de productividad y accidentalidad, las horas extras, los días de descanso obligatorio, dominicales, viáticos, festivos laborados y la “*PNO CONST. DE SAL y/o PRIMA EXTRAL CAM*”. En subsidio de ello, pide que se condene a TRANSMETA a reliquidar los pagos de las acreencias canceladas durante la relación laboral, los aportes a seguridad social y la indemnización por despido sin justa causa, por no haber incluido la “*PNO CONST. DE SAL y/o PRIMA EXTRAL CAM*”, viáticos permanentes, días dominicales, festivos y horas extras diurnas y nocturnas. Además, solicita la indemnización por la consignación incompleta de las cesantías (artículo 99 de la Ley 50 de 1990) y la sanción moratoria.

Como fundamento de lo pedido afirma que el 1 de julio de 2009 suscribió un contrato de trabajo con la empresa TRANSMETA S.A.S. para desempeñarse como conductor de tractocamión, particularmente de vehículos destinados al transporte de hidrocarburos y derivados del petróleo, de propiedad de TRANSMETA S.A.S., en el horario de 5:00 a.m. a 8:00 p.m., devengando como última asignación básica la suma de \$1.350.592 para el 2015. Asegura que nunca le fueron cancelados ni compensados los dominicales y festivos laborados, devengó viáticos permanentes por manutención y alojamiento así como una prima denominada “*PNO CONST. DE SAL o PRIMA EXTRAL CAM*”, conceptos que no fueron tenidos en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales. Indica que TRANSMETA S.A.S. no tenía autorización del Ministerio del Trabajo para que los conductores laboraran horas extras, aun así, -asevera- laboró un gran numero de horas que no fueron canceladas en debida forma. Refiere que, además de las horas extras, para cada uno de los trayectos cumplidos tenía la obligación de *supervisar y prestar ayuda* en los procedimientos de cargue y descargue de la tractomula y cada actividad tenía una duración de 24 horas, además menciona que, en caso de presentarse faltantes, debía hacerse

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

responsable de dichas cantidades. Relata que ECOPETROL S.A. y TRANSMETA S.A. celebraron el contrato de transporte No. MA-001561 del 29 de septiembre de 2011 con el objeto de prestar *“servicio de transporte de hidrocarburos líquidos en carrotanques a nivel nacional para ECOPETROL S.A., bajo el esquema de disponibilidad permanente, total y exclusiva de carrotanques al servicio de la operación de ECOPETROL S.A., sus asociadas y su grupo empresarial”*, dentro del cual se pactó como una obligación del contratista *pagar el salario establecido por ECOPETROL e informado en los Documentos del Proceso de Selección DPS, o en su defecto el salario que corresponda con la normatividad interna de ECOPETROL*, y si durante la vigencia de esa contratación se efectuaban modificaciones en el salario, ECOPETROL cubriría dichas diferencias; indica que dentro de los documentos del proceso de selección se encuentran el anexo 20 denominado *“GUIA DE ASPECTOS Y CONDICIONES LABORALES EN ACTIVIDADES CONTRATADAS POR ECOPETROL”* y el anexo No. 1 *“LISTA DE PRECIOS UNITARIA”*, en el que se especifican los costos mensuales que debía pagar ECOPETROL a TRANSMETA por cada conductor, pactada *en virtud de la exigencia establecida por el artículo 1 del Decreto 284 de 1957*, que fue desconocida por su empleador, pues no le canceló el valor del salario especificado por ECOPETROL en suma de \$4.907.056 para el año 2011, ni los bonos de productividad (\$3.508.379) y accidentalidad (\$200.000 mensuales). Aduce que las labores que ejecutó hacen parte del giro ordinario de los negocios de las empresas demandadas, así como del objeto social de estas, en el que figura el transporte de petróleo y/o hidrocarburos, y dichas empresas además se beneficiaron de sus servicios pues META PETROLEUM CORP SUCURSAL COLOMBIA fue, hasta el 30 de junio de 2016, la operadora de los campos petroleros especificados dentro del contrato de asociación “QUIFA” celebrado con ECOPETROL, ubicados en el

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

municipio de Puerto Gaitán – Meta, y contrató los servicios de TRANSMETA S.A.S. para el transporte de crudo e hidrocarburos (ver demanda folios 6 a 42, cuaderno 1).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, las demandadas contestaron a través de apoderado judicial.

TRANSPORTADORA DEL META – TRANSMETA S.A.S. (hoy OPERA TRANSPORTE Y LOGÍSTICA INTEGRAL S.A.S EN LIQUIDACIÓN), se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, excepto aquella que procura la declaración de existencia de un contrato de trabajo con el demandante, por cuanto pagó al trabajador todas las acreencias laborales causadas a su favor con base en el salario efectivamente devengado por éste, incluyendo las eventuales horas extras que haya podido laborar, y no adeuda suma alguna. Asegura que el anexo No. 1 del contrato MA-0001561 fue el instrumento mediante el cual se estableció la negociación de tarifas entre ECOPETROL y cada uno de los proponentes interesados en prestar servicios de transporte, que corresponde al parámetro para el pago del servicio objeto del contrato incluidos los costos directos e indirectos de la operación, y estaba fijado para cada carrotanque y no por cada conductor, por ello - afirma- los ítems que aparecen en el anexo, incluyendo los bonos de productividad y accidentalidad, no constituyen cifras a las que tengan derecho los trabajadores, sino que hacen parte de la estructura de la tarifa que fue presentada, situación que se ve reflejada en las obligaciones establecidas en el contrato comercial suscrito, en la cual se obliga a cumplir con los salarios establecidos en el DPS que fue efectivamente satisfecha. Indica que el demandante no prestaba sus servicios de manera exclusiva en el marco del contrato celebrado con ECOPETROL y por tanto, el salario reconocido al demandante durante

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

la vigencia de la relación laboral fue el que pactaron las partes en el contrato de trabajo, aclarando que, a partir del 1 de noviembre de 2012 el actor fue asignado a prestar servicios de manera prioritaria bajo el contrato suscrito con ECOPETROL, por lo cual se *reconocieron las acreencias laborales consignadas en el otrosí suscrito, en donde se dejó claro que dicha remuneración únicamente se reconocería durante el periodo que el extrabajador prestara sus servicios de forma prioritaria a ECOPETROL, y que una vez finalizara el mismo, ésta volvería a recibir la remuneración pactada inicialmente por las partes*, lo que ocurrió en diciembre de 2014. Advierte que esa sociedad ha celebrado *sendos contratos comerciales* de prestación de servicios de transporte a diferentes empresas tanto del ramo de la explotación y la exploración de hidrocarburos como a toda clase de sectores de la economía, cuyos objetos se cumplen con los trabajadores de la empresa. Sostiene, además, que la *prima extralegal de campo o prima no constitutiva de salario*, no es salarial porque no tenía como finalidad retribuir directamente el servicio prestado, era proporcional al tiempo que el trabajador permanecía por fuera de Bogotá y se liquidaba con base en los kilómetros recorridos para determinar *el impacto y la lejanía*, y con ello el perjuicio causado al actor por encontrarse por fuera de su residencia. Por otra parte, precisa que se acordó la entrega de una suma de dinero con la cual se remuneraban de antemano los eventuales recargos que se pudieran ocasionar y el trabajo en días de descanso obligatorio, lo cual consta en la cláusula cuarta del otrosí celebrado entre las partes el 1 de noviembre de 2012, aunado a que el trabajador prestaba sus servicios en turnos de 21 días de actividad por 7 días de descanso, *lo que presupone que se concedieron todos los descansos compensatorios a los que tenía derecho en los eventos en los que laboró en días dominicales*. Refiere que, las sumas de dinero reconocidas como gastos de viaje, tenían por finalidad el pago de gasolina y peajes y,

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

ocasionalmente, se cancelaron montos por hospedaje, de allí que, a su juicio, no constituyó salario para ningún efecto legal. Advierte que el 13 de diciembre de 2014 suscribió con el actor un contrato de transacción en el que se transó cualquier posible diferencia que pudiese haber surgido respecto de los pagos que reclama el demandante como salariales. Posterior a ello, pagó conforme al salario efectivamente devengado, incluyendo los conceptos de viáticos, recargos por trabajo suplementario y demás conceptos pedidos en la demanda. Refiere que la terminación del vínculo laboral obedeció a una justa causa atribuible al demandante, debido a los incumplimientos graves de las obligaciones legales y reglamentarias. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y cosa juzgada (ver contestación folios 318 a 376 cuaderno 1).

META PETROLEUM CORP (hoy FRONTERA ENERGY SUCURSAL COLOMBIA) se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda dirigidas contra esa sociedad, con fundamento en que no existió una relación laboral o de cualquier otra índole con el demandante, además, desconoce si el actor prestó sus servicios a TRANSMETA, las condiciones en que se desarrolló la labor y los pagos realizados u omitidos en razón del supuesto vínculo. Asevera que no ha sido parte ni ha tenido injerencia alguna en el contrato MA-0001561 del 29 de septiembre de 2011, razón por la cual no se benefició de los servicios prestados por el actor. Refiere, además, que suscribió varios contratos con la empresa TRANSPORTADORA DEL META con el fin de prestar servicio de transporte de crudo rubiales, actividad que se desarrolló con plena autonomía e independencia por parte del contratista y que no guarda correspondencia con el objeto que desarrolla de explotación y exploración de hidrocarburos. Como excepciones propuso la inexistencia

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

de la obligación y cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por pasiva y prescripción (ver contestación folios 1 a 23, cuaderno 2).

ECOPETROL S.A. se opuso también a las aspiraciones de la demanda. Afirma que el demandante se vinculó laboralmente, mediante un contrato de trabajo, con la empresa TRANSPORTADORA DEL META S.A.S – TRANSMETA S.A.S, la cual es totalmente ajena a la entidad y cuenta con plena autonomía administrativa y financiera. Advierte que el actor nunca ha sido trabajador de ECOPETROL y no le constan los hechos en que se apoya el demandante sobre la vinculación laboral a la que hace referencia. Asegura no ser responsable del pago de ningún tipo de acreencias que eventualmente se le adeude al trabajador. Explica que el anexo No. 1 del contrato “*lista de precios Unitarios*”, hace parte de la tarifa que esa entidad pagó por carrotanque por el “*servicio de transporte de hidrocarburos líquidos en carrotanques a nivel nacional*” en el proceso de selección 50001947 que el proponente debía aceptar para participar en el proceso de selección y que contenía el detalle de las tarifas a pagar por parte de ECOPETROL S.A. por el servicio objeto del contrato, es decir, por cada carrotanque dispuesto para efectuar el transporte líquido de hidrocarburos y no por “conductor”, e incluye valores salariales y prestacionales, mantenimiento de herramientas y elementos, etc. En ese sentido -dice- no es una exigencia de esa empresa frente al pago de salarios de los trabajadores contratados por TRANSMETA como para señalar que esa sociedad lo incumplió. Sostiene que la actividad objeto del contrato no es *propia* de la industria del petróleo y por tanto no procede la aplicación del Decreto 284 de 1957, además, esa entidad no tiene dentro de su objeto social el transporte de hidrocarburos por vía terrestre, el cual puede contratarse a través de terceros, ni cuenta dentro de su panta de personal con un cargo similar al desarrollado por el actor. Formuló como excepciones perentorias la falta de legitimación en la

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

causa por pasiva, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia de solidaridad a cargo de ECOPETROL S.A. y buena fe (ver contestación folios 85 a 102, cuaderno 2).

Dentro del término de traslado META PETROLEUM CORP llamó en garantía a ACE SEGUROS S.A. hoy CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. y a MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. (folios 53 a 56 cuaderno 2), y ECOPETROL llamó en garantía a la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS (folios 130 y 131 ibidem.), llamamientos que se admitieron por auto del 10 de mayo de 2018 (folio 151 ibid.).

Enteradas de la demanda, las llamadas en garantía la contestaron a través de apoderado judicial.

MAPRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., se opuso al éxito de las pretensiones planteadas tanto en la demanda como en el llamamiento por cuanto, a su juicio, no se cumplen los presupuestos contractuales para que exista la afectación de la póliza contratada y, además, por carecer de fundamentos legales, fácticos y probatorios. Indica que las peticiones no están dirigidas al contrato No. 5500004301 respecto del cual se expidió la póliza de cumplimiento 2202314000867, sino al MA-0001561 del 29 de septiembre de 2011 que está asegurado por la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS. Asegura que no existe solidaridad alguna entre META PETROLEUM CORP SUCURSAL COLOMBIA y TRANSMETA S.A.S. pues ambas empresas desarrollan actividades diferentes y el trabajador fue contratado directamente por esta última. Considera que no hubo incumplimiento de TRANSMETA frente a las obligaciones que tenía como empleador del demandante, pues se encuentra a paz y salvo de las mismas. Como excepciones propuso las que denominó *inexistencia de solidaridad laboral entre las*

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

demandadas, inexistencia de obligación por parte de Transmeta S.A.S., no se cumplen con todos los presupuestos legales y contractuales para que se de la afectación del seguro pedido por MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., por lo que hay inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido frente a MAPFRE; ausencia de cobertura de acreencias laborales causadas por fuera de la vigencia del contrato comercial No. 5500004301, asegurado por MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., valor asegurado y responsabilidad de MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., imposibilidad de afectar la póliza de cumplimiento por las conductas contempladas en el artículo 65 del C.S.T y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, prescripción, caducidad, compensación y nulidad relativa, buena fe y genérica (ver contestación folios 188 a 202 cuaderno 2).

La COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. también se opuso a todas las peticiones declarativas y de condena establecidas en la demanda. Afirma que no existió contrato de trabajo entre el demandante y ECOPETROL, entidad que figura como asegurada dentro de la póliza. Adicionalmente, dice que el objeto del contrato MA-0001561 suscrito entre ECOPETROL y TRANSMETA fue el transporte de hidrocarburos líquidos por carretera, actividad que resulta extraña al objeto social de la primera, quien se dedica *exclusivamente a la exploración, explotación, refinación, comercialización y transporte de hidrocarburos*, este último a través de poliductos y oleoductos propios, tanto es así, que no cuenta con flota de carrotanques ni tiene trabajadores que desarrollen esa labor. Con relación a las peticiones del llamamiento en garantía, no se opuso siempre que *exista prueba clara de que hay una responsabilidad de nuestro asegurado ECOPETROL S.A.*, precisando que se acogían a los límites indemnizatorios establecidos en la póliza para la cobertura de salarios y prestaciones sociales vigentes para la terminación del contrato

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

de trabajo. Propuso como previa la excepción de prescripción y de fondo las que denominó *inexistencia de responsabilidad solidaria con Transportadora del Meta S.A.S TRANSMETA S.A.S., por cuanto ECOPETROL S.A., no tenía ningún tipo de vínculo laboral con el señor José Gregorio Arredondo Isaza; pago de los salarios y prestaciones sociales, cobro de lo no debido, e inexistencia de la obligación a cargo de la parte demandada; cobro de lo no debido por inadecuada interpretación del anexo 1 del contrato MA-0001561 celebrado entre ECOPETROL S.A. y TRANSMETA S.A.S.; ausencia de cobertura para cualquier reclamación laboral causada hasta antes de la entrada en vigencia de la póliza de seguro de cumplimiento póliza ECOPETROL No. NB-100013494, prescripción laboral, límite indemnizatorio y la genérica (ver contestación folios 253 a 277 cuaderno 2).*

CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., antes ACE SEGUROS S.A., se opuso a las pretensiones propuestas por el actor, *por carecer de los presupuestos fácticos y jurídicos*, además, coadyuvó los hechos, fundamentos de derecho, razones de la defensa y excepciones propuestas por META PETROLEUM CORP y el tomador de la póliza TRANSPORTADORA DEL META S.A.S. Presentó como excepción de mérito la de *inexistencia de solidaridad de la sociedad META PETROLEUM CORP*. Frente al llamamiento, pidió que se declare ineficaz su vinculación por haber sido notificada 6 meses después de la admisión, y se opuso a las pretensiones del llamante con fundamento en que en la póliza de cumplimiento No. 6452 se pactaron unos amparos, exclusiones, límites y garantías que deben ser tenidos en cuenta al momento de evaluarse la responsabilidad de esa aseguradora, advirtiendo que el contrato MA-0001561 suscrito entre TRANSMETA y ECOPETROL, no es objeto de amparo. Propuso en su defensa las excepciones de ineficacia del llamamiento en garantía – caducidad de la

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

acción, el amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, ofrece cobertura única y exclusivamente para las relaciones laborales dispuestas dentro del objeto de la garantía contrato No. 4700000394; el incumplimiento de disposiciones legales; exclusión de amparo frente prestaciones laborales derivadas de convenciones colectivas, pactos colectivos o sindicales y cualquier otra obligación de tipo extralegal y genérica (ver contestación folios 301 a 319 del cuaderno 2).

Terminó la primera instancia con sentencia del 17 de septiembre de 2021, en la cual el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a las demandadas y llamadas en garantía de todas las pretensiones incoadas.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: Se ABSOLVERÁ a las demandadas TRANSPORTADORA DEL META S.A.S. - TRANSMETA, META PETROLEUM COMPANY SUCURSAL COLOMBIA, actualmente FRONTERA y ECOPETROL S.A., de todas y cada una las pretensiones incoadas en su contra por parte del ciudadano JOSÉ GREGORIO RENDONDO ISAZA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído. SEGUNDO: DECLARAR probados los hechos sustento de las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO, propuestos por las demandadas de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. TERCERO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandante. Liquídense por secretaría e inclúyanse en ellas la suma de \$300.000 valor en que se estiman las agencias en derecho y en conformidad con los argumentos normativos basados en la parte motiva de esta providencia. CUARTO, y que se debe adicionar a la parte motiva, teniendo en cuenta las resultas de las pretensiones deprecadas por el*

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

promotor de la acción, en caso de no ser apelada oportunamente por este sujeto procesal, parte demandante, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del código procesal del trabajo y la seguridad social, envíense las presentes diligencias a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que sea conocido en grado jurisdiccional de consulta.” (Audiencia virtual del 17 de septiembre de 2021, récord 45:47 Cd folio 502).

Para tomar su decisión, el Juez concluyó, en primer lugar, que no había controversia alguna frente al contrato de trabajo que existió entre el demandante y la sociedad TRANSMETA S.A.S. entre el 1 de julio de 2009 y el 15 de abril de 2015. Con relación a las horas extras no encontró clara e inequívocamente probadas las mismas. Frente a los viáticos determinó que, si bien se aceptó su pago por parte de la demandada, existía un pacto de exclusión salarial cuya validez no podía desconocerse pues no existía certeza dentro del expediente de la periodicidad en la que estos se cancelaban. En lo que toca a la *prima no constitutiva de salario* o prima de campo, concluyó que se trataba de un pago otorgado por mera liberalidad que, según un testigo, no era retributiva del servicio, por lo que, ante la controversia, finalidad y condiciones de pago, no se podía establecer que era constitutiva de salario. Por todo lo anterior, expuso que no era procedente la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social pretendida, así como tampoco el pago de las indemnizaciones previstas en los artículos 65 del C.S.T y 99 de la Ley 50 de 1990, como quiera que no se advirtió suma alguna adeudada al actor. En lo que toca al despido, halló probada la causal imputada en la carta de terminación.

Por solicitud de la apoderada de MAPFRE, el juez aclaró que ante la falta de condena no hubo lugar a pronunciarse sobre las vinculadas

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

solidariamente. Además, adicionó un numeral QUINTO a la sentencia para “*ABSOLVER a las llamadas en garantía de las pretensiones formuladas en contra y que hubieran tenido que salir a responder en virtud de las pólizas de garantía suscritas*” (Audiencia virtual del 17 de septiembre de 2021, récord 1:0013 Cd folio 502).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado del demandante considera, con relación a las horas extras, que de acuerdo con lo regulado en el artículo 167 del C.G.P. le correspondía a la demandada su demostración por encontrarse en una mejor posición probatoria por tener en su poder documentos que podían dar cuenta del tiempo suplementario laborado. Considera, frente a los viáticos, que si ya estaba acreditado el recibo de \$50.000 por este concepto, no había necesidad de probar cuánto se pagaba por recorrido o viaje, pues ello se presume o corrobora de las guías de transporte que dan cuenta que sí se realizaron viajes, se cumplieron itinerarios y por ello debían liquidarse. Adicionalmente dijo que en el anexo No 1 del contrato M1561 suscrito entre TRANSMETA y ECOPETROL, en la parte de costos fijos y variables, figuran \$680.00 por viáticos que han debido tenerse en cuenta, de manera supletoria, para el cálculo. Respecto de la *prima no constitutiva de salario*, asegura que el solo hecho de que las partes establecieran que se trataba de un pago recibido por mera liberalidad no le resta su naturaleza salarial, debiendo darse aplicación al principio de la primacía de la realidad, para establecer que tiene relación directa con la prestación del servicio realizada por el trabajador. Con todo, asegura que hay lugar a la reliquidación de salario y prestaciones sociales y por ende, se debe considerar que hubo mala fe en el actuar del empleador, porque a través de pactos que *la verdad son ilegales, ineficaces*, intentan ocultar la desmejora en el pago del salario al

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

trabajador¹ (Audiencia virtual del 17 de septiembre de 2021, récord 47:44, Cd folio 502).

¹ “Sí doctor muchas gracias, respetuosamente interpongo recurso de apelación contra la decisión que su señoría acaba de expedir en los siguientes términos: En primer lugar yo quisiera partir desde la premisa de lo que establece el artículo 167 del código general del proceso como tal, el cual su señoría ha tomado a bien para efectos de pronunciarse sobre la carga de la prueba por la parte demandante y especialmente en lo que se refiere al inciso segundo del artículo 167 que dice que “No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos”. Es aquí donde nosotros no solamente en este proceso, sino en antecedentes procesos, yo sigo insistiendo que esa carga de la prueba como tal y como quiera, concretamente me refiero a lo que fueron las probanzas acerca de documentos que podían probar lo que eran las horas extras laboradas y a unos viáticos como tal, se encuentran como usted lo dijo que aparecen en el plenario, de que la parte demandante aún desde la parte extra judicial, o sea, antes de iniciarse este proceso, se le solicitaron que allegara los documentos que tenía en su poder para efectos de establecer esas horas extras y así se requirió también dentro del proceso. Para mí que la parte demandada TRANSMETA en este caso y aún con cierta coadyuvancia con ECOPETROL no hicieron lo necesario para colaborar con la administración de justicia en este caso, para hacer llegar esos documentos que precisamente estaban en posesión o en poder de ellos. Ahora de otra parte, como si bien se sabe y se dijo en la demanda y así se corrobora también en la parte demandada TRANSMETA siempre utilizaba un sistema que le llaman GPS que eran se registraba a través del documento este que llaman la, no me acuerdo ahora excúseme, el que registra precisamente el cargue del hidrocarburo desde lugar de que se arranca para conducirlo hasta el lugar de su destino, ese GPS registraba precisamente no solamente la ruta que llevaba, sino también los tiempos que llevaban, luego entonces era la demanda con base en esa GPS que se pasaba para efectos del documento que registra las horas extra como tal, quién debe a tener esa obligación de llevar el registro de esas horas extras, por tanto yo ahí difiero señor juez y sí creo que la parte demandante, demandada perdón, tenía todo el documento necesario para efectos de coadyuvar que esa prueba se realizara como tal y se estableciera la prueba de las horas extras.

De otra parte, los viáticos señor juez, si se estableció que se estaban recibiendo \$50.000 para efecto de viáticos y que estos como tal se le estaban pagando, pues yo no creo que hubiese necesidad de demostrar cuánto se estaba pagando por cada recorrido o cada momento, cada viaje, no solamente se presume sino que se corroboró por las guías, esas guías de transporte, de que si se realizaron esos viajes, se cumplieron los itinerarios y si así se establece en el proceso, que se pagaron \$50.000 por ese concepto, pues así debían liquidarse y tenerse en cuenta en la sentencia, además señor juez quiero hacer una acotación dentro del documento anexo número 1 al cual se adujo En la demanda el proceso citada con usted momento en que en que se leyeron los hechos, se puede establecer que en ese anexo No. 1 con la parte que se llama costos fijos y costos variables aparecen unos conceptos no solamente un salario básico que aunado o sumado, a lo que se llaman prestaciones daban lugar a un salario de \$4907156 a lo que quiero aterrizar a que en ese Anexo número 1 hay una columna que se llama costos variables y dentro de esos costos variables están 1 como precio unitario que se llaman viáticos correspondientes a \$680.000 luego entonces si ECOPETROL con TRANSMETA, a través del contrato M1561 este cuadro que le estoy anunciando,

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia en esta instancia los siguientes hechos que resultan relevantes para la decisión que adoptará el Tribunal: (i) que entre el demandante y la sociedad TRANSPORTADORA DEL META – TRANSMETA S.A.S., existió un contrato de trabajo del 1 de julio de 2009 al 15 de abril de 2015, el cual terminó por decisión unilateral y con justa causa por parte del empleador; (ii) que en desarrollo del contrato el

sí ECOPETROL completa través del contrato de M1561 teniendo como anexo número 1 este cuadro que le estoy enviando y después el cuadro está los viáticos correspondiente a \$680.000 eso ha sido a conocer de manera supletiva tomar en cuenta para efectuar los viáticos al Señor demandante. Igualmente \$680.000.

De otra parte señor juez también no estoy de acuerdo en cuanto a la prima No constitutiva de salario sí es cierto usted ha tenido a bien leer varias sentencias de la Corte Suprema sala laboral en dónde inclusive como usted lo dice, se ha tenido la prima no constitutiva de salario, como factor salarial, ahora la cuestión es si era o no factor salarial para ello, el hecho mismo de que las partes dijeran que es solo un concepto o un pago recibido, por mera liberalidad, eso no es lo cierto y por eso como también lo adujo, teniendo en cuenta el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, vamos a tener si esa prima no constitutiva es salario, que la llaman en otras ocasiones como prima extralegal de kilómetros recorridos, eso es una relación directa de la prestación de ese servicio que está haciendo el trabajador o conductor, a través del vehículo para cumplir con el transporte de ese hidrocarburo a través de esas carreteras, si hay una relación directa permanente y que no es de mera liberalidad, sino que es el fruto del sacrificio de ese servicio que prestó ese conductor por las carreteras que tuvo que andar para transportar el hidrocarburo como tal estos 3 aspectos que acabo de anunciar para mí son suficientes no solamente para estar en desacuerdo con el fallo, sino para establecer que si hay lugar para la reliquidación de los salarios y prestaciones sociales como tal, fueron indebidamente liquidados por no tenerse en cuenta estos conceptos salariales de los cuales estoy aduciendo, de otra parte si ello es así entonces a la situación de considerar en cierto modo una mala fe del demandado, en el sentido que esa prima no constitutiva de salario, las vienen constituyendo o las vienen haciendo aparecer e inclusive establecer a través, de su otrosí que la verdad son ilegales ineficaces por ende, porqué los están haciendo aparecer ante el trabajador como que no son constitutivos de salario, de factores salariales y si por el contrario de mera liberalidad, por eso yo creo que ellos en todos los contratos que han suscrito con los trabajadores o conductores de tractocamión para el transporte de los hidrocarburos lo han hecho con su intención oculta de desmejorar el pago salarial de los trabajadores, así mismo como están las cosas también abogo se puede establecer que la reliquidación de las cesantías que fueron pagadas, o indebidamente pagadas no fueron tenido en cuenta de estos factores como tal, igualmente como unas primas de servicio, entonces señor juez así someramente dejó establecido reservándome lógicamente ampliándolo en segunda instancia todas estas inconformidades, deja así estableciendo la impugnación a través de la decisión que usted acaba de emitir.”

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

demandante se desempeñó como conductor de tractocamión y por tanto debía transportar hidrocarburos y derivados del petróleo; (iii) que la retribución del servicio estaba compuesta por una asignación básica, horas extras y recargos por trabajo suplementario diurno, nocturno y en días festivos, y que la demandada pagaba viáticos y una prima denominada “*PRIMA EXTRALEGAL DE CAMPO*”; y (iv) que entre ECOPETROL y la TRANSPORTADORA DEL META S.A.S se suscribió contrato No. MA-0001561 el 29 de septiembre de 2011 que tenía por objeto: “*servicio de transporte de hidrocarburos líquidos en carrotanques a nivel nacional para ECOPETROL S.A. bajo el esquema de disponibilidad permanente, total y exclusiva de carrotanques al servicio de la operación de ECOPETROL S.A., sus asociadas y su grupo empresarial Contrato No. 5*” (folio 242 a 259).

La controversia que debe estudiar el Tribunal, en consonancia con las materias que fueron objeto de apelación (artículo 66-A del CPTSS) se circunscribe en determinar (i) si se acreditó el derecho al pago de servicios prestados en horas extras y días de descanso dominical y festivo, (ii) si los viáticos y la “*prima no constitutiva de salario*” o “*prima extralegal de campo*” constituían factor salarial y, en dado caso, si operó la cosa juzgada o la prescripción de la acción, (iii) y si la demandada adeuda algún valor al demandante por reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social en pensiones; en dado caso, (iv) si procede el pago indemnización moratoria y/o de sanción por no consignación de las cesantías, y (v) quien o quienes deben acudir al pago de eventuales derechos impagados al demandante.

(i) HORAS EXTRAS Y TRABAJO DOMINICAL Y FESTIVO. Para resolver la controversia probatoria propuesta en el recurso, sobre el derecho a horas extra laboradas, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

Suprema de Justicia ha exigido -reiteradamente- prueba clara y precisa del tiempo que efectivamente se ha trabajado en jornada suplementaria como requisito ineludible para que un juez pueda dictar condenas en esta materia^{2,3}. Dice la Corte: *“(...) para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas”⁴.*

Además, el artículo 167 del CGP asigna, a quien alega el hecho del cual se derivan las consecuencias jurídicas que reclama en el proceso judicial, la carga de probarlo, y si bien faculta al juez, según las particularidades del caso, a distribuir la carga probatoria al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso, tal distribución se debe

2 Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, Sentencia del 23 de mayo de 2000 Rad: 13678 M.P. JOSÉ ROBERTO HERRERA VERGARA: *“En lo atinente a la remuneración de los descansos y a los recargos por trabajo en día domingo en lo esencial estimó el tribunal que no se había acreditado por el demandante los dominicales o festivos específicamente laborados. Con relación a éste (sic) último beneficio, le asiste razón al sentenciador, pues no obstante que de vieja data la jurisprudencia ha insistido que incumbe al trabajador la carga de la prueba de la realización de ese trabajo en tales días, lo que no puede demostrarse de manera genérica, sino discriminada y concreta, es lo cierto que brilla por su ausencia la prueba con esas características, motivo por el cual no cometió desatino el fallador al asentarlos así...”*.

3 Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, Sentencia SL939-2018 del 14 de marzo de 2018 Rad: 46745 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA: *“El material probatorio recaudado no permite establecer, como lo aspira la parte accionante, los días que efectiva y realmente trabajaron al servicio de la empresa demandada, , (sic) razón por la que no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario, lo que se acompasa con la doctrina jurisprudencia (sic) de esta Corte, según la cual estos derechos deben aparecer acreditados,...”*.

4 Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, Sentencia SL9318-2016 del 22 de junio de 2016 Rad: 45931 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA.

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

hacer explícitamente antes de dictar la sentencia que resuelve las pretensiones de una demanda, para lo cual se debe indicar de forma precisa el hecho que será objeto de la prueba. En casos como el presente se debe alegar en forma precisa las fechas y horas en que se laboró por fuera de jornada reglamentaria.

Con estas premisas normativas y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia, pues además de que no se alegaron en la demanda en forma concreta fechas y horas de eventuales labores suplementarias, tampoco se aportó prueba fehaciente y concreta del trabajo por fuera de los horarios o días de la jornada laboral ordinaria o de la máxima legal (artículos 159 y 161 del CST) diferentes a las reconocidas y liquidadas por el empleador en los desprendibles de nómina, que sirvieron para la liquidación de sus prestaciones sociales (ver folios 117, 122 a 187 y CD folio 458 del cuaderno 1).

No es útil para ese efecto, el interrogatorio de parte que absolvió el demandante⁵ en el que indicó que debía laborar en extensos horarios de trabajo, sin importar que se tratara de domingos y festivos, y que pese a que su horario era 21/7 (21 días de actividad por 7 días de descanso), en muchas ocasiones permanecía en campo por tiempos superiores. Conforme al principio general del derecho, nadie puede crear su propia prueba para luego valerse, sacar provecho o beneficio de esta, pues deviene indiscutible no solo la presunción sino la plena convicción de la

⁵ Audiencia del 27 de julio de 2021, récord 41:35

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

existencia de circunstancias que afectan su credibilidad e imparcialidad^{6,7}.

Tampoco son conducentes en esta materia las siguientes pruebas: (i) la relación de manifiestos (folios 188 a 212), porque allí se indica la fecha en que se cumplió el manifiesto, el origen, el destino, el producto y el conductor, pero no se expresan las horas que implicó la realización de dicha actividad; (ii) las guías de transporte (CD folios 412 y 422) pues en ellas sólo se consignan las horas de vigencia que se tienen para efectuar el desplazamiento de la mercancía del punto de origen al punto de destino, pero no se especifica el total de horas en las que efectivamente se ejecutó la actividad a cargo del demandante; (iii) la relación de horas extras de folio 283 y el reporte de *despachos* de folios 286 a 299 (cuaderno 1) pues pertenecen a personas distintas del demandante; y (iv) el *manual del conductor de tractocamión* en el que se definen los *tiempos de viaje rutas* (folios 89 a 91), pues, además de que se trata de un documento aportado de manera incompleta, no representa el tiempo efectivo que utilizó el trabajador para el cumplimiento de sus obligaciones.

Aunado a lo anterior, mediante otrosí al contrato de trabajo suscrito el 1 de noviembre de 2012 (folio 384 y 385), se estableció por las partes que al trabajador se le pagaría la *suma fija* de \$154.439 mensuales “*como pago de recargos tales como trabajo nocturno, suplementario o de horas extras, trabajo en días de descanso obligatorio, descansos dominicales y festivos y cualquier otro concepto que se pueda causar*” (folio 385), de

⁶ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación laboral, Sentencia SL3981-2021 Rad. 81902 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA

⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL5109-2020 Rad. 70271 M.P. OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR.

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

lo cual resultaría un pago anticipado de los valores que se pudieran haber causado, adicionalmente al salario básico, lo que obligaba al demandante no solo a demostrar labores por fuera de la jornada, sino además que los pagos efectuados fueran deficitarios frente a lo causado. No sobra advertir que las sumas pagadas fueron tenidas en cuenta como factor salarial para efectos de la liquidación de prestaciones y demás acreencias.

(ii) SALARIOS. Para resolver si los viáticos y la “*prima no constitutiva de salario*” son salario, el artículo 127 del CST dispone que *todo pago* recibido por el trabajador del empleador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio, es salario, al margen de la forma o denominación que se pacte^{8 9}.

A su vez el artículo 128 del CST, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, autoriza la exclusión de algunos pagos que recibe el trabajador de la base de liquidación de sus prestaciones sociales, posibilidad que –a juicio de esta Sala- solo cabe frente a una *duda razonable* que pudiera existir sobre la naturaleza salarial de lo pagado,

⁸ Artículo 127 del CST: “*Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones*”.

⁹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL5159-2018 Rad. 68303 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO: “(...), *esta Corte ha sostenido que estos acuerdos en tanto son una excepción a la generalidad salarial que se reputa de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, deben ser expresos, claros, precisos y detallados de los rubros cobijados en él, «pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo»* (CSJ SL1798-2018)”.

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

pues el pacto que deduzca de la base de liquidación de prestaciones sociales a sumas que tengan claramente las características que nuestro ordenamiento jurídico asigna al salario, implicaría una *renuncia* a derechos ciertos del trabajador y por ello sería ineficaz.

Así lo disponen los artículos 53 de la Constitución Política y 13 del CST, y lo adoctrinó la sentencia C-710 de 1996, providencia en la cual la Corte Constitucional impartió una interpretación auténtica de la Ley que tiene efectos de cosa juzgada constitucional y es por ello de forzosa aplicación para todos los jueces. Allí se dijo: *“La definición de lo que es factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario. En esta materia, la realidad prima sobre las formalidades pactadas por los sujetos que intervienen en la relación laboral. Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de que por sus características es retribución directa del servicio prestado, la Juez laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración correspondiente”*. Advirtió la Corte más adelante en la sentencia referida que el artículo 128 define pagos que no constituyen salario, *“Sin que ello implique –en palabras de esa Corporación- que, en casos concretos, la Juez, una vez analizadas las circunstancias que rodean el caso puesto a su consideración, concluya que determinadas sumas de dinero que recibe el trabajador, a pesar de estar excluidas como factor salarial lo son, en razón al carácter retributivo de la labor prestada”*.

Con estas premisas normativas, para decidir controversias como la que se estudia, y en armonía con lo dispuesto en el artículo 15 del CST que

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

permite la conciliación o transacción de derechos laborales cuando tienen naturaleza incierta y discutible, el Juez laboral no podrá otorgar validez al pacto de exclusión salarial cuando verse sobre pagos recibidos por el trabajador de su empleador que tengan de forma cierta e indiscutible naturaleza salarial. Pero una duda razonable sobre esta situación (sobre su naturaleza salarial, es decir sobre el carácter retributivo del pago, o sobre su habitualidad, o sobre si constituye o no un ingreso efectivo en el patrimonio del trabajador), habilitará la transacción o *pacto* mediante la cual las partes saldan discusiones futuras, excluyendo de la base de liquidación de los derechos laborales a dichos pagos, pues este habrá versado sobre derechos *inciertos y discutibles* (artículo 15 CST).

Con base en estas normas y una vez revisada la evidencia aportada al expediente, no encuentra el Tribunal demostrado -por quien tenía la carga procesal (la parte demandante por ser quien alegó el hecho)¹⁰- de **forma cierta**, el carácter salarial de los viáticos cuya inclusión se reclamó en el proceso.

Para obtener una decisión favorable a la pretensión de incluir VIÁTICOS como factor salarial, el demandante debía relacionar y demostrar de forma específica que eran viáticos permanentes, que su destino era *proporcionar al trabajador manutención y alojamiento; pero no en lo que sólo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación*”, y el valor específico recibido por cada uno de estos conceptos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 130 numerales 1 y 3 del CST.

¹⁰ Artículo 167 del CGP: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

Revisado el expediente, no se observa en la demanda una relación específica que permita obtener el valor concreto y la eventual omisión de la demandada al no incluir la parte que correspondiera por viáticos en el salario base de liquidación de sus derechos laborales. Ni siquiera se relacionaron los días y los lugares en los que el trabajador estuvo alojado en un hotel por cuenta de su empleador, ni el valor de las tarifas que éstos tenían dispuestas para sus usuarios, entre otros datos relevantes.

Tal deficiencia probatoria no se supera con las guías de transporte (CD folio 458) porque, tal como se indicó de manera precedente, estas cuentan con una fecha y un número de horas de vigencia para cumplir con el recorrido, pero no dan cuenta del tiempo empleado por el trabajador para cumplir el viaje, ni de lo pagado por viáticos o destinado de este rubro para alojamiento y alimentación.

Tampoco se suple con los valores establecidos en el ANEXO TÉCNICO 01 “*lista de precios unitaria*” del contrato MA-0001561 suscrito entre ECOPETROL y TRANSMETA (folio 128 vto.), en el que figuran viáticos por valor de \$680.000, porque se trata de condiciones contractuales establecidas en el marco de un contrato comercial celebrado por TRANSMETA con un tercero (ECOPETROL) que es ajeno a la relación laboral, cuyas estipulaciones, al igual que las contenidas en el contrato de trabajo, tienen efectos *inter partes*. En virtud de ese contrato, TRANSMETA como contratista, en manera alguna se obligó o comprometió a remunerar a sus trabajadores teniendo en cuenta dichos valores. Basta acudir al texto del contrato MA-0001561 (folios 112 a 128, cuaderno 2) para concluir que las cifras discriminadas en la “*LISTA DE PRECIOS UNITARIA*” retribuirían de manera general, y sin distinguir por cantidad de los trabajadores empleados por el contratista para el

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

cumplimiento del objeto contractual, los gastos en que incurriría para “*prestar el servicio de transporte de hidrocarburos líquidos con dedicación exclusiva y permanente*”, situación corroborada por el testigo JAIME ALBERTO DÍAZ PALACIOS¹¹. De hecho, en las obligaciones del contratista se dejó establecido que éste “*es libre de establecer el número de personas a utilizar en la ejecución del Contrato, de acuerdo con el enfoque de organización que dé al mismo*”.

Como la evidencia arrojada al expediente en materia de VIATICOS no logra demostrar los supuestos referidos, resultó también acertada la decisión del juez que negó su inclusión en la liquidación de prestaciones sociales.

Frente a la “*PRIMA NO CONSTITUTIVA DE SALARIO*” o “*PRIMA EXTRALEGAL DE CAMPO*”, el Tribunal revocará la sentencia apelada, pues no encuentra una *duda razonable* sobre la naturaleza salarial de este concepto, que se demostró recibido por el demandante como pago durante la relación de trabajo.

Las pruebas allegadas demuestran, por el contrario, que tenía como causa directa la prestación del servicio, que constituía un ingreso en el patrimonio del actor, y que se entregaban de forma habitual.

En efecto, sobre lo primero¹² obra como prueba el otrosí suscrito entre las partes el 1 de noviembre de 2012 (folios 384 y 385 del cuaderno 1) en el que claramente se estableció que dicha *prima extralegal de campo*

¹¹ Audiencia del 27 de julio de 2021, récord 1:16:39. Trabaja en ECOPETROL y participó en el proceso que llevó a cabo esa entidad para la contratación de las empresas transportadoras de hidrocarburos.

¹² Que tenían como causa directa la *prestación del servicio*.

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

se otorga de acuerdo a *los kilómetros recorridos según lo establecido en el manual del conductor* y es *proporcional al tiempo en que el trabajador permanece por fuera de la ciudad de Bogotá*, como una compensación al tiempo que el trabajador estaba fuera de su lugar de residencia. En otros términos, procedía su pago cuando, efectivamente, prestaba el servicio y se encontraba en cumplimiento de sus funciones. Era por ello una *contraprestación* adicional que remuneraba el servicio en las condiciones pactadas y no un acto de mera liberalidad del empleador, como se indicó en el pacto de exclusión.

Sobre lo segundo¹³ y lo tercero¹⁴ obran como prueba los desprendibles de nómina de folios 122 a 187, de los que se deduce que las sumas ingresaban al patrimonio del demandante, y que los pagos por *prima no constitutiva de salario* eran cancelados cada mes al trabajador. Ningún elemento de convicción arrimó la demandada del que se pudiera establecer que el accionante no podía destinar esos dineros libremente.

Demostrado que los pagos recibidos por el demandante a título de *prima no constitutiva de salario* tenían *claramente* las características que la Ley asigna al salario, resulta ineficaz el pacto que pretendió excluirlos de la base de liquidación de sus prestaciones sociales y otros derechos laborales.

Así las cosas, se debe imputar el valor recibido por este concepto *-prima extralegal de campo-* en la liquidación de prestaciones sociales y de

¹³ Que constituía un ingreso personal para el trabajador, por oposición a pagos que pudo recibir para realizar mejor la función y por ello no ingresan a su patrimonio, como los gastos de representación.

¹⁴ Que los pagos se realizaban *habitualmente*.

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

aportes a seguridad social en pensión del demandante y dictar las condenas que corresponden.

(iii) RELIQUIDACIÓN DE DERECHOS. Antes de estudiar si la demandada adeuda algún valor al demandante por reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social en pensiones, se deben definir las excepciones de cosa juzgada y prescripción de la acción, propuestas oportunamente.

Sobre la primera (Cosa Juzgada), se reitera que tienen efectos de cosa juzgada las conciliaciones o las transacciones celebradas entre las partes del contrato de trabajo, siempre y cuando versen sobre derechos *inciertos y discutibles* del trabajador, a tenor de lo dispuesto en el artículo 15 del CST¹⁵, y como en este caso se probó que los pagos excluidos tenían clara naturaleza salarial, no es posible reconocer validez y los efectos de cosa juzgada a la transacción celebrada por las partes el 13 de diciembre de 2014 (folios 386 a 389) respecto de las acreencias laborales que pudieran surgir con ocasión, entre otras, de la prima extralegal de campo.

Sobre la segunda (prescripción), los artículos 488 del CST y 151 de CPTSS disponen un término de tres años para la prescripción de la acción judicial que busca el reconocimiento judicial de un derecho laboral. El término corre “*desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible*” y “*el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el*

¹⁵ La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido de antaño: “Lo que hace, entonces, que un derecho sea indiscutible es la certeza sobre la realización de las condiciones para su causación y no el hecho de que entre empleador y trabajador existan discusiones, diferencias o posiciones enfrentadas en torno a su nacimiento, pues, de no ser así, bastaría que el empleador, o a quien se le atribuya esa calidad, niegue o debata la existencia de un derecho para que éste se entienda discutible...”¹⁵.

Exp. 11 2017 00228 01
José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y
otros.

empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez”, por lo cual corre nuevamente por un lapso igual al inicial (3 años). En cesantías, el término trienal de prescripción se contabiliza a partir de la terminación del contrato, por ser el momento a partir del cual se hace exigible su pago, en las vacaciones el término de tres años comienza a correr cuando termina el año con que cuenta el empleador para concederlas, una vez causadas, conforme lo establece el artículo 187 del CST y los aportes a seguridad social en pensión, según reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, son imprescriptibles.

Como la demanda fue presentada el 7 de abril de 2017 (folio 300, cuaderno 1) y el reclamo se hizo el día 13 de marzo de 2017 (folios 104 a 105 del cuaderno 1), operó la prescripción de los derechos que pudieron causarse antes del 13 de marzo de 2014, salvo las cesantías - según se dijo-, las vacaciones frente a las cuales procede el pago de las causadas en las anualidades 2013 y 2014, y los aportes a seguridad social los cuales no están sujetos a término prescriptivo alguno.

Con tales precisiones, efectuados los cálculos correspondientes teniendo en cuenta los desprendibles de nómina que reposan a folios 122 a 187 y en el CD de folio 458, se obtienen como salarios promedios mensuales los siguientes:

Año	Salario Promedio
2009	\$ 1.979.595,33
2010	\$ 2.190.843,00
2011	\$ 2.364.033,83
2012	\$ 2.691.824,50
2013	\$ 2.839.574,75
2014	\$ 2.975.028,58

Exp. 11 2017 00228 01
José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y
otros.

2013												
CONCEPTO	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE
SUELDO BASICO	\$ 1.623.381	\$ 1.623.380	\$ 1.623.380	\$ 1.623.380	\$ 1.623.380	\$ 1.623.380	\$ 1.623.380	\$ 1.623.380	\$ 1.623.380	\$ 1.623.380	\$ 1.623.380	\$ 1.623.380
PRIMA EXTRA L CAM	\$ 851.300	\$ 851.561	\$ 973.211	\$ 1.216.601	\$ 1.623.380	\$ 1.419.261	\$ 1.094.861	\$ 851.561	\$ 851.561	\$ 851.561	\$ 1.013.761	\$ 1.054.311
HORAS EXTRAS PACT	\$ 160.647	\$ 160.647	\$ 160.647	\$ 160.647	\$ 160.647	\$ 160.647	\$ 160.646	\$ 160.647	\$ 160.647	\$ 160.647	\$ 160.647	\$ 174.290
TOTALES	\$ 2.635.328	\$ 2.635.588	\$ 2.757.238	\$ 3.000.628	\$ 3.407.407	\$ 3.203.288	\$ 2.878.887	\$ 2.635.588	\$ 2.635.588	\$ 2.635.588	\$ 2.797.788	\$ 2.851.981
PROMEDIO 2013					\$	2.839.575						

2014												
CONCEPTO	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE
SUELDO BASICO	\$ 1.659.906	\$ 1.696.432	\$ 1.696.432	\$ 1.696.432	\$ 1.696.432	\$ 1.696.432	\$ 1.696.432	\$ 1.696.432	\$ 1.696.432	\$ 1.696.432	\$ 1.696.432	\$ 1.696.432
PRIMA EXTRA L CAM	\$ 1.135.411	\$ 851.561	\$ 851.561	\$ 851.561	\$ 851.561	\$ 851.561	\$ 851.561	\$ 1.551.561	\$ 1.201.561	\$ 1.201.561	\$ 1.201.561	\$ 1.551.561
HORAS EXTRAS PACT	\$ 120.340	\$ 175.105	\$ 167.876	\$ 167.876	\$ 167.876	\$ 315.727	\$ 167.876	\$ 167.876	\$ 236.882	\$ 320.223	\$ 167.876	\$ 251.570
TOTALES	\$ 2.915.657	\$ 2.723.098	\$ 2.715.869	\$ 2.715.869	\$ 2.715.869	\$ 2.863.720	\$ 2.715.869	\$ 3.415.869	\$ 3.134.875	\$ 3.218.216	\$ 3.065.869	\$ 3.499.563
PROMEDIO 2014					\$	2.975.029						

2015												
CONCEPTO	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE
SUELDO BASICO	\$ 1.350.592	\$ 1.350.592	\$ 1.350.592	\$ 1.350.592	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -
HORA EXTRA DIURNA	\$ 207.305	\$ 211.030	\$ 211.030	\$ 105.515	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -
HORA EXTRA NOCTURNA	\$ 77.393	\$ 90.039	\$ 90.040	\$ 45.020	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -
HORA EXTRA FESTIVA	\$ 88.450	\$ 78.785	\$ 78.784	\$ 39.392	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -
HORA EXTRA FESTIVA	\$ 24.641	\$ 28.137	\$ 28.138	\$ 14.069	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -
PRIMA EXTRA L CAM	\$ 851.561	\$ 497.520	\$ 1.006.281	\$ 832.000	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -
TOTALES	\$ 2.599.942	\$ 2.256.103	\$ 2.764.865	\$ 2.386.588	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -
PROMEDIO 2015					\$	2.501.875						

No se incluyeron para el cálculo, ni el bono semestral -respecto del cual no existe reparo alguno frente a su naturaleza-, ni el auxilio de transporte, ni los viáticos, ni las prestaciones sociales, ni las vacaciones.

Así las cosas y según los valores probados, se efectuó la reliquidación de las PRESTACIONES SOCIALES (cesantías, intereses sobre las cesantías y primas) y VACACIONES solicitadas, teniendo en cuenta la prescripción de la acción, de lo cual se obtuvieron los siguientes valores adeudados a título de diferencias entre lo calculado por la Sala y los pagos que se encuentran acreditados en el expediente por parte del empleador:

Concepto	Pagado	Reliquidado	Diferencia
Cesantías	\$ 7.550.073,00	14773866,08	\$ 7.223.793,08

Exp. 11 2017 00228 01
José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y
otros.

Intereses a las cesantías	\$ 1.101.753,00	1651800,23	\$ 550.047,23
Prima de Servicios	\$ 9.963.846,00	14773866,08	\$ 4.810.020,08
Vacaciones	\$ 5.676.379,00	7386933,039	\$ 1.710.554,04
TOTAL			\$ 14.294.414,42

En la parte resolutive de esta sentencia se dispondrá el pago de las sumas adeudadas y la reliquidación de aportes a seguridad social en pensión, con las diferencias salariales señaladas.

(iv) SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR CONSIGNACIÓN INCOMPLETA DE LAS CESANTÍAS. Para decidir si procede o no sanción moratoria por la omisión del empleador, el artículo 65 del CST impone el pago de un día de salario por cada día de retardo en el pago completo de los salarios y las prestaciones que se hubieran causado y estuvieren pendientes de pago al finalizar el vínculo laboral. Por su parte, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 sanciona también al empleador que incumpla el plazo para efectuar la consignación de las cesantías, con el pago de un día de salario por cada retardo transcurrido desde el 15 de febrero de cada año calendario.

Sin embargo, dichas sanciones no operan de forma automática e inexorable, pues la demora u omisión del empleador bien puede estar revestida de buena fe, y esta situación se deriva, entre otras causas, del entendimiento plausible, es decir, *con razones válidas* en el empleador, de no estar obligado a la consignación o al pago, según corresponda¹⁶.

¹⁶ Sobre la sanción moratoria ha dicho la Sala Laboral de la Corte que “(...) *no es de aplicación automática e inexorable, ya que el juez tiene el deber de estudiar las pruebas incorporadas al proceso a fin de establecer si la conducta del empleador estuvo o no justificada, al punto que el examen fáctico permitirá establecer si la omisión o pago tardío de acreencias laborales, estuvo o no asistido de la buena fe, pues de estar justificados en razones serias y atendibles, debidamente acreditadas en el proceso, que indiquen, sin lugar a dudas, que no hubo intención de defraudar al trabajador y que se obró con buena fe*”¹⁶.

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

Frente a esta circunstancia (el entendimiento plausible del empleador de no estar obligado a efectuar la liquidación de los derechos laborales incluyendo los valores sobre los cuales se hizo un pacto de exclusión salarial), resulta claramente pertinente recordar que sobre la validez de estos pactos ha existido una controversia razonable en la jurisprudencia nacional desde el año 1990, al punto que, la misma Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha estimado en el pasado que tales acuerdos tienen plena validez¹⁷. De ello resulta claro que el empleador actuó con buena fe, amparado en *razones* que la misma Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia validó en su momento, de no estar obligado al pago, se debe entender entonces como una interpretación razonable y posible, aunque equivocada, del ordenamiento jurídico.

Ello excluye la condena al pago de las sanciones reclamadas.

(v) RESPONSABILIDAD SOLIDARIA: Para resolver esta parte de la controversia, el artículo 34 del CST asigna responsabilidad solidaria del contratante de una obra frente a las obligaciones laborales que surgen entre el contratista y sus trabajadores, salvo que lo contratado sean *labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio* - del contratante-. Como esta norma dispuso una regla general de responsabilidad solidaria para evitar que el empleador diluya artificiosamente en terceros las responsabilidades laborales que las normas legales le asignan, solo se puede eximir de dicha responsabilidad el contratante que demuestre fehacientemente dentro del proceso que se

¹⁷ Cfr. Sentencia SL9827 de 2015.

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

encuentra en la *excepción* que establece la norma, probando que el objeto del contrato civil comercial o administrativo comporta labores *extrañas* al objeto social de su empresa o negocio.

Bajo esta clara regla, el Tribunal declarará la responsabilidad solidaria con ECOPETROL, pues se probó que el actor estuvo asignado por su empleador a la operación del contrato MA0001561 suscrito con ECOPETROL y que tales sociedades cumplían actividades conexas o afines.

Sobre esto último es particularmente claro el otrosí No.1 al contrato de trabajo de fecha 1 de noviembre de 2011 (folios 381 a 382, cuaderno 1) en cuya cláusula primera se acordó: *“A partir del día primero (1) de noviembre de 2011, y durante la vigencia del contrato MA-001561 suscrito entre EL EMPLEADOR y ECOPETROL y/o por el tiempo que EL TRABAJADOR desempeñe sus actividades bajo el control en mención, el salario mensual de EL TRABAJADOR, por los servicios prestados será ajustado a la suma de UN MILLÓN CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL PESOS (\$1.475.000). Este ajuste se hace por las condiciones especiales que requiere la prestación del servicio en desarrollo del contrato No. MA-0001561, condiciones que EL TRABAJADOR conoce y está dispuesto a dar cumplimiento”*. Además, si bien es cierto las funciones u objeto de las empresas (TRANSMETA y ECOPETROL) no son idénticas, estas si son conexas o complementarias, esto es, no se pueden considerar *extrañas* a ECOPETROL las labores que contrató con TRANSPORTADORA DEL

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

META S.A.S. relativas al transporte terrestre de hidrocarburos. Por ello procede la declaración de responsabilidad solidaria con ECOPETROL¹⁸.

No se demostró que la otra sociedad demandada (METAPRETROLEUM) se hubiera beneficiado de las labores que desarrolló el demandante. Ni siquiera se acreditó la existencia de un contrato entre ésta y TRANSMETA.

¹⁸ Sobre la materia cabe recordar lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento del 14 de febrero del 2018, sentencia SL-217 radicación No. 58487, en la cual expresó:

*“Esta Sala en sentencia SL4400-2014, del 26 de mar. 2014, rad. 39000, rememoró lo enseñado en decisión SL, del 20 de mar. 2013, rad.40.541, en torno a que la solidaridad se presenta cuando la actividad ejecutada por el contratista independiente cubre una necesidad propia del beneficiario y, además, **cuando constituye una función directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto social, que por lo mismo desarrolla éste.***

Igualmente se exhibe importante recordar que para su determinación puede tenerse en cuenta no sólo el objeto social del contratista y del beneficiario de la obra, sino también las características de la actividad específica desarrollada por el trabajador.

Así se explicó en la sentencia SL, del 2 de jun. 2009, rad. 33082:

[...] En primer término, y antes de estudiar los medios de convicción que se citan en el cargo, resulta de interés para la Corte precisar que el anterior razonamiento de la impugnación en realidad involucra una cuestión de orden jurídico y no fáctico, esto es, si para establecer la solidaridad del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo se deben comparar exclusivamente los objetos sociales del contratista independiente y del beneficiario o dueño de la obra o si es viable analizar también la actividad específica adelantada por el trabajador; cuestión que no puede ser planteada en un cargo dirigido por la vía de los hechos.

*Con todo, encuentra la Corte, como lo ha explicado en anteriores oportunidades, que de cara al establecimiento de la mencionada solidaridad laboral, en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, **lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste. Y desde luego, en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador, de tal suerte que es obvio concluir que sí, bajo la subordinación del contratista independiente, adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará la solidaridad establecida en el artículo 34 citado.***”

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA: Definida la responsabilidad a cargo de ECOPETROL, procedente resulta el estudio del llamamiento en garantía efectuado por ECOPETROL respecto de la aseguradora COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS.

Revisado el expediente se advierte que en virtud de la póliza No. NB-100013494 vigente entre el 29 de septiembre de 2011 y el 30 de abril de 2018, en la que figura como tomador TRANSPORTADORA DEL META S.A.S. TRANSMETA S.A.S. y como asegurado/beneficiario ECOPETROL S.A., se garantizó *“el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato No. MA-0001561, cuyo objeto es prestar el servicio de transporte de hidrocarburos líquidos en carrotanques a nivel nacional para ECOPETROL S.A., bajo el esquema de disponibilidad permanente, total y exclusiva de carrotanques al servicio de la operación de ECOPETROL S.A. sus asociados y grupo empresarial”* (folio 278, cuaderno 2), amparando, entre otras, prestaciones sociales, las que según el clausulado general *“cubre a ECOPETROL contra el riesgo por parte del contratista de las obligaciones de carácter laboral adquiridas por este para con el personal empleado en la ejecución del contrato objeto de amparo bajo esta póliza”*, conforme lo previsto en el artículo 34 del C.S.T. (ver folio 281, ibidem).

Por ello, y como quiera que no hubo oposición frente a esta materia por parte de la aseguradora llamada, responderá por las sumas imputadas a cargo de ECOPETROL por prestaciones sociales y reliquidación de aportes a seguridad social, sin superar, en todo caso, el tope asegurado.

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

SIN COSTAS en la apelación. Las de primera instancia correrán a cargo de ECOPETROL y TRANSMETA.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia en cuanto absolvió a TRANSMETA y ECOPETROL, para en su lugar **CONDENAR** a la TRANSPORTADORA DEL META S.A.S. – TRANSMETA S.A.S. a pagar a favor de JOSÉ GREGORIO REDONDO ISAZA la suma de **\$14.294.414,42**, como diferencias de derechos laborales por la inclusión, como factor salarial, de la “*prima no constitutiva de salario*” o “*prima de campo*”.
2. **CONDENAR** a TRANSMETA S.A.S a ajustar el valor de los aportes a la seguridad social en pensiones de JOSÉ GREGORIO REDONDO ISAZA, entre agosto de 2009 y abril de 2015, tomando para el efecto el salario mensual indicado en la parte motiva de esta providencia. Estos pagos se deben hacer a la entidad del Sistema de Seguridad Social en pensiones en la que se encuentre afiliado el demandante.
3. **DECLARAR** que ECOPETROL es solidariamente responsable del pago de las diferencias por prestaciones sociales y aportes a seguridad social en pensión ordenados en el numeral anterior a favor del demandante.
4. **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, **DECLARAR**

Exp. 11 2017 00228 01

José Gregorio Arredondo Isaza contra Transportadora del Meta – TRANSMETA S.A.S y otros.

parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por TRANSMETA y no probadas las demás.

5. **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral QUINTO de la sentencia de primera instancia y, en su lugar **CONDENAR** a COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS, como llamada en garantía, a pagar a favor del demandante las diferencias por prestaciones sociales y aportes a seguridad social ordenadas a cargo de ECOPETROL S.A. en los términos, coberturas y topes establecidos en la póliza No. NB-100013494.
6. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.
7. **COSTAS** de primera instancia a cargo de ECOPETROL S.A. y TRANSMETA S.A.S.
8. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MARTHA NIDIA PRIETO GÓMEZ CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.,
COLFONDOS S.A. Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS.**

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR, SKANDIA y COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de esta última, la sentencia dictada el 23 de agosto de 2022 por la Juez Segunda (2ª) Laboral Transitoria del Circuito de Bogotá. En ella DECLARÓ la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARTHA NIDIA PRIETO GÓMEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, COLFONDOS S.A. PENSIONES y ADMINISTRADORA DE

FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. ocurrido en julio de 1997, así como los efectuados con posterioridad, con fundamento en que fue inducida a *grave error* al haberse omitido la información completa, oportuna, veraz e imparcial sobre los beneficios, inconvenientes, consecuencias y efectos de su decisión, así como tampoco presentó proyección alguna de su eventual derecho pensional, pues únicamente se le indicó que podría pensionarse cuando quisiera y con una mesada que no afectaría sus expectativas en el ISS, en la que sí podría ver perjudicado su derecho pues dicha entidad iba a desaparecer. La anterior situación se repitió en sus posteriores traslados al interior del RAIS. Como consecuencia, pide se la reciba como afiliada sin solución de continuidad ante COLPENSIONES, y se ordene a la AFP SKANDIA S.A. trasladar todos los aportes recibidos con sus rendimientos (ver demanda en carpeta 01 archivo 04 folios 1 a 20).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que al momento del traslado a dicha entidad se brindó una asesoría integral sobre las implicaciones de su decisión, las características y regulaciones de cada régimen pensional, sin que pueda hablarse de una situación más ventajosa o desventajosa en uno u otro, pues simplemente son regímenes diferentes y excluyentes, y conforme a lo cual la afiliada debía era ella quien debía determinar cuál le resultaba más ventajoso para su situación particular en conjunto con la obligación de informarse como consumidor financiero, sin que sea dable exigir requisitos generados en normas posteriores. No es dable declarar la ineficacia por la favorabilidad económica de uno u otro régimen, pues esto implicaría que si fuera superior la mesada en el RAIS su afiliación se *tornaría* válida. En todo caso, no es viable la devolución de los gastos de administración, pues no hay norma que lo faculte. Resaltó que no se hizo uso de la opción de retracto ni la

demandante retornó al RPM antes de estar incurso en la prohibición de traslado de régimen, lo que da cuenta de su deseo de permanecer en el RAIS. Agregó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y el traslado, al tratarse de un acto jurídico, es susceptible de prescripción. Por último, señaló que conforme a concepto de la Superintendencia Financiera no procede la devolución de gastos de administración ni los seguros previsionales. En su defensa propuso las siguientes excepciones de mérito: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguros previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros e innominada o genérica* (ver contestación en carpeta 01 archivo 08 folios 2 a 26).

También contestó la demanda La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas, con fundamento en que la afiliación de la demandante en el RAIS tiene plena validez, pues así quedó plasmado en el formulario de afiliación, único documento exigido para la época, por lo que deberá probarse alguna de las causales de nulidad como vicios en el consentimiento. En todo caso, a la AFP no le era dable impedir el traslado libre y voluntario de un afiliado. Tampoco se ejerció el retracto durante la afiliación, lo que implica la aceptación tácita del traslado, ni se hizo traslado previo a encontrarse incurso en la prohibición señalada en la ley 797 de 2003, sin que se presentara más que una mera expectativa pensional en su caso para la fecha de traslado. Lo pretendido va en contravía del principio de sostenibilidad financiera del sistema. Finalmente, advirtió que este tipo de pretensiones contrarían el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional. Propuso como

excepciones de mérito: *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público e innominada o genérica* (ver contestación en carpeta 01 subcarpeta 13 archivo 01 folios 1 a 50).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. también contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la vinculación operó de manera, libre, informada y espontánea, sin que se presentaran vicios en el consentimiento, después de haberse brindado amplia asesoría sobre las implicaciones de la afiliación y tratándose de una persona capaz. En todo caso, las características de los regímenes pensionales se encuentran estipuladas legalmente, por lo que son de conocimiento público y era su deber informarse sobre las mismas; el desconocimiento de estas condiciones legales no es causal de ineficacia, la cual no se encuentra contemplada normativamente. Tampoco se hizo uso del derecho de retracto ni de la posibilidad de trasladarse al RPM antes de encontrarse incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003. Debido al amplio tiempo transcurrido, la acción se encuentra prescrita. En caso de acceder a lo pretendido -dice- no hay lugar a trasladar los gastos de administración pues por disposición legal fueron debidamente descontados y cumplieron su finalidad, de hacerse se desconocería la protección que brindó el seguro de invalidez y muerte durante su afiliación. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver carpeta 01 subcarpeta 15 archivo 01 folios 1 a 27).

A su vez, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS también contestó la demanda mediante apoderado. Manifestó no oponerse a las pretensiones

incoadas, excepto la relativa a ser condenada en costas, aclarando que en todo caso previo a la suscripción del formulario de afiliación se brindó una asesoría integral sobre las implicaciones de su decisión, las características, diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen pensional y las condiciones necesarias para alcanzar la prestación en el RAIS, tal como lo manifestó con la suscripción del formulario de afiliación, sin que la parte actora haya señalado puntualmente en qué consistió el vicio alegado. Agregó, no se hizo uso de la opción de retracto ni retornó al RPM antes de estar incurso en la prohibición de traslado de régimen, sin que sea beneficiaria del régimen de transición. Adicionalmente, señaló que la entidad únicamente podría devolver aportes y rendimientos, pues no existe suma adicional alguna en su poder que pudiera ser objeto de traslado. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *buena fe, innominada o genérica y compensación y pago* (ver contestación en carpeta 01 subcarpeta 18 folios 1 a 15).

Finalmente, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., también contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso a todas las pretensiones dirigidas en su contra, con fundamento en que la afiliación efectuada con dicha entidad cumplió todos los parámetros legales exigidos a la fecha, brindó información suficiente sobre características, bondades y limitaciones del RAIS a través de sus asesores y funcionarios, quienes están debidamente capacitados, conforme a lo cual la parte actora tomó la decisión de trasladarse desde otra AFP, como se evidencia en el formulario de afiliación suscrito y, resalta, se contaba con los mecanismos suficientes y necesarios para cotejar la información proporcionada, sumado a que para entonces ya contaba con dicha información por provenir de otra AFP. Agregó que el traslado a dicha entidad no generó perjuicio alguno, pues el mismo se efectuó desde otra AFP. En todo caso, se encuentra prescrita la acción de nulidad, según los artículos 488 del CST y 1742 y 1750 del CC. Manifestó la imposibilidad de devolver los gastos de administración, pues fueron descontados conforme a la Ley y cumplieron su finalidad, para lo cual deberán tenerse en cuenta las restituciones mutuas, la buena fe, la

confianza legítima y el debido proceso de la entidad. Así mismo, señaló que no procedía la indexación en caso de ordenar el traslado de los rendimientos, pues éstos incluyen la eventual pérdida de valor adquisitivo de la moneda. Propuso como excepciones de fondo: *prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y genérica* (ver contestación en carpeta 01 subcarpeta 23 archivo 01 folios 1 a 34).

Terminó la primera instancia con sentencia de 23 de agosto de 2022, mediante la cual la Juez Segunda (2ª) Laboral Transitoria del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la demandada no demostró haber brindado información suficiente sobre las particularidades y diferencias entre el RAIS y el RPM para entender que la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria al momento de su traslado de régimen pensional, lo cual no fue confesado en interrogatorio. La acción es imprescriptible, dada su estrecha relación con el derecho pensional.

La parte resolutive de dicha providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional, realizado por MARTHA NIDIA PRIETO GÓMEZ del Régimen De Prima Media, con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 25 de junio de 1997 con fecha de efectividad a partir del 01 de agosto del mismo año a través de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., por ende, se tendrá como se ha dicho traslado nunca hubiera ocurrido, de acuerdo con el expuesto, la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA S.A. deberá trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES aquellos valores que hubieran podido recibir con motivo*

de la afiliación de la demandante, que se encuentra en la actualidad su cuenta de ahorro individual tales como cotizaciones, bonos pensionales sumas adicionales de la aseguradora, si las hubiere, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, frutos e intereses, comisiones y gastos de administración, así como los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensiones mínimo de pensión mínima con todos sus frutos de intereses, muy los hubiere e dineros estos entonces, quien deberán ser trasladados en forma indexada y con cargo a sus propios recursos discriminados que los respectivos valores por el detalle pormenorizado de los ciclos IBC y pagado aportes recibidos y los ciclos de obviamente relaciona bien. TERCERO: CONDENAR entonces a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, CESANTÍAS, PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES aquellos valores que hubiera podido generarse, como o por ocasión de la administración como fondo de pensiones de la demandante en el periodo en el que ella estuvo afiliada a dicha AFP, comprendido entre el 25 de junio de 1997 y el 31 de octubre de 1998, tales como gastos de administración, primas de seguros previsionales, comisiones y sumas adicionales de la aseguradora así como los fondos el porcentaje destinado al fondo de Garantía de Pensión mínima con todos sus frutos e intereses, si los hubiere dineros estos que deberán ser trasladados en forma indexada con cargos sus propios recursos de la misma forma, como CUARTO: Se CONDENA a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES aquellos valores que se hubieran generado con ocasión de la administración como fondo de pensiones de la demandante en el periodo en el que ella estuvo afiliada, hecha a AFP, Comprendido entre el 01 de diciembre de 2000 y el 30 de septiembre del año 2005, así como el primero de Julio del año 2006 y el 30 de junio del año 2011, tales como gastos de administración, primas de seguros previsionales, comisiones en porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima con todos sus frutos e intereses, si los hubiere dineros, estos que deberán ser trasladados en forma indexada y

con cargos propios recursos de igual forma, como numeral. QUINTO: CONDENAR entonces a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a COLPENSIONES a aquellos valores que hubiera se hubiera generado con ocasión de la administración como fondo de pensiones de la demandante, mientras que ya estuvo afiliada entre el primero de octubre del año 2005 y el 30 de junio del año 2006, tales como gastos de administración, primas de seguros previsionales, comisiones y sumas aseguradas adicionales de las aseguradoras, como los fondos del porcentaje estimado al fondo de garantía de pensiones mínimas con sus frutos e intereses, si los hubiere en forma indexada y con cargo a sus propios recursos. SEXTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir tanto de SKANDIA sea como de PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y sin reparo alguno, todos los emolumentos mencionados en los numerales inmediatamente anteriores para efectos de efectuar o reactivar mejor válidamente la afiliación de la demandante y proceder en seguida a efectuar los trámites administrativos pertinentes para poder ver reflejados los mencionados, los mencionados valores en la historia laboral de MARTHA NIDIA PRIETO GÓMEZ, con la respectiva imputación de pagos conforme lo que esté la parte motiva de esta sentencia. SÉPTIMO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas teniendo en cuenta los resultados del proceso. OCTAVO: COSTAS a cargo de PROTECCIÓN S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., PORVENIR S.A. y a favor de la demandante y para tal efecto se fijan como agencias en Derecho, la suma de un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una de ellas. NOVENO: De no ser apelada, esta decisión se debe remitir al superior en forma inmediata para que se surta el grado jurisdiccional de consulta exclusivamente en favor de COLPENSIONES” (Audiencia virtual del 23 de agosto de 2022 – archivo 12 Hora 1:34:21).

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES presentó recurso para que se revoque la

decisión en su totalidad, por considerar que no es dable aplicar de manera homogénea el precedente jurisprudencial, máxime cuando, en su sentir, no se cumplen los requisitos para la inversión de la carga probatoria, no es dable atribuir al asesor de la AFP el temor, fundado o no, de la accionante que la llevó a tomar la decisión de su traslado. Agregó que este tipo de decisiones afectan principalmente la sostenibilidad del sistema, máxime cuando no se cumplen los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional, para entender que existía algún tipo de expectativa legítima (Audiencia virtual del 23 de agosto de 2022 - archivo 12 Hora 1:39:48)¹.

¹ “Muy amable de su señoría, me permito presentar recurso alzada para efectos de que la providencia emitida por su noble despacho sea estudiada, revocada por el cuerpo colegial del tribunal de superior de distrito judicial sala laboral en la ciudad de Bogotá, sea lo primero, agradecerle a la jugadora en primera instancia por compartir este criterio jurídico, en lo que en su sapiencia considera la forma en la que se debe resolver esta clase de asuntos no obstante, sobre el mismo, con todo el respeto que merece, su señoría discrepo frente a las mismas consideraciones o los mismos elementos sobre las cuales la misma se ha sustentado teniendo en consideración que estamos hablando de un recurso de alzada, me refería a que en lo sucesivo es frente a los honorables, magistrados, como se dijo en pretérita oportunidad se solicita la revocatoria del fallo emitido teniendo en consideración que a consideración de este togado bajo la interpretativo de la misma, normatividad de su conjunción y esto es no solamente bajo un establecimiento jurisprudencial si no estamos ante un marco legal constitucional debemos considerar que en el caso no resultaba de aplicación justamente este criterio emitido por la corte suprema de justicia y resulta que no es de aplicación habida cuenta que, como ha indicado este apoderado, tanto en esta diligencia como en otras tantas que igualmente refiere sobre la ineficacia ha señalado que no será la aplicación de manera analógica al caso en concreto, por cuanto de las fundamentos o las circunstancias fácticas sobre las cuales se dirige la Litis difieren en su característica fundamental o lo que nos ha puesto al ser, entre otras, la misma corporación como este núcleo fuerte de disputa si lo verificamos en ese entendido la corporación al entendido la ineficacia como un elemento por el cual se puede establecer justamente este traslado sin ningún tipo de prohibición en lo que el tema concierne pero no es única y exclusivamente una fórmula matemática como la que aquí se pretende en esta clase de jurisprudencia es decir, no simplemente un elemento a me va a llevar consecuentemente un elemento b, más aún cuando dicha diferencia en tendríamos una característica importantísima al derecho y es justamente el factor social sobre la misma se hace esta antesala al considerar que no podemos dar o no podemos atribuir funciones a un sujeto que ni siquiera la misma parte actora fue capaz de establecer esta carga en lo que el tema o en la que sujeto refiere y es que se llama nuevamente la atención a la práctica probatoria sí, todo logramos establecer que en este interrogatorio, bajo la libertad probatoria, sin existencia, tarifa legal bajo esta libertad entendemos entonces esta aplicación del interrogatorio la parte actora nos indicó móviles distintos del traslado y es que eso no se puede perder de vista, no es acuñar responsabilidad a los asesores comerciales y de ante la no existencia de pruebas en que el asesor hubiese cumplido con este deber se entiende, pero entonces que esta ineficacia no, porque así no debe ser aplicada a la jurisprudencia en el caso en concreto no tenemos ni siquiera cuál es el elemento mediante el cual la parte actora efectivamente realiza este traslado bien podemos hacer entonces en este ejercicio que se propuso en primera instancia tener las cargas del asesor pero la pregunta es, cuál asesor cuando la parte actora recuerda con vehemencia que su traslado obedeció a la información brindada primero ante un riesgo ante un miedo, más adelante hablaremos si es un miedo, es un miedo real, latente o simplemente superfluo sobre el miedo y asimismo, nos hace exigencia sobre otras características pero es que acá debemos entender, entonces no simplemente porque se mencionó un asesor o se mencionó una AFP efectivamente existe un daño o efectivamente existe una responsabilidad de un sujeto cuando

primero si recuerda las características, lo mínimo que se debe esperar es que la misma parte actora recuerde cuántos asesores fue pero se pudo observar como podrán constatar en el audio la parte actoral no recuerda si fueron uno o 2 asesores la parte actora recuerda la información brindada, pero no recuerda el sujeto que la ofreció y acaso es un elemento en que, para establecer si constancias de un tiempo pasado no podemos pasar de vista que todo elemento que nos justamente nos queda retrotraer en el tiempo, debe tener circunstancias, tiempo, modo y lugar debemos tener un enfoque de espacio, de momento, del modo para dar credibilidad justamente a una aseveración y en este caso no se observó repito, es un criterio que incluso en la misma juzgado de primera instancia nos ilustró, se debe a diferentes acciones constitucionales frente a la posición que la misma optaba por anterioridad pero esta posición no se puede perder o no se pueden divulgar como se dijo anteriormente a unas características que no se poseen de ello lastimosamente no cuento con el tiempo o con el momento de la grabación del despacho, pero tenemos a las 5:39 horas en la cual empezó a realizar este estudio o esta manifestación sobre la actividad del asesor comercial en la cual se hizo exigencias que el asesor debía ofrecer información clara expresa hacia los comparativos y demás, pero en este caso no resulta simplemente ser de aplicación, porque incluso una afirmación de éstas nos llevaría a una consecuencia negativa, que en la misma corporación ya misma ha establecido y es no considerar que toda actividad en el (RAIS) es mala y toda actividad en el (RPM) es buena porque incluso eso mismo están naturalizando el mismo sistema pensional en el segundo ítem, hacemos referencia sobre nuevamente estos móviles que llevan a un traslado por los cuales se declara la ineficacia pero, cuál es el móvil o cuál es este miedo como se había referido anteriormente, en el cual haremos entonces el énfasis se habla sobre un traslado, no por información de un asesor, sino por el miedo esto es lo que afecta, no es la voluntad, sino la voluntariedad del sujeto cuál es el miedo perder una pensión que pensión ya casi le pregunta al honorable tribunal, porque acá simplemente, es recurrir a las pruebas documentales estamos ante una persona que para la época del traslado solamente tenía 33 años de edad y 300 semanas hay expectativa no hay absolutamente nada si lo queremos adelante una persona que se le causó un agravio porque es que la pose termina siendo una ineficacia esta actividad es la cual se pretende subsanar el daño ocasionado a la al afiliado cuál es el daño que se le puede ocasionar una persona que en los más de 14 años que estuvo vinculada al régimen de prima media solamente pudo cotizar 300 semanas, cuando del número del cálculo aritmético simple que podemos realizar es una persona que para la época del traslado debe tener más de 1200 semanas hacemos una carga, hasta qué punto o hasta cuál elemento, y acá en circunstancias es un miedo real, latente, no existe ni siquiera un miedo, porque acá no podemos suponer que las la manifestación de una parte en la que se iba a perder una pensión es justamente estos elementos en los cuales que la fondo pensional debe acreditar una responsabilidad sin que tenga ánimo, está apoderado de realizar ningún tipo de defensa jurídica, ninguna entidad, porque incluso el objeto contractual que ostenta este apoderado se lo prohíbe pero sí se debe hacer un énfasis en que estas cargas que se pretenden hoy día mediante línea jurisprudencial terminan socavando no el interés de la AFP, no el interés del afiliado, sino un tercero, como es la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, por cuanto la misma es la que va a tener que asumir unas cargas prestacionales que entre la misma línea jurisprudencial y este elemento por el cual está apoderado, se aparta de su totalidad de estos, de este, de este criterio jurisprudencial es porque, en efecto, hay una afectación al patrimonio o al erario público y ellos sí lo tenemos en coincidencia que incluso entre los mismos establecimientos o actividades de que no sea expedido, entre otras, el DANE, la memoria no recuerdo el último que sacó en el año 2021 se estableció que dentro del cien por ciento la fuerza de la capacidad laboral colombiana solamente el 10.3% puede cotizar más de un salario mínimo de ese cien por ciento ya sacamos el 10 de 60% de ese 90% que queda aparte solamente el 5% de los que aparte podemos cotizar con un salario mínimo un 3% con menos de un salario mínimo entonces acá se está contando una afectación porque la pensión que obviamente va a tener la parte demandante que no es ineficacia, sino que es una pensión pues tendría que salir de algún lado y acá no podemos decir que el traslado de las cotizaciones o los rendimientos de la persona en el régimen de ahorro individual constituyen entonces un capital suficiente para el mantenimiento de la misma, porque incluso tenemos desnaturalizando el sistema de reparto sobre cuál se elige Colpensiones esto no es un sistema de capitales, no es una cuenta propia de cada afiliado, es un sistema de reparto cuántas personas tendrán que cotizar para mantener la pensión de la parte actora es la pregunta que se debía

Asimismo, la apoderada de SKANDIA (OLD MUTUAL) presentó recurso para que se revoque parcialmente la decisión, en cuanto la condena en su contra a devolver los montos de gastos de administración, pues éstos se descontaron por disposición legal y cumplieron su finalidad, sin que los mismos puedan hacer parte de la consecuencia de la ineficacia, pues las cosas deberían regresar a su estado inicial. Menos aún procede su indexación, pues los rendimientos generados superan la eventual devaluación monetaria (Audiencia virtual del 23 de agosto de 2022 - archivo 12 Hora 1:53:16) ².

realizar al momento de emitir un fallo, porque no solamente debemos establecerlo en un criterio jurídico, sino que la misma encuentra otras ramas como la rama económica de sobre las cuales se invoca las esté el sistema de un estado social de derecho por último punto frente nuevamente este ataque, que se realiza a la jurisprudencia de la aplicación en lo que fue fallo condenatorio, se hace referencia frente a las inversiones de las cargas probatorias, mismas que a consideración de apoderado, no puede ser tenidas en cuenta única y exclusivamente por cuanto la corte suprema de justicia, como tribunales en el máximo órgano de cierre ordinario laboral ha dirimido este asunto porque que incluso la misma va en contra a una sentencia constitucional la C - 086 del año 2016, que si existe una discrepancia entre ambas cortes que incluso también se encuentra dilucidada, se sentencia C- 611 de 2010, se preferirá a las sentencias de la corte constitucional y la corte constitucional ha establecido primero las inversiones descargas probatorias única y exclusivamente se pueden realizar cuando se demuestre con suficiencia la imposibilidad jurídica, de obtener un medio probatorio y que se demuestre que el otro sujeto es el que la puede contener, primer elemento que no de ha demostrado, segundo la inversión de la carga probatoria obedece preceptos de equidad aquí no se podía establecer ese elemento, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la ineficacia o el traslado únicamente obedece de esa persona es que tenga una expectativa legítima bajo el principio de sostenibilidad artículo 48 traía consigo con el acto 01 del 2005, esos elementos se pasan por alto y ello por el cual este apoderado considera que estos criterios que muy bien ha señalado anteriormente son los que comporten tanto este despacho como la jurisdicción en tanto este despacho como la jurisdicción ordinaria en primera instancias son los elementos por los cuales este apoderado consumo respeto no comparte la sentencia de la cual así objeto de disputa entonces tenemos un objeto probatorio y tenemos 3 elementos sobre los cuales la incidencia jurisprudencia no resultaron ser de aplicaciones en el caso en estas circunstancias entonces dejo sustentado mi recurso de alzada agradeciendo a los honorables magistrados por su escucha a los intervinientes en primera instancia más aun con la misma extensión que ha sido la misma intervención de apoderado y al despacho en primera instancia si ente su sapiencia considera que esta apodera de esta intervención cumple con estos requisitos de establecidos de la sustentación del recurso y lo llegue a conceder le agradecería enormemente en esos caso se realice no siendo más el objeto le agradezco a todos por su paciencia”.

² “Gracias señoría siendo esta la oportunidad procesal pertinente, me permito interponer recurso de apelación para que se revoque parcialmente la sentencia proferida en esta instancia, específicamente el numeral segundo en cuanto a la condenar la devolución de gastos de administración y primas de seguros previsional debidamente indexados, solicitándole pues al tribunal dicha revocatoria como ya lo expuse teniendo en cuenta los siguientes argumentos entonces es claro que con la expedición de la ley 100 del 93 se crea el régimen de ahorro individual con solidaridad y con ella un conjunto de obligaciones para todas y cada una de las administradoras de pensiones, puntualmente el artículo 20 de la mencionada ley 100 del 93 señala en el literal b me permito “ en el régimen de prima media con prestación definida el 10.5 % del ingreso base de cotización se destinara a financiar la pensión de

También presentó recurso el apoderado de PORVENIR S.A., quien considerase debe revocar la decisión pues el precedente jurisprudencial no se puede aplicar de manera genérica, máxime cuando se evidenciaron múltiples traslados de la demandante al interior del RAIS, sin que para la época de su ocurrencia la legislación exigiera un nivel de información tan detallado como el reclamado en el presente trámite. Igualmente, dicha

vejez y la constitución de reservas para tal efecto el 3% restante sobre ingreso base de cotización se destinara financiar los gastos y la pensión de invalidez y sobrevivientes continua este literal en el régimen de ahorro individual con solidaridad, el 10 % del ingreso de base de cotización se destinara a las cuentas individuales del ahorro pensional 0.5 % del ingreso y base de cotización se destinara al fondo de garantía pensión minia del régimen de ahorro individual con solidaridad y el 3 % restante se destinara a financiar los gastos de administración, las primas de seguros Fogafin y las primas de seguros de invalidez y sobreviviente”, en concordancia con lo ya mencionado por la ley 100 el decreto 692 de 1994, en su artículo 36, señala exactamente señala exactamente lo mismo de estas normas aludidas se puede colegir entonces que es 3% se destina a cubrir dos temas importantes los gastos y comisiones de administración y el pago de las primas de invalidez y sobrevivientes, correlativamente con la prestación mencionada se crean pues una serie de obligaciones que deben cumplir todas las administradoras de fondo de pensiones entre las cuales se encuentra en administrar la cuenta de ahorro individual del afiliado, garantizar una rentabilidad mínima de los fondos de pensiones, consolidar la historia laboral, ejercer la acción de cobro frente a las moras y garantizar que en caso de cumplirse los requisitos para la pensión de sobrevivencia e invalidez se puedan financiar dicha prestación al afiliado o a su beneficiarios entre otras bajo este escenario es relévate mencionar que si bien es cierto que las pretensiones pues aquí de la demanda giran en torno a la ineficacia nulidad de la filiación al (RAIS) y que la corte suprema señalo que la consecuencia de esto es el regreso automático de las cosas a la estado inicial también lo es para realizar un estudio de ponderación objetiva en cuanto a las relaciones mutuas, la confianza legítima y la buena fe que ostenta mi representada de otro lado el relevante señalar que lo que respectar a la prima del seguro de invalidez y sobrevivencia tampoco procedente que Skandia deba asumirlas en tanto la causa del aseguramiento que es la invalidez y la sobrevivencia es permanente y la aquí actora pues goza de cobertura durante toda la vinculación al fondo de pensiones obligatorias de mi representada de ahí que parte del mencionado porcentajes ya pues fue pagado a la aseguradora para cumplir los riesgos de invalidez y muerte de la actora y por tanto no se encuentra en las arcas de la AFP, en cuanto a la procedencia de la indexación a juicio de esta apoderada es improcedente teniendo en cuenta lo mencionado en la sentencia C- 00161 de fecha 13 de mayo de 2010 magistrado Eduardo Villamil Portilla, en donde señala que la indexación consiste en “ la actualización monetaria cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos pretende mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda oficial que se envilece periódicamente en las economías caracterizadas por la inflación, todo de bajo la idea que el pago se cual fuere el origen de la prestación debe ser integro conforme a la jurisprudencia en materia de obligaciones indemnizatorias que la postre fue recogida por el artículo 16 de la ley 46 de 98 ”, adicionalmente a través de la sentencia SL-9316 de fecha 29 de junio de 2016 se precisó que la indexación “ es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo dada la generalizada condición inflacionaria de la economía nacional.”, en este orden de ideas teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que se debe cumplir la administradora de fondo de pensiones se encuentra la de garantizar una rentabilidad mínima en la cuentas de ahorro individual de todos su afiliado resulta improcedente ordenar indexación alguna pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante no se han visto afectados por la inflación y por el contario han generado rendimientos en estos términos dejo sustentado mi recurso de apelación muchas gracias señoría”.

entidad actuó de buena fe al recibir el traslado de la demandante de conformidad con las normas vigentes sobre la libre escogencia de administradora, descontando los gastos de administración según disposición legal, los cuales no es dable devolver, así como generando rendimientos financieros sobre sus aportes, por lo que tampoco es dable exigir la indexación de tales montos (Audiencia virtual del 23 de agosto de 2022 - archivo 12 Hora 1:58:01)³.

³ “Gracias su señoría está representada le agradecer nuevamente el uso de la palabra encontrándome dentro de la oportunidad procesal me permito interponer recurso de ordinario de apelación en contra de la sentencia que acaba de ser proferida, solicitando al honorable tribunal superior de sala laboral se sirva revocar la presente decisión que corresponde por supuesto a la declaratoria ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual y por su puesto frente a las condenas impuestas en contra de Porvenir conforme a las siguientes consideraciones en primer lugar debe advertirse que si bien existe un precedente jurisprudencia formado por la corte suprema de justicia, también esta misma corporación ha indicado que el precedente no se puede aplicar de una manera genial, indiscriminada a todos los proceso de salida política del afiliación por incumplimiento del deber de información en efecto debe existir una similitud en la condiciones fácticas de cada caso, situación que para mí recentada no debe nada para el presente asunto pues la demandante realmente realizo su traslado de régimen pensional de manera voluntaria, sin presiones e informada con la AFP, protección del año 97 y sin olvidar los múltiples traslados horizontales que se suscitaron con las diferentes administradoras del (RAIS), como es Skandia del 98 nuevamente con es AFP en 2011 con mi representada horizonte hoy porvenir y/o por supuesto con la AFP Colfondos el cual debe aclárese que ninguno esta circunstancias exige un nivel de información en los términos que fueron reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, ahora bien con independencia información otorgaron del traslado de cualquier tipo de condicen características ventajas y des ventajas del (RAIS) se encontraran establecidas en la ley 100 de 93, por lo que la accionante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada por mi representada de igual manera como todo consumidor financiero la accionante debe actuar con medida diligencia en la cual se suponía claro está optando y con mayor razón información suficiente sobre el acto jurídico que se está adoptando y con mayor razón si lo desea que permitían pensar las consecuencias de selección en múltiples oportunidades están claramente determinadas en normas legales de común conocimiento asimismo deberá advertiste que el actuar de mi representada llamada a juicio siempre han sido de buena fe objetiva pues todos se ejecutaron en virtud de los presupuesto legales vigentes al momento del traslado de régimen en ese sentido se debe tener en cuenta lo señalado anteriormente no existen razones fácticas ni jurídicas que conduzcan a establecer la declaratoria de ineficacia del acto jurídico por medio del cual la accionante se trasladó de régimen pensional y continúan realizando su traslado horizontales dentro del propio régimen, pues en efecto en más de 6 oportunidades recibir información y veras de las implicaciones de traslado suscribirse la oportunidades de los formularios de solicitud de vinculación el cual cumplía todos los requisitos legales de la superintendencia bancaria de Colombia en múltiples oportunidades de una manera libre y voluntaria, ahora bien deberá indicarse también que bajo este panorama no es procedente que la AFP Horizonte hoy Porvenir deba restituir los conceptos de gastos de administración y sumas de seguros previsionales en efecto argumentos por parte y como reposa el escrito de demanda estas sumas correspondientes estos emolumentos que estoy haciendo referencia no está en su poder si no precisamente en la compañías aseguradora que contrato para el pago de sumas adicionales necesarios para financiar las prestaciones que por mandato legal así lo requieren en efecto en los años que estuvo afiliada la señora accionante al fondo horizonte tuvo plena cobertura frente a cualquier riesgo de invalidez y muerte en efecto también todos los aportes que fueron destinados a sus gastos de administración con llevaron la correcta administración de emolumentos lo que en ningún momento puede desconoceré la mala fe de mi representada por tal manera tampoco se puede

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 – modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el*

predicar que deberán restituirse estos valores al fondo publico igualmente debe indicarse que esta devolución de emolumentos resulta improcedente de conformidad con el concepto de la superintendencia financiera de colombiana que da previsto que el traslado de régimen especial de actuar de conformidad con la norma prevista para ello y eso es el artículo 7 del decreto 3995 del año 2008, ahora bien en cuanto a la devolución de los argumentos indexados de tenerse en cuenta que está ocurriendo en una doble condena a provenir en efecto el fallo condenatorio está ligado al reintegro los frutos y de los intereses de tal manera que si se deben regresar esos últimos valores que son dineros actuales no se puede generar una entrega también indexada ya que estos generarían una actualización de la moneda por lo tanto se está generando una doble condena por el mismo concepto cosa que el ordenamiento jurídico, tanto laboral como en sus diferentes modalidades en el estado social de derecho colombiano promedio de una manera taxativa finalmente en lo que corresponde a las agencias en derecho debe desestimarse dicha ineficacia debe entenderse que la ineficacia de traslado realmente tuvo plenos efectos jurídico ya que en efecto quedo demostrado en el plenario que la accionante recibió la información suficiente veraz sobre las implicaciones de traslado más 6 oportunidades por lo tanto no puede predicarse la eficacia sino la validez completa de dicho acto jurídico por consiguiente y en consecuencia a mi representada no será acreedora a ninguna sanción o relacionada a costas o agencias de derecho es por todo lo anterior su señoría que solicito muy respetuosamente al honorable tribunal superior de Bogotá en su sala laboral se sirva revocar las presentes decisiones lo que corresponde a la declaratoria de ineficacia y por su puesto a las condenas que fuera a Provenir en el fallo de primera instancia en estos términos queda presente mi recurso de apelación agradeciendo el uso de la palabras muchas gracias”.

señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)."

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas al expediente, que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones, la demandante tenía 33 años de edad y había cotizado 495,71 semanas⁴; para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 7 años, 10 meses y 28 días)⁵; y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años de alcanzar el requisito de edad de pensión (tenía 56

⁴ Ver historia laboral actualizada por COLPENSIONES – carpeta 01 subcarpeta 13.

⁵ *Ibídem.*

años – ver carpeta 01 archivo 01 y subcarpeta 05 folio 16).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{6,7}. Según dicho precedente, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del Sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa*

⁶ Sentencia STL3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados. Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia a de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia*”.

⁷ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas CORTÉS*”.

decisión". En este sentido: (i) *"El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*". Además –dice la Corte- (ii) *"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. 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"*; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe si para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: *"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"* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -en palabras de Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"*, y la acción para el efecto es imprescriptible *"en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social"* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia de traslado de régimen de la demandante, pues la AFP no probó haberle brindado *toda la*

información pertinente en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un “*consentimiento informado*”. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado. En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Indicó que en las instalaciones de su empleador llegaron dos asesores de PROTECCIÓN, quienes manifestaron que por ser jóvenes les convenía trasladarse a un fondo privado, pues el ISS se acabaría y su dinero se iba a perder, mientras que en dicha AFP como ventaja tendría que sus hijos podrían heredar los dineros cotizados, se podrían pensionar antes, y dicha entidad se encargaría de volver dinero las semanas que tenían en el ISS (Audiencia virtual del 23 de agosto de 2022 – archivo 12 Min. 19:43).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como “*saneamiento*” la permanencia en dicho régimen ni los traslados que se efectúen al interior de este. Así mismo, ha dicho la Corte, la acción para el efecto es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de SKANDIA S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, y a cargo de ésta y de, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. la devolución de los gastos de administración descontados durante la afiliación, sin que sea dable descontar suma alguna por dicho concepto o cualquier otro (Sentencias SL1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸, este porcentaje hace parte de los gastos de administración (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES y atendiendo a los argumentos de su apelación, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia en el sentido de autorizar a dicha entidad a obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen en caso de por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

⁸ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridadde la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensionalde la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondosde pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en lo demás.
3. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada